

# A PROPOSITO DEL LIBRO DI FABIO ADDIS “IL ‘MUTAMENTO’ NELLE CONDIZIONI PATRIMONIALI DEI CONTRAENTI”

Di Stefano Pagliantini

| 1

**SOMMARIO:** 1. *Premessa: l’itinerario essenziale del libro.* – 2. *Il trittico che illustra la “cifra” del discorso.* – 3. *Il “pasticcio” dottrinale di un’annullabilità per errore sulla solvibilità.* – 4. *L’ignoranza del dissesto per errore inescusabile: spigolature.* – 5. *Eccezione dilatoria e monopolista legale: il claudicante incedere delle S.U.* - 6. *La fuga dall’art. 1461 nei contratti asimmetrici.* - 7. *Epilogo (in itinere).*

## 1. Premessa: l’itinerario essenziale del libro

Esemplare per rigore argomentativo e quanto all’analitica del discorso concettuale, il libro di F. A. è un manifesto di metodo per l’interprete post-moderno il quale, nel tentativo di governare la montante complessità del reale, è ormai chiamato a coniugare fattispecie e valori, mixando l’orizzonte della singola norma con quello dei principi<sup>1</sup>. Non c’è più infatti un tema che esima da questa fatica, quantunque l’oggetto dell’indagine non veda operare in presa diretta questa o quella clausola generale e nel contempo il suo nucleo minimo sia perimetrato entro un ambito più circoscritto com’è, almeno *prima facie*, nel caso dell’art. 1461, “mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti”, stando alla sua (non poi così criptica) rubrica. La cifra del volume, che consta di tre capitoli alquanto densi e modellati sulle cadenze del pensiero critico, è già insita nel virgolettato che introduce e delimita il sostantivo *mutamento*: l’eccezione di pericolo o di insicurezza, come il riformulato § 321 del BGB l’ha puntualmente appellata, rimanda ad un «divenire

senza determinazioni temporali» (p. 259), con un declinarsi *duale* dell’alterazione patrimoniale ostativa al realizzarsi del futuro adempimento. Potrà trattarsi, perciò, di un dissesto insorto o che si rende *manifesto*, nel senso di riconoscibile, dopo la stipula del contratto, colla sospensione come eccezione «profilattica» (p. 200) comminata per mandare indenne dal pregiudizio di perdere la controprestazione il contraente *in bonis* obbligato ad adempiere per primo. Non dunque un *quid novi* della realtà fattuale, la *Verschlechterung* per intendersi campeggiante nella formulazione *ante* 2002 del § 321, piuttosto «qualche cosa che predica la sua esistenza da un certo momento in poi» (p. 260). Nel nuovo recitativo del § 321, c. 1 del BGB all’idea della sospensione si preferisce quella di un contrante che «*kann die ihm obliegende Leistung verweigern*», tecnicamente perciò un *rifiuto* della prestazione dovuta quando il conseguire l’altra sia messa a rischio, versione tedesca dell’“evidente pericolo” italiano, dalla *mangelnde Leistungsfähigkeit* della controparte. E tuttavia, di là dalle differenze lessicali, emerge chiaramente come le due disposizioni prescindano da una violazione attuale del rapporto obbligatorio, dovendo altrimenti farsi questione di un’eccezione di inadempimento (art. 1460 e § 320), preservando

<sup>1</sup> V., non foss’altro per come nitidamente stilizza i termini essenziali della questione, IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss.



scopertamente il *solo* interesse alla conservazione del contratto. Vuol forse questo allora dire che, pur derivando le due eccezioni dallo stesso principio, *inadimplenti non est adimplendum*<sup>2</sup>, i tempi non sono ancora maturi per una *reductio ad unitatem*? Di sicuro questo è l’approccio della dottrina italiana prevalente<sup>3</sup>, mentre il persuasivo periodare di F.A., estremamente attento al diritto uniforme della CISG (art. 71), si mostra ben più problematico.

Con dovizia di argomenti, che vedono il formante storico sapientemente alternato a quello comparatistico, F.A. mette subito in risalto come l’art. 1461 conosca due figure eponime: l’art. 1469 del codice previgente ed il § 321 prima versione del BGB, due disposizioni che davano rilievo, è vero, al solo dissesto patrimoniale sopravvenuto. Epperò la giurisprudenza italiana, che F.A. esamina capillarmente (p. 57 ss), quasi da subito si orientò per un’interpretazione valorizzante l’*attualità* del dissesto, sulla scorta di un modulo discorsivo antiletterale e tuttavia mai episodico perché quasi sempre incentrato su di una valutazione comparativa degli interessi, con quello del contraente *in bonis*, se ignaro incolpevolmente, che vince in quanto *più meritevole di tutela*. Il codice del 1942, e qui le pagine di F.A. restituiscono vividamente i termini del dibattito, fa tesoro del laboratorio giurisprudenziale anteguerra ed affrancandosi da un’eredità francese tutta rinsertata per converso nella logica del tipo contrattuale (art. 1613 *code civil*), trasforma l’eccezione di pericolo in una regola di *governo* del rapporto *comune* a tutti i contratti a prestazioni corrispettive. Un’*exceptio*, dunque, fisiologicamente connaturata e coestesa alla nozione, pura perché non corredata di genitivi svianti, di sinallagma contrattuale. Chi, in passato, ha imputato all’art. 1461 una lacuna, perché letteralmente non riproduce la fattispecie *sub b*) dell’art. 71 CISG in ordine ad una sospensione indotta dal modo in cui la controparte si prepara “a dare esecuzione al contratto”<sup>4</sup>, sottovaluta fin troppo come e quanto un’interpretazione assiologicamente orientata dell’art. 1461 ne abbia in realtà fatto, l’espressione di F.A. ben rende l’idea, un «silenzioso precursore» (p. 263) della disposizione internazionale.

