

MATTEO DELLA CASA

..... Professione

RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO E RICORSO AL PROCESSO

SOMMARIO: 1. La questione: inadempimento e legittimazione a recedere del contraente deluso. — 2. « Risoluzione »: un termine sistematico e metaforico. — 3. La tesi sostenuta: liberazione dal vincolo per atto stragiudiziale e ridimensionamento selettivo del ricorso al processo. — 4. Riscontri giurisprudenziali: il rifiuto della prestazione tardiva, l'alterazione funzionale dell'eccezione di inadempimento, la dichiarazione risolutoria stragiudiziale convergente con quella della controparte. — 5. *Segue*: legittimazione a recedere e inadempimento reciproco; il recesso per giusta causa del committente e del proponente. — 6. Centralità della risoluzione giudiziale e tensione del sistema verso la conservazione del contratto: una prospettiva non più attuale. — 7. *Segue*: riscontri giurisprudenziali, storici, comparatistici. — 8. Compatibilità della soluzione proposta con il dato normativo: risoluzione quale azione giudiziale ... in relazione a rimedi implicanti l'esercizio di un'azione di condanna. — 9. *Segue*: quando il risarcimento non esercita la sua forza di attrazione, il contraente deluso è legittimato a recedere. — 10. Legittimazione a recedere e risoluzioni « di diritto ». — 11. Risoluzione per atto unilaterale ed esigenza di « evitare la prosecuzione anche provvisoria del rapporto ». — 12. Sintesi e conclusione. Irrelevanza dell'antitesi « azione dichiarativa *vs.* azione costitutiva » e sintonia della ricostruzione proposta con il sistema dei rimedi contrattuali.

1. — Nei principi internazionali, la parte che subisce un inadempimento « essenziale » è legittimata a risolvere il contratto con effetto immediato mediante un atto unilaterale assimilabile al recesso; la volontà di sciogliere il contratto può essere manifestata anche con il rifiuto della prestazione gravemente tardiva o inesatta ⁽¹⁾. La soluzione è analoga a quella adottata nei sistemi anglosassoni, dove la parte fedele può liberarsi dal vincolo tanto rendendo una dichiarazione stragiudiziale, quanto tenendo comportamenti che manifestano in modo univoco l'intenzione di sciogliere il vincolo (rifiuto della prestazione o conclusione di un contratto sostitutivo) ⁽²⁾. Peraltro, anche in ordinamenti che recepiscono il modello della risoluzione per sentenza costitu-

⁽¹⁾ Cfr. *Principles of European Contract Law* (di seguito, PECL), art. 9:303, *comment*, A; *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (di seguito, PICC), 3rd ed., 2010, art. 7.3.2, testo e commento; *Draft Common Frame of Reference* (di seguito, DCFR), III, art. 3:507, *comment*, A.

⁽²⁾ Per il diritto inglese v. G. TREITEL, *The Law of Contract*, 12th ed. by E. Peel, Sweet&Maxwell, 2006, p. 861 s.; Id., *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford University Press, 1988, p. 334 s.; H. BEALE, *Remedies for Breach of Contract*, Sweet&Maxwell, 1980, p. 108 ss. Per il diritto statunitense, cfr. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 4th ed., Aspen 2004, p. 560 ss.

tiva, come quello francese e spagnolo ⁽³⁾, la giurisprudenza ammette che — stante la gravità dell'inadempimento — il creditore possa affrancarsi dal vincolo mediante atto stragiudiziale, sia pure agendo « a proprio rischio e pericolo » ⁽⁴⁾: se la scelta di sciogliere il rapporto si rivela ingiustificata — in quan-

⁽³⁾ Per un'accurata ricostruzione delle opinioni che ammettono la risoluzione per atto di parte nel contesto spagnolo si rinvia a M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Giappichelli, 2013, p. 31 ss.