Negletto per decenni e talvolta descrittivamente annoverato tra le misure volte a preservare la garan-

zia patrimoniale generica, oggi la dottrina dominante è concorde nel ritenere che il disposto dell’art. 1461 conii un’eccezione dilatoria di stampo cautelare modificante cronologicamente l’ordine di attuazione del rapporto obbligatorio<sup>5</sup>, una forma potestativa di autotutela preventiva, così la si potrebbe anche etichettare, priva di sfumature sanzionatorie perché tra i presupposti di operatività della disposizione non v’è *–recte* non vi può essere l’imputabilità della causa di dissesto al debitore. Insomma, il mutamento come manifestazione rileva, per così dire, *oggettivamente*. Dopo di che, è esatto, colla fattispecie dell’art. 1186 c.c. e coll’idea di un diritto di ritenzione, l’art. 1461 non ha in effetti nulla a che spartire: ma fa bene F.A. a svolgere una preliminare *actio finium regundorum* (p. 18 ss.), non foss’altro per smontare da subito certe forme di apparentamento con alcune disposizioni, gli artt. 1822, 1565, 1481 e 1482, 1901, 1 e 2 comma c.c., 1956 e 1959, c. 2, tutt’al più mimanti *pro parte* la norma in oggetto. Quanto invece al perimetro delle circostanze chiamate ad interrompere l’esercizio del rimedio dilatorio (p. 80 ss.), già il fatto di declinarle al plurale è indice della circostanza che il testuale richiamo di legge al rilascio di un’idonea garanzia non va inteso in termini di esclusività, se è vero che la valenza di fatti impeditivi (dell’opponibilità) od eliminativi (della sospensione) pertiene pure all’offerta di adempimento anticipato ed al miglioramento patrimoniale incorso *medio tempore*.

## 2. Il tritico che illustra la “cifra” del discorso.

Quello di F.A., si diceva, è un libro che non fa sconti, chiamando ripetutamente in causa la grammatica elementare del rapporto obbligatorio, epperò tre questioni più di altre ci sembra facciano da catalizzatore, nell’ordine: la tutela dilatoria è prospettabile nell’ipotesi di un dissesto patrimoniale anteriore alla stipula ma incolpevolmente ignorato oppure questa fattispecie rientra nel perimetro dell’errore spontaneo (art. 1429) od indotto (art. 1439) e rileva per ciò stesso come causa di invalidità? Non ci vuol molto ad avvedersi che, così ragionando, il discorso va ad impattare sulla distinzione tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale, una partizione questa talmente controversa che, almeno in termini di pulizia concettuale, già da subito potrebbe tornare altamente utile derubricarla al rango di una formula

<sup>2</sup> Tanto è vero che DI MAJO, *Termine (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, ragiona di un art. 1461 dettato «a garanzia del principio di corrispettività».

<sup>3</sup> Lucidamente sintetizzata nella pagina di BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento (art. 1460 – 1462)*, II, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca*, a cura di Galgano, Bologna – Roma, 1988, 59.

<sup>4</sup> Così SANTINI, *La sospensione e la risoluzione anticipata del contratto*, in *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell’11 aprile 1980*, Milano, 1981, 243.

<sup>5</sup> V., in luogo di tanti, BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento (art. 1460 – 1462)*, cit. 59 e A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Il Codice Civile, Commentario*, fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2011, 93.



puramente descrittiva. Il secondo quesito è invece declinabile così: se la conoscenza dello stato di dissesto preclude l'operare dell'eccezione, *quid* per l'ignoranza colpevole? Qui, *ça va sans dire*, il problema si incentra tutto su come debba modularsi la nozione di un affidamento meritevole di tutela, stante la regola cardine, non sempre però nitidamente inquadrata, dell'art. 1338 c.c. Quanto al terzo interrogativo, se dell'eccezione di pericolo si possa giovare pure il monopolista legale, allo stato è sì l'aspetto meno vischioso e tuttavia, complice un *dictum* delle S.U. non privo di ombre, non è affatto ozioso provare a ripensarlo più meditativamente.

Trittico finanche troppo ambizioso, dirà qualcuno, specie se paragonato a talune più recenti esercitazioni sull'argomento: il problema è che una riflessione meditata sulla portata sistematica dell'art. 1461 passa indeclinabilmente attraverso il setaccio delle domande testé poste. Altrimenti si bascula tra informazione e calligrafia giuridica.

### 3. Il “pasticcio” dottrinale di un'annullabilità per errore sulla solvibilità.

Prima *quaestio*: è massima consolidata nella giurisprudenza della Cassazione che l'eccezione dilatoria compete, in via diretta o per integrazione analogica, al contraente *in bonis* di buona fede che non abbia potuto conoscere l'insolvenza originaria. Ebbene, domanda: perché invece non immaginare qui, secondo il periodare di un'autorevole dottrina<sup>6</sup>, un annullabilità per errore che eviterebbe di far interferire il sinallagma genetico con quello funzionale, evitando torsioni al tenore letterale del lemma mutamento? La replica di F.A. è di una linearità esemplare: l'art. 1461 formalizza una causa di inadempimento paventato, «non una violazione attuale del rapporto» (p. 269), associandovi il solo effetto di una sospensione dell'esecuzione. L'annullamento, in quest'ottica, per l'effetto ablativo che ne discende, vanificherebbe irrimediabilmente l'interesse all'adempimento di un contraente incolpevole che non può tuttavia essere penalizzato circoscrivendo il divenute della *litteralegis* ad una sopravvenienza oggettiva *in deterius*. Il danno non può restare là dove cadrà se un'apparenza ha fatto sembrare certe condizioni economiche migliori di quelle che in re-

altà erano. Vero, e tuttavia il problema, nonostante il ragionamento regga, non è risolto perché potrebbe sostenersi che nulla osta ad immaginare una *doppia qualificazione* del dissesto originario sconosciuto, come causa di un pericolo di inadempimento e nel contempo motivo per un annullamento del contratto, supponendo così un'ambivalenza rimessa alla *libera electio* del contraente *in bonis*, il quale potrebbe così disporre di un rimedio conservativo e di uno ablativo<sup>7</sup>. Di là dalla circostanza che la solvibilità rappresenti un *essenziale* nei contratti di credito o che la sua efficienza determinante sia insita nel fatto stesso di accordare alla controparte il beneficio di adempiere per seconda, si potrebbe più persuasivamente sostenere che Cass. 21255/2013<sup>8</sup>, allo stato, offra più di una sponda, nell'ottica di una satisfattività della tutela, all'immagine di due rimedi fungibili assecondanti il soddisfacimento «del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse».

Pur se il profilo dell'effettività rimane troppo confinato sullo sfondo, anche qui la replica di F.A. non fa una grinza: questa natura ancipite del dissesto anteriore è più apparente che reale, l'opinione sull'altrui solvibilità non è infatti traducibile, per il suo fisiologico tasso di mutabilità, in un attributo qualitativo rilevante ex art. 1429, n. 3 c.c., investendo piuttosto «la realtà esteriore» (p. 271)<sup>9</sup>. Risultato, un annullamento potrebbe ammettersi soltanto se il contraente *in bonis* riuscisse a dimostrare che la conoscenza dell'altrui stato di dissesto avrebbe costituito ragione determinante per il rifiuto di *quel* contratto: prova evidentemente diabolica perché sono destinate a farle da contrappunto tanto la circostanza che la dilazione di pagamento può essere dipesa dalla natura della prestazione quanto il rilievo che un'esatta rappresentazione della realtà avrebbe indotto l'eccezione a concludere il contratto a condizioni più vantaggiose o alle stesse sul presupposto, magari, di una preconizzata *mutatio in*

<sup>7</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2011<sup>2</sup>, 924 -926 e BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit. 100 s.

<sup>8</sup> Sul rapporto tra rimedi di impugnazione e demolitori, nel percorso avviato da Cass. 21255/2013, sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *Tutela per equivalente di un contratto annullabile e principio di effettività: appunti per uno studio*, in ID., *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*, Torino, 2014, 223 ss.

<sup>9</sup> E v. pure CATAUDELLA, *Somministrazione del monopolista e obbligo di contrattare*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, cit., I, 617 ss., il quale però, con un argomentare che non persuade, esclude un operare dell'art. 1461 fuori dal perimetro della sopravvenienza. Già per una denegatoria dell'annullamento, eccettuato il caso del dolo, era CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1987, II, 900 ed oggi MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, 110.

<sup>6</sup> La paternità della tesi spetta a SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, fondato da F. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, 968 s e 972 - 974, il cui periodare torna però nello scritto di MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, Milano, 2008, II, 1732, e nelle pagine di molti altri interpreti.

*melius*. Insomma, è il profilo dell'essenzialità dell'errore a mostrarsi claudicante: il che, a cascata, si riverbera sul dolo in quanto la scorrettezza del dissestato che abbia dissimulato la sua reale condizione finirà tendenzialmente per dare ingresso all'art. 1440 c.c., nell'ottica di una correzione manutentiva del rapporto ovvero all'art. 1337 c.c., secondo la prospettiva, per chi ci creda, di una responsabilità da contratto valido epperò sconveniente.

*Tout se tient* allora? Non proprio, o meglio: quella riassunta è la versione aggiornata di un'annullabilità esclusa per il degradare del suddetto errore ad un *Motivirtum* o *IrrthumimBeweggrunde* giacché non ci sarebbe modo di profilare un'infungibilità della prestazione (pecuniaria) dovuta. Il che è esatto beninteso ma coll'inconveniente di lasciare il problema in un limbo di incertezza quando invece non dev'esservi margine per equivoci: gli è infatti che l'annullabilità non ha qui sistematicamente una qualche ragion d'essere perché, se la si dovesse ammettere, verrebbe a dischiudersi una forma di *risoluzione mascherata*. E tanto basta a smontare l'idea, seppur utile controreplica non c'è dubbio all'errore sulla solvibilità come puro sbaglio di valutazione<sup>10</sup>, che ogni errore sulle qualità postula in realtà una valutazione subiettiva delle stesse<sup>11</sup>, senza che la maggior mutevolezza dell'attributo alteri la natura del suddetto giudizio. Gli è per vero, e F.A. lo nota puntualmente, che un'impugnativa del contratto per errore sulla solvibilità realizza un effetto demolitorio *anticipato* «rispetto all'inadempimento poiché in questa fase esso è per definizione solamente “temuto”... [e] comunque non attuale» (p. 189), coll'indebita commistione di due momenti, «la violazione della garanzia patrimoniale e il vero e proprio inadempimento» (p. 190), alquanto sviante. Forse in modo ancor più *tranchant* si potrebbe però dire che l'ammissione di un annullamento, tanto nei termini di un rimedio esclusivo quanto a calibrarlo nella forma di un concorso alternativo, finisce per attribuire al contraente *in bonis* un'*utilità maggiore* di quella che la legge gli riserva ex art. 1461, se è vero che un effetto estintivo anticipato prenderebbe qui il posto di una mera sospensione. Detto diversamente: dando ingresso all'errore, il contraente *in bonis* otterrebbe il vantaggio di *speculare* sul prodursi di un effetto demolitorio che gli sarebbe precluso dalla sussistenza di una perdurante capacità di adempiere della controparte dissestata, finendo così singolarmente