⁽⁴⁾ Nella giurisprudenza francese, è questa la formula standardizzata adottata dalle sentenze che riconoscono al creditore la legittimazione a risolvere il contratto per atto stragiudiziale, ferma restando la necessità di accertare la gravità dell'inadempimento imputabile alla controparte: cfr. Cass. 3^{ème} civ. 9 octobre 2013, n. 12-23.379; Cass. com. 1^{er} octobre 2013, n. 12-20.830; Cass. com. 18 juin 2013, n. 12-13.360; Cass. com. 10 juillet 2012, n. 11-20.060; Cass. 3^{ème} civ. 20 juin 2012, n. 11-20.859; Cass. 1^{ère} civ. 20 octobre 2011, n. 10-19.878; Cass. com. 27 septembre 2011, n. 10-25.242; Cass. 1^{ère} civ. 17 juin 2010, n. 09-68.021; Cass. com. 7 avril 2010, n. 06-15.590, in *Revue des contrats* (di seguito *RDC*), 2010, p. 1213; Cass. com. 15 décembre 2009, n. 08-10.148; Cass. com. 10 novembre 2009, n. 08-20.306; Cass. 3^{ème} civ. 28 octobre 2009, n. 08-16.758; Cass. com. 10 février 2009, n. 08-12.415, in *Revue trimestrielle de droit civil* (di seguito *RTD civ.*), 2009, p. 313, con osservazioni di B. FAGES ed in *Juris-classeur périodique* (di seguito *JCP*), 2009, I, p. 273, con osservazioni P. GROSSER; Cass. com. 18 novembre 2008, n. 07-20.304, in *RTD civ.*, 2009, p. 119, con osservazioni di B. FAGES ed in *RDC*, 2009, p. 484, con osservazioni di D. MAZEAUD; Cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 2007, n. 06-12.426; Cass. 1^{ère} civ. 13 mars 2007, n. 06-10.229; Cass. com. 13 décembre 2005, n. 04-13.374; Cass. com. 4 février 2004, n. 99-21.480, in *Revue Lamy de droit civil* (di seguito *RLDC*), 2004/6, n. 227; Cass. 1^{ère} civ. 28 octobre 2003, n. 01-03.662, in *RTD civ.*, 2004, p. 89 s., con osservazioni di B. FAGES e J. MESTRE; Cass. 1^{ère} civ. 20 février 2001, n. 99-15.170, in *RTD civ.*, 2001, p. 363 ss.; Cass. 1^{ère} civ. 13 octobre 1998, in *RTD civ.*, 1999, p. 394, in *JCP*, 1999, p. 1413 s., con nota di N. RZEPECKI ed in *Recueil Dalloz* (di seguito *D.*), 1999, p. 197, con nota di C. JAMIN. Le sentenze in relazione alle quali non sono stati indicati gli estremi della pubblicazione risultano inedite, ma sono reperibili nella banca dati *Juris-classeur*. Per una valutazione di tale orientamento v., in dottrina, C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, L.G.D.J., 2008, p. 172 ss.; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, L.G.D.J., 2007, p. 375 ss.; P. ANCEL, *Le juge et l'inexécution du contrat*, in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, a cura di F. Collart Dutilleul e C. Coulon, Economica, 2007, p. 111 ss.; Y.M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, L.G.D.J., 2004, p. 256 ss.; L. AYNÈS, *Le droit de rompre unilatéralement: fondement et perspectives*, in *Droit et patrimoine*, 2004, p. 64 ss.

L'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla Cassazione francese nel 1998 trova riscontro nei progetti di riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti elaborati nel corso degli ultimi dieci anni. Ognuno di essi ammette che il contraente deluso possa sciogliere il rapporto senza rivolgersi al giudice, mediante un atto indirizzato alla controparte, sia pure subordinando l'esercizio della pretesa risolutoria all'osservanza di determinati oneri (notificazione; preventiva costituzione in mora, con assegnazione di un termine supplementare per adempiere; indicazione delle ragioni che giustificano la scelta di sciogliere il contratto). Non viene invece esplicitato il presupposto della gravità dell'inadempimento, che la giurisprudenza francese pone a fondamento della legittimazione a risolvere il contratto per atto unilaterale: scelta che riflette, con tutta probabilità, il timore di limitare eccessivamente la discrezionalità del giudice, vincolandolo a pronunciare la risoluzione in presenza di una grave alterazione del sinallagma. Ci si preoccupa di precisare, per contro, che il destinatario dell'atto può agire in giudizio e, dimostrata l'infondatezza della pretesa risolutoria manifestata dalla controparte, ottenere la sua condanna a eseguire il contratto: la regolamentazio-

to alla controparte non è imputabile un inadempimento grave — il contraente che recede può essere considerato egli stesso inadempiente ed incorrere nelle relative responsabilità.