per *abbinare* uno scioglimento immediato ad uno stato di pericolo interinale e financo emendabile. Ecco per quale ragione il sintagma risoluzione mascherata ci sembra renda bene l'idea di un effetto perentorio ottenuto trasformando *in geneticamente invalido* un contratto che viceversa si è *regolarmente formato*: nella sostanza l'annullamento finisce qui obliquamente per sottintendere un'irreversibilità subitanea della capacità di adempiere della controparte nonostante codesta non versi in una situazione di insolvenza, coll'ulteriore paradosso che un *minus* (l'inaffidabile situazione patrimoniale) genererà un effetto potiore di quel *maius* (insolvenza) che *sub* art. 1186 c.c. importa viceversa la *sola* conseguenza di un'immediata esigibilità della prestazione. Nessuna impugnativa del contratto, perciò, a mo' di un correttivo della fattispecie che ne altera la struttura: sarebbe infatti esiziale il prodursi di un annullamento aggirante, perché ne bypassa i presupposti, il *posterius* di un effetto risolutorio, eventuale e sempre comunque procedimentalizzato nelle forme di legge, stragiudiziali o ai sensi dell'art. 1453 c.c. Molto banalmente è vero che l'errore scusabile è valutato *ex positivo iure*, cioè in punto di composizione qualitativa della fattispecie, come una vicenda *in executivis* ed ai *soli* fini della tutela scritta nel disposto dell'art. 1461: non c'è un *altro bisogno* di tutela del contraente *in bonis* al quale l'ordinamento reputi legittimo riconoscere una *diversa* cautela protettiva. La satisfattività del rimedio *non sporge* insomma oltre l'effetto sospensivo. Né, in senso contrario, potrebbe valere il ribattere che una risoluzione per anticipata impossibilità dovrebbe ragionevolmente darsi quando il contesto circostanziale sia tale da rendere *inutile*, nel senso di superfluo, il ricorso ad un'eccezione dilatoria postergante l'adempimento del contraente *in bonis* magari ad un tempo nel quale costui non abbia più interesse alla controprestazione. Come F. A. fa diffusamente notare, è vero che il § 323, c. 4 del BGB legittima il creditore a recedere *prima* della sopraggiunta esigibilità della prestazione, ove sia evidente che sussistono i presupposti del recesso: epperò il tutto avviene sulla scorta di un sopraggiunto «carattere irreversibile della violazione, che, al contrario, si assume ancora assente a fronte della difettosa capacità di adempiere» (p. 174). E l'irreversibilità, *mutatismutandis*, è il solo fattore che potrebbe allo stesso modo appalesare, nel nostro ordinamento, un consimile farsi di un effetto risolutorio, insuscettibile per altro di una qualifica come *anticipato*, se è vero che la *mutatio in deterius* tradottasi ormai in insolvenza innescherebbe allora la decadenza dal termine ex art. 1186 prodromica, se la richiesta di adempimento dovesse rivelarsi infruttuosa, ad un inadempimento *stricto-sensu* inteso. Risultato, nessuna «immediata risolu-

<sup>10</sup> Così PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 445 – 447.

<sup>11</sup> Lo segnala, per es., DI RAIMO, *sub* art. 1429, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta ed Orestano, III, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, 105 – 107.





zione del contratto» (p. 269) e, visto che i due rimedi *quoadeffectum* si accavallano, nessun annullamento. Né, per finire, il discorso si intorbida nel comma 2 di quel § 321, disposizione che non ha un equivalente nel sistema italiano, fondante il potere dell'*excipiens* di fissare un congruo termine entro il quale la controparte, a fronte della controprestazione, esegua la prima ovvero presti un'idonea garanzia, pena altrimenti il recesso: la dipendenza dell'effetto perentorio dall'infruttuosa decorrenza di un (nuovo) termine attesta inequivocabilmente come serva invero un nuovo fatto per «trasformare in “certezza” del futuro inadempimento quanto originariamente aveva assunto contorni d'“insicurezza”» (p. 172). In filigrana s'intravede poi l'argomento che una *scelta* tra i rimedi, motivata sulla circostanza che chi è incorso in un errore indotto merita la più ampia latitudine possibile quanto alla modalità riparatoria, scelta questa che dovrebbe poi supporre indotta dal contesto circostanziale di riferimento, finirebbe qui per invischiare ed attentare alla certezza dei rapporti contrattuali.

Prima chiosa allora: in una stagione che vede gli interpreti sollevare più di una critica verso una dottrina delle Corti talora troppo imperniata in un decidere per valori, leggere l'art. 1461 come una disposizione che apparenta *mutatio in peius* ed affidamento incolpevole dell'*excipiens* non è segno di una giurisprudenza creativa praticante un'interpretazione antiletterale per scoperte ragioni equitative: l'insidia di un errare nello strumentario tecnico adottato o di maneggiarlo malamente è in agguato se si ammette l'annullabilità, preambolo detto di passata ad una disparità di trattamento difficile da motivare. Per quale ragione infatti chi ha, seppur incolpevolmente, errato dovrebbe poter ripensare il giudizio sulla convenienza dell'affare, «modificandone [irretrattabilmente] i termini di esecuzione»? (p. 266). Per poco che si rifletta, sembra infatti evidente che, pure a ragionare nei termini di un'annullabilità parziale, supponendo allora che cada soltanto la clausola obbligatoria del contraente *in bonis* ad adempiere per primo, per l'irreversibilità dell'effetto ablativo, costui otterrebbe una correzione conformativa del contratto acconciata come *definitiva* quando la sospensione dell'art. 1461 innesca una vicenda *transeunte* e *reversibile*. Anzi, a ben vedere, una parzialità estintiva è forse ancor più sistemicamente spuria se solo ci sofferma a pensare, come F.A. con oculatezza fa, che un'annullamento *in parte qua* andrebbe a riprodurre gli effetti di una decadenza dal beneficio del termine ex art. 1186, senza che però... ricorra il presupposto dell'insolvenza! Insomma, la via di fuga dell'annullamento davvero fa da molla al prodursi di un pasticcio interpretativo. Tra l'altro è detto *en*

*passant*, se si risolve a domandare il rilascio di un'idonea garanzia, che cosa sta facendo questo contraente *in bonis* che abbia nel frattempo impugnato, una convalida *per facta concludentia*? Come si può notare, la logica del vizio genetico conia più problemi di quanti non si periti di risolverne: ed *entia*—notoriamente— *non sunt multiplicanda sine necessitate*. Di qui a dire però che l'errore scusabile sulla solvibilità fa parte dell'alea normale, perché «costituisce materia di rischio assunto»<sup>12</sup>, suonando come paternalistico il dolersi giudizialmente di un cattivo affare, sinceramente ne passa. All'eccesso di responsabilizzazione del contraente *in bonis* corrisponde infatti un *premio* per l'affidamento immeritevole della controparte.

#### 4. L'ignoranza del dissesto per errore inescusabile: spigolature.

Seconda *quaestio*: se la conoscenza dello stato di dissesto preclude l'operatività dell'art. 1461 (e, per inciso, di *ogni* altro rimedio), qualche dubbio, nella dottrina più recente<sup>13</sup>, aleggia viceversa rispetto all'ipotesi dell'errore inescusabile. L'opinione prevalente, alla quale F.A. mostra di aderire, facendo orbitare il tutto intorno al principio di autoresponsabilità, risolve il problema imputando al contraente *in bonis* la violazione di un onere di diligenza: e di qui il canovaccio interpretativo corrente che vede le Corti per lo più impegnate a declinare casisticamente una diligenza spesso legata ad un problema di *evidenza* delle condizioni patrimoniali, nel senso di un dissesto *apparente* dal contesto, secondo un canone di «oggettiva acquisibilità» (p. 183), l'espressione di F.A. al riguardo è assai calzante, dell'informazione sulla vulnerabilità economica della controparte. Qui il tema, nel caso il contraente *in bonis* sia un istituto di credito, incoccia di solito la *vexata quaestio* di una concessione abusiva del credito, col correlato problema di un danno tanto ai creditori antecedenti l'erogazione del finanziamento quanto a quelli posteriori che abbiano confidato su di una solvibilità fittizia: ma è una declinazione del problema che F. A. preferisce soltanto menzionare, probabilmente a motivo del fatto che la pratica di una concessione abusiva del credito, nella misura in cui preclude al contraente *in bonis* di avvalersi di eccezioni in autotutela, in realtà *scherma* l'art.

<sup>12</sup> Così BESSONE, *Ambito di rilevanza dell'errore, principio pactasuntservanda e alea normale del contratto*, in *Giur. mer.*, 1978, 802, seguito da MODICA, *Profili giuridici del sovra indebitamento*, cit. 109 s.

<sup>13</sup> *Amplius* in DELLA CASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 556 s. e 567 – 571.

1461: classica disposizione, in quanto  *premia* il contraente più accorto esponendo invece al rischio di un'esecuzione inefficiente gli altri aventi causa rimasti inerti, che sembra costitutivamente irriferribile a chi negozi sovrastimando colpevolmente la capacità di adempiere della controparte.

6 Bene, non tutti però, si diceva, sono di questo avviso e, legando l'eccezione dilatoria ad un'ignoranza oggettivamente intesa, si è fatto provocatoriamente notare come l'idea di un'insolvenza colpevolmente ignorata, quale *fatto impeditivo* di una tutela sospensiva genera il *paradosso* di una controparte in dissesto, consapevole epperò reticente, *premiata* pur nella piena consapevolezza del danno che così arrecherà alle aspettative del contraente *in bonis*, quantunque questo sia stato negligente. Alle corte, nella valutazione comparativa dei contrapposti interessi, all'errore inescusabile di un contraente fa pur sempre da *pendant*, si fa nella sostanza notare, lo stato subiettivo di una controparte in malafede. E, se così è, non si vede per quale ragione la situazione di anti giuridicità di quest'ultimo dovrebbe apparire *più meritevole*, perché *meno grave*, di quella del primo. Il che beninteso è vero, per quanto già potrebbe opporsi che ammettere l'eccezione dilatoria, nonostante una sconsiderata negligenza nell'informarsi, conosce l'insidia di garantire un potere di variare la cronologia delle prestazioni a chi nulla ha fatto per meritarsi una siffatta tutela. Del che è convinto, come si diceva, pure F.A., per il quale la *bewußte Fahrlässigkeit* gioca da condizione ostativa per l'efficienza pervasiva sovraordinata che tuttora comunica il principio *pacta sunt servanda*, al netto dell'effetto perverso che, nei termini di una vistosa disparità di trattamento, avrebbe equiparare *sub art. 1461* il contraente *in bonis* diligente a quello avventato o sconsiderato.

Anche qui tutto vero, sebbene uno sguardo dall'alto alimenti la sensazione che, sulla questione *de qua*, un valore sistematicamente forte lo trasmetta non già l'art. 1372, col suo *τόπος* di una vincolatività intangibile *ex uno latere* quando il sinallagma sia il prodotto consapevole di una «libera determinazione» (p. 239), bensì il meno acclamato ma non per questo cadetto, art. 1338: norma, non lo si dimentichi, che lascia il danno *là dov'è* se manca un affidamento meritevole perché occasionato da un errore inescusabile. C'è una *fattispecie nascosta*, osserva la migliore dottrina<sup>14</sup>, nell'art. 1338, traducibile nell'incisiva formula di un'*invalidità senza responsabilità* allorché, chi ha errato, abbia confidato colpevolmente sulla validità del contratto. Ebbene,

<sup>14</sup> V. CASTRONOVO, *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, 35 s.

se l'inescusabilità dell'errore, ancorché la scusabilità non sia più un presupposto per l'annullamento, modula ed orienta una qualifica di responsabilità finendo per fungere da *regola* idonea «a scagionare colui che non dà notizia di un errore inescusabile dell'altra parte»<sup>15</sup>, non si vede per quale ragione l'art. 1461, rispetto ad una situazione di pericolo, dovrebbe palesarsi come una norma eccezionale. Diverso, ed assai meno pacifico, sarebbe invece dire che l'inescusabilità della sua ignoranza preclude al contraente *in bonis* l'annullabilità ove l'errore sia riconoscibile.

Dopo di che, *nulla quaestio* sulla circostanza che sia debole mettere in non cale la buona fede inescusabile del contraente *in bonis* adducendo l'argomento di un art. 1461 unicamente incistato su di una funzione di riequilibrio patrimoniale. Ma pure qui, senza tante perifrastiche, forse converrebbe più banalmente chiosare così: la parte che non si informa si atteggia, in realtà, ad un contraente che *scommette* sull'adempimento altrui. L'eccezione dilatoria non gli compete, allora, nella stessa maniera in cui la pretesa all'adempimento di chi scommette non è coercibile (art. 1933, c. 1 c.c.). E tanto dovrebbe bastare.

È un falso problema invece, ed infatti lo si esamina *en passant* per mere ragioni di completezza espositiva, quello che introduce la fattispecie di un aggravamento dello stato di dissesto, già noto all'atto della stipula ma non ancora tale da indurre a rifiutare la conclusione del contratto per un pericolo di inadempimento: va da sé infatti che la suddetta vicenda integri il presupposto fattuale dell'art. 1461 c.c.. Semmai, come F. A. ben ci ricorda, è chiaro che non se ne può fare una questione quantitativa, per intendersi di entità del dissesto: piuttosto una disamina avvertita implica che il discorso *vir* sul riconnettere l'*exceptio* ad un giudizio di prognosi postuma, nel senso che l'art. 1461 *si darà* ogni qual volta la pur nota situazione di incapienza della controparte non rendeva preventivabile, in termini di ragionevole prevedibilità, un deteriorarsi al punto da mettere in pericolo la controprestazione. Il che implica però il sottinteso di un mutamento avente qui le fattezze non di una situazione che si rende manifesta quanto e piuttosto di una vera sopravvenienza: ove questa dovesse mancare, viene infatti di pensare che l'evidente pericolo null'altro sia che l'esito «necessario ed inevitabile dello stato di dissesto preesistente e già noto» (p. 223).

Breve intermezzo, a mo' di seconda chiosa, espresso in forma di domanda: se, omettendo di valutarne il merito creditizio, una banca, dopo aver concesso una prima *tranche* di finanziamento, si ritrova

<sup>15</sup> Così CASTRONOVO, *op. ult. cit.* 37.





un mutuatario consumatore inadempiente al pagamento di alcune rate, nel caso non volesse più erogare i fondi residui ma nel contempo neanche fosse intenzionata ad agire subito in risoluzione, potrà invocare l'eccezione dilatoria ex art. 1461 o nella forma di cui all'art. 125 *quater*, c. 2 lett. b) T.U.B., adducendo il sopravvenuto mutamento delle situazioni patrimoniali dell'obbligato? Di primo acchito, almeno a chi scrive<sup>16</sup>, sembra che la preclusione si incisti su due ragioni difficilmente controvertibili: la contravvenzione da un lato ad uno specifico obbligo di legge, nella specie l'art. 124 *bis* T.U.B., che conforma l'attività di erogazione del credito, il canone dall'altro che orienta la Corte di giustizia, nell'area dei finanziamenti *b2c*, in vista di un'effettività dei rimedi a tutela del consumatore. *Le Crédit Lyonnais SA* (C-565/12), al riguardo, disegna alla perfezione l'abbozzo di una responsabilizzazione dell'attività d'impresa espressa seguendo coordinate che vedono il *cattivo professionista irresponsabile* soccombere ogni qualvolta il vantaggio deducibile dalla propria colpa *non sia notevolmente inferiore* al profitto «di cui avrebbe potuto beneficiare se avesse ottemperato al suo obbligo di verifica della solvibilità del debitore». Nel pronunziarsi sull'interpretazione degli artt. 8 e 23 della direttiva 2008/48/CE, si legge infatti che il professionista, se ha mancato all'obbligo precontrattuale di verifica del merito creditizio, decade tanto dagli interessi convenzionali quanto da quelli legali perché, se potesse legittimamente esigere i secondi, la sanzione per l'inadempimento di un obbligo di legge *non sarebbe sufficientemente dissuasiva*. E tanto di nuovo dovrebbe bastare ad escludere l'opponibilità, nell'esempio sunteggiato, di un'eccezione dilatoria generale o di *ius speciale*: le condotte avventate o irresponsabili dei professionisti, producendo situazioni di insolvenza o di sovraindebitamento ostative alla crescita dei consumi, *in concreto* minano quel mercato concorrenziale trasfigurato in una situazione di *public interest*. La recentissima *CAConsumer Finance SA* (449/13), nel riconoscere che la piena e corretta esecuzione degli obblighi precontrattuali ex artt. 5 e 8 della direttiva 2008/48/CE, incombe sempre sul creditore e può pure implicare una valutazione della solvibilità dipanata attraverso dei chiarimenti adeguati *ad personam*, certifica in un certo qual modo che allocazione del rischio sul professionista e selezione come *effettivo* del rimedio meglio contrastante pratiche di *market failure* sono, in vista di un finanziamento responsabile, due facce della stessa medaglia.

<sup>16</sup> Mentre, se si è ben inteso, parrebbe diversamente orientato E. GABRIELLI, *I contratti e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2014, 12 s.

La specialità della disciplina testé illustrata potrebbe, naturalmente, indurre a pensare che il quadro cambi quando il soggetto finanziato sia un professionista, stante la circostanza che costui non si può giovare della normativa unilateralmente orientata spettante al consumatore. Al netto di svianti integrazioni per via analogica, la suddetta impressione sarebbe però alquanto fallace perché in soccorso dell'interprete parrebbe che possa ragionevolmente addursi il canone della buona fede che arricchisce il rapporto contrattuale implementando il dovere di cooperazione tra le parti, con al più il distinguo corretto promanante da un'oculata applicazione dell'art. 1227, c. 2 c.c.

### 5. Eccezione dilatoria e monopolista legale: il claudicante incedere delle S.U.

Terza *quaestio*: se è ragionevole presumere che la conoscenza del dissesto varrà da impedimento alla stipula ovvero almeno a concordare un adempimento contestuale, variabile per la quale soccorre poi con tutta evidenza l'art. 1460, *quid* nel caso di un obbligo legale di contrarre, per la preclusione *prima facie* del monopolista ad opporre un rifiuto alla stipula a chiunque faccia richiesta della prestazione, dunque pure ad un utente dissestato? Anche qui l'interpretazione suggerita da F.A., che riflette sulla questione dopo che le S.U. 1232/2004 si sono notoriamente pronunziate per l'utile esperibilità dell'art. 1461 in quanto disposizione compatibile coll'art. 2597 c.c., è di una nitidezza esemplare. Anziché indugiare sulla natura incondizionata di un obbligo a contrarre circoscritto artificialmente al momento della stipula, perché *in executivis* si riepandrebbero i rimedi sinallagmatici, il *proprium*-della questione, ci avverte l'a., sta nel riconoscere che, *sub* art. 2597, una libertà di autodeterminazione permane in realtà, seppure nella diversa accezione di una parità di trattamento fra gli utenti: parità che verrebbe scopertamente compromessa, in danno degli utenti futuri, se il monopolista non fosse libero di improntare la propria attività a criteri di economicità della gestione. Di qui, *melius re perpensa*, il suggerimento allora a reputare già possibile un *rifiuto* alla stipulazione, come farebbe «ogni altro operatore di un mercato concorrenziale perfetto» (p. 214). Per inciso questo argomentare, se rettamente inteso, ha dalla sua il vantaggio di ovviare ad un inconveniente tutt'altro che di risulta: se infatti, nonostante sia edotto del dissesto, il monopolista negozia, siccome ha così implicitamente reputato di valutare nello stesso modo contraenti patrimonialmente diversi, non potrà certo *in executivis* riscoprire quella *differentia specifica* accantonata al momento

della stipula. Allora sì, il rilievo è fin quasi autoevidente, che verrebbe a delinearsi un'irragionevole disparità di trattamento! E poi: se l'art. 1372 riconosce forza di legge al contratto, ammettere, come le S.U. hanno sentenziato, che il monopolista possa opporre l'eccezione dilatoria, equivale nella sostanza a riconoscergli surrettiziamente una facoltà di ripensamento sulla convenienza dell'affare, nonostante la convenienza *de qua* debba supporre sia stata già congruamente scrutinata, stante la pendenza del supposto pericolo di inadempimento, all'atto della stipula. È difficile, in altri termini, scansare l'impressione che il servirsi dell'eccezione dilatoria non finisca qui per dischiudere una condotta contraria a buona fede. Ed allora, pur se ispirato ad un comprensibile pragmatismo appannante il principio *pactasuntservanda*, il ragionamento delle S.U. in realtà non tiene. Per inciso, il grado di rischio dell'utente, nel passaggio dal momento della stipula a quello dell'esecuzione, non è che solitamente si aggravi, col risultato che il riconosciuto operare dell'art. 1461 decampa dall'ordito assiologico illustrato per decenni dal diritto vivente: se l'effetto sospensivo dell'*exceptio* suppone un *mutamento* che può essere alternativamente sia fenomenico che gnoseologico, qui in realtà non v'è né l'uno né l'altro. Non si dà, per chi ben osservi, né un divenire in sé né uno calato nella succedanea rappresentazione più avvertita di un contraente *in bonis* incolpevole, destrutturando nel contempo, a mo' di una *lexspecialis*, gli elementi costitutivi della fattispecie legale. Il paradosso, in tempi di una paventata giustizia del caso concreto, non potrebbe allora essere più vistoso.

È vero, naturalmente, che la novellazione dell'art. 67, c. 2, lett. a L. Fall., perché il *dictum* delle S.U. dava ingresso ad una revocabilità dei pagamenti effettuati nell'anno precedente al fallimento avendo il monopolista giust'appunto la facoltà di sospendere la prestazione, ha tolto un po' di mordente all'intera questione: l'irrevocabilità edittale dei pagamenti di beni e servizi compiuti nell'esercizio dell'attività d'impresa «nei termini d'uso», ha senza dubbio appianato il contrasto. E tuttavia concettualmente il problema permane, innervato probabilmente dalla circostanza che la lettura teorizzata dalle S.U. è il riflesso di un distinguo tra sinallagma genetico e funzionale maneggiato ormai sempre più alla stessa guisa di un artificio retorico.

## 6. La fuga dall'art. 1461 nei contratti asimmetrici.

Prima della chiosa finale, ancora una spigolatura.

Sebbene non la si possa far rientrare nella fattispecie tipizzata all'art. 33, c. 2, lett. r) c. cons., una clausola che dovesse permettere al professionista di sospendere la prestazione in difetto dei presupposti previsti dall'art. 1461 c.c., meriterebbe vien fatto di pensare la qualifica di vessatorietà, coll'annesso operare perciò di quella nullità di protezione ex art. 36, cc. 1 e 3 che cassa ogni pattuizione determinante un significativo squilibrio normativo in danno del consumatore<sup>17</sup>. Epperò, domanda: *quid* nel caso in cui una clausola siffatta dovesse comparire in un contratto asimmetrico tra professionisti? La pratica infatti, come recentemente segnalato<sup>18</sup>, sperimenta da tempo tecniche volte a rafforzare la tutela del credito rispetto allo standard di diritto comune, colla previsione ad es. di clausole subordinanti l'adempimento al possesso di uno specifico *rating* o al rilascio di una garanzia bancaria a prima richiesta, l'una e l'altra abbinata solitamente ad una clausola risolutiva espressa (art. 1456) per l'ipotesi in cui i suddetti requisiti dovessero venire a mancare trascorso un termine di grazia perentorio (20 giorni di norma), concesso alla controparte per provvedere al ripristino della condizione patrimoniale richiesta. Trattasi, palesemente, di pattuizioni mediante le quali, accomunando situazioni di matrice diversa che non necessariamente impingono sull'oggettivo modificarsi dei presupposti di *realizzabilità della prestazione*, viene formalizzata nella sostanza una risoluzione anticipata del contratto, nella misura in cui il contraente *in bonis* viene legittimato, per modificazioni subietive diverse dal dissesto, ad un recesso *ante tempus*. Tornando all'esempio, il possesso di uno specifico *rating*, come si è fatto notare<sup>19</sup>, stilizza un livello minimo di affidabilità contrattuale che difficilmente integra la fattispecie di *evidente pericolo* richiesta per legge, allargando così le maglie di una tutela dilatoria – perentoria finalizzata sì a rendere più stabile la garanzia patrimoniale generica ex art. 2740 c.c. ma a detrimento dell'impresa che divenga sprovvista del “merito” richiesto. Se la situazione di pericolo innescante l'art. 1461 è assimilabile a quella che simboleggia l'*eventusdamni*

<sup>17</sup> V., puntualmente, BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit. 99.

<sup>18</sup> V. M. MAUGERI – C. FERRARI, *La tutela del credito nel c.d. regime di TPA nel settore dell'energia*, in corso di stampa in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, letto in anteprima grazie alla cortesia delle autrici.

<sup>19</sup> V. MAUGERI – FERRARI, *op. ult. cit.*



nel consentire il ricorso all'azione revocatoria (art. 2901 c.c.)<sup>20</sup>, *nulla quaestio* sulla circostanza che una giusta causa per sospendere ricorra nell'ipotesi di una sentenza o di un provvedimento amministrativo di condanna incidenti fondatamente sulla capacità di adempiere della controparte, molto meno convince viceversa che la difficoltà prospettica di adempiere sia insita nel difetto di un *rating*, solitamente connesso ad una situazione di indebitamento non garantito a lungo termine. Il pericolo di inadempimento non rileva in sé, neanche nell'area del diritto uniforme (art. 71 CISG), dovendosi comunque sempre appalesare una situazione che lo inverte *oggettivamente*. Certo, a presidio dell'impresa che si trovi a subire giuste cause pattizie (e non legali) di sospensione, verrà in soccorso il disposto dell'art. 1341 c.c., sulla premessa che l'eccezione dell'art. 1461 è tradizionalmente annoverata tra quelle rinunziabili, sterilizzando così il normale rischio d'impresa connesso alla scelta del contraente<sup>21</sup>: e tuttavia, stante l'insufficienza protettiva di una tecnica rimediale tradotta nel debole marchingegno di una doppia sottoscrizione, perché non immaginare, quando l'impresa vessata versi in una situazione di dipendenza economica, una nullità ex art. 9 l. 192/1998? Sembra difficile infatti sostenere, per quanto sia esatto che le clausole in questione riproducano di solito gli standard di sostenibilità economica richiesti dal mercato di riferimento per operazioni rilevanti, che l'interprete non si trovi qui al cospetto di pattuizioni includenti condizioni eccessivamente gravose. A tacer del fatto che la pratica di aggiramento dell'art. 1461, norma dispositiva sì ma pur sempre nella versione di una *derogabilità condizionata*, rappresenta un nuovo capitolo di quella *fuga* dal codice ben illustrata da chi continua ad ammonire che un diritto incalcolabile fa da premessa a che le imprese (più forti) si dotino di una calcolabilità fai da te<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Puntualmente CARNEVALI, *Le eccezioni dilatorie*, in CARNEVALI – E. GABRIELLI – TAMPONI, *La risoluzione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, 8, Torino, 2011, 255 ss.

<sup>21</sup> Il profilo non sfugge all'acutezza di chi, nell'economia di una recensione a questo stesso libro, ha già fatto opportunamente notare come «in chiave sistematica è preferibile una concezione del rimedio dilatorio che poggia su un'idea di autonomia privata magari assai severa però anche fortemente legata alla responsabilizzazione dell'agente, cui concorre anche la consapevolezza di correre rischi i cui effetti non sono eliminabili successivamente, oppure una concezione che miri a preservare quanto più possibile il sinallagma anche contro insidie non propriamente intrinseche al rapporto contrattuale, valorizzando la dimensione dell'attività successiva alla conclusione del contratto ... ?»: così PIRAINO, in *Annuario del contratto 2013*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2014, 215 ss.

<sup>22</sup> L'allusione è ad IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.

## 7. Epilogo (*in itinere*).

Ed allora, a guisa di commiato. Il libro di F.A. tocca un tema che vanta più di un padre nobile: da Pothier, che per primo teorizzò il diritto del venditore di ricsare la consegna della *res*, sebbene il compratore benefici di un termine al pagamento non ancora scaduto, quando costui abbia sofferto uno *sconcerto nella sua fortuna*, a tutta l'elaborazione pandettistica influenzante pervasivamente il modello tedesco prima maniera, fino ad arrivare al lavoro esegetico che ha accompagnato le norme di uniformazione internazionale, in special modo a quell'art. 71 CISG che F.A. illustra ampiamente nel suo contenuto precettivo (p. 121 ss.), evidenziando nel contempo lo scarso apporto che invece proviene da tutti i più recenti progetti di codificazione civile europea. In sospenso, ma non potrebbe essere altrimenti, rimane il quesito d'insieme: nella stagione presente conviene privilegiare un sistema binario, nel quale eccezione di inadempimento ed eccezione di insicurezza rimangono fattispecie contigue sì ma separate oppure, sfruttando la *vis attractiva* che ci restituisce l'art. 71 CISG, è più utile ripensare il principio *inadimplenti non est adimplendum*, coniando un'unica tutela dilatoria calibrata sul manifestarsi di un inadempimento, presente o in predicato, alla funzionalità sinallagmatica del rapporto contrattuale? Il dibattito, che questo bel libro di sicuro arricchisce criticamente, è aperto. Agli interpreti che verranno l'onere di riflettere sulla fatica di quel concetto che F.A., ed anche questo è un pregio innegabile del libro, restituisce al lettore con un tecnicismo terso, e mai di maniera, sempre proteso alla ricerca critica del punto di rilevanza ermeneutica delle norme.