In questa sede, intendiamo verificare se anche nel diritto italiano il contraente deluso a seguito del verificarsi di un inadempimento grave (art. 1455 c.c.) possa liberarsi dal rapporto alterato indirizzando al debitore un atto di recesso, o manifestando altrimenti la volontà di sciogliere il vincolo. Ci chiediamo, in altri termini, se al di fuori delle ipotesi in cui il contratto si risolve « di diritto » la vittima dell'inadempimento sia legittimata a sciogliere il rapporto per atto unilaterale o se, invece, per conseguire il medesimo risultato sia tenuta a proporre domanda giudiziale. La questione è specifica, ma la sua soluzione implica una riflessione di carattere generale sul ruolo del processo nel regime della risoluzione per inadempimento.

Benché non manchino opinioni favorevoli alla legittimazione a recedere ⁽⁵⁾,

ne del rimedio — che, pure, non è del tutto uniforme nei diversi progetti considerati — riflette il timore che la risoluzione per atto di parte possa indebolire la forza del vincolo contrattuale. Cfr. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, redatto dalla commissione presieduta da Pierre Catala, La documentation française, 2006, artt. 1158, 1158-1 (p. 106), su cui v. M. FABRE-MAGNAN, *Termination of Contract: A Missed Opportunity for Reform*, in *Reforming the French Law of Obligations*, ed. by J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER, S. WHITTAKER, Hart 2009, p. 169 ss. Di poco posteriore è il progetto recante *des propositions pour une réforme du droit des contrats*, redatto dalla commissione presieduta da François Terré e rinvenibile nel volume *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz 2009, di cui v., con riferimento alla risoluzione, l'art. 110 (p. 278). Recentemente, le proposte elaborate in sede dottrinale hanno trovato riscontro sul versante « istituzionale »: il 27 novembre 2013, infatti, il Ministro della Giustizia francese ha presentato un disegno di legge all'interno del quale si rinviene un *Projet de réforme du droit des contrats*. Il testo si legge in questa *Rivista*, 2014, p. 300 ss. con introduzione di D. MAZEAUD, e la risoluzione per atto di parte — che affianca, ma non sostituisce, quella giudiziale — è disciplinata dagli artt. 139, 141 (p. 347).

⁽⁵⁾ V., pur con accenti diversi, M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione*, cit. nt. 2, *passim*, spec. p. 41 ss.; M. DELLA CHIESA, *Contenuto, effetti e funzione della clausola risolutiva espressa*, in *Contratti*, 2009, p. 561 ss.; M. DELLACASA, *Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione « atipica »*, in questa *Rivista*, 2007, II, pp. 511-517; Id., *Risoluzione giudiziale e « di diritto »: orientamenti e problemi*, nel *Tratt. Roppo*, V, *Rimedi-2*, Giuffrè, 2006, p. 152 ss.; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Giuffrè, 1998, pp. 340-387. Nella trattatistica, preziosi spunti sono offerti da R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 3^a ed., in *Tratt. Sacco*, Utet, 2004, pp. 646-649 (la dichiarazione risolutoria stragiudiziale preclude al suo autore di mutare opinione ed esigere l'adempimento, ma non impedisce al suo destinatario di eseguire la prestazione entro un congruo termine desumibile per analogia dall'art. 1454 c.c. ed evitare, così, lo scioglimento del contratto) e da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 2^a ed., Giuffrè, 2012, p. 163 (il rimpiazzo della prestazione ineseguita — che trova giustificazione nell'onere di limitare il danno derivante dall'inadempimento — « implica di regola la risoluzione del contratto »: conclusione che appare giustificata quando l'interesse della parte inadempiente « a veder diminuito il danno sia prevalente sull'interesse alla conservazione del contratto »). La legittimazione a recedere del contraente deluso risulta poi avvalorata da G. Osti in uno scritto che nonostante la notorietà dell'autore e l'originalità delle soluzioni proposte ha avuto scarsa diffusione:

la dottrina prevalente è tuttora orientata in senso contrario ⁽⁶⁾. Un argomento a sostegno di tale posizione si desume, in primo luogo, dal tenore letterale dell'art. 1453 c.c., che rappresenta la risoluzione quale oggetto di una domanda giudiziale: su questa base si conclude senz'altro che dove il contratto non si risolve « di diritto » il soggetto interessato a svincolarsi dal rapporto alterato è tenuto ad agire in giudizio. In quest'ottica, la risoluzione per sentenza costitutiva costituisce l'unica via percorribile al di fuori delle fattispecie tipiche in cui il legislatore ammette che il vincolo possa essere sciolto in sede stragiudiziale (artt. 1454, 1456, 1457 c.c.). In secondo luogo, la conclusione si fonda sull'assunto, spesso implicito, in base al quale un rimedio può essere attivato « in autotutela » solo nei casi previsti dalla legge: al di fuori di essi, la parte protetta deve rivolgersi al giudice ⁽⁷⁾.

Ne consegue che, una volta verificatosi un inadempimento grave, la parte fedele è tenuta a proporre domanda giudiziale anche se vuole semplicemente liberarsi dall'obbligazione assunta concludendo il contratto e non ha interesse ad ottenere la condanna della controparte a restituire la prestazione eseguita o a risarcire il danno. L'onere di agire in giudizio sussiste anche nell'ipotesi di inadempimento (non semplicemente grave, ma) definitivo. Benché l'interesse del creditore sia stato pregiudicato in modo radicale e irreversibile, e voglia solo essere liberato dal vincolo, egli è ugualmente tenuto a proporre domanda di risoluzione. Se da un lato, essendo fortemente motivato a liberarsi dal rapporto non più gradito, è riluttante ad avvalersi della diffida ad adempiere — che accorda al debitore la possibilità di evitare la risoluzione eseguendo la prestazione (art. 1454 c.c.) — dall'altro si esclude che sia legittimato a rece-

edito in edizione provvisoria nel 1922 con il titolo *Applicazioni del concetto di sopravvenienza. La risolubilità dei contratti per inadempimento* (ed. Paolo Galeati, Imola), è stato ripubblicato negli *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, 1973, con presentazione di P. RESCIGNO: v., in particolare, p. 446 s.

⁽⁶⁾ Cfr. G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Giuffrè, 2012, p. 21 ss.; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, 2012, pp. 600, 649 ss.; Id., *La risoluzione per inadempimento*, in M. ROSSETTI, C. BALLETTI, V. MARTINO, *Risoluzione. Inadempimento, impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, diretto da P. CENDON, *I contratti in generale*, XIII, Utet, 2000, p. 456; V. ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2011, p. 520; R. ORIANI, *L'opposizione dei creditori della società alla fusione nel quadro dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Giuffrè, 2011, p. 4 ss., testo e nt. 11; Id., *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Cedam, 2003, p. 21 ss.; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, 2009, p. 201 ss.; Id., *Tutela civile dei diritti*, 4ª ed., Giuffrè, 2003, p. 384 s.; A. VENTURELLI, *Il momento preclusivo dell'adempimento ritardato*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 247 ss.; C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, 1995, p. 427 ss., ed in questa *Rivista*, 1995, I, p. 299 ss.; Id., *Il concorso di azioni nella patologia della vendita. Diritto e processo*, *ivi*, 1989, I, p. 792; G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, 1942, pp. 398 ss., 407 s., 412.

⁽⁷⁾ In questa prospettiva v. A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali, Artt. 1460-1462*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 2011, p. 46; L. BIGLIAZZI-GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Giuffrè, 1971, pp. 30, 38 s.

dere. Si ammette che il sistema così ricostruito sia affetto da una contraddizione: il creditore può sciogliere il rapporto contrattuale in sede stragiudiziale — intimando alla controparte diffida ad adempiere — quando l'inadempimento, sia pur grave, non ha pregiudicato radicalmente il suo interesse per la prestazione, mentre se l'inadempimento è definitivo, sicché la prestazione ha perso ogni utilità, è tenuto ad agire in giudizio. Si ritiene, però, che l'interprete non possa sanare le incongruenze del dato normativo ed elaborare un procedimento risolutorio diverso da quelli previsti dalla legge ⁽⁸⁾.

In questa prospettiva, come è evidente, non si distingue la situazione in cui il contraente deluso voglia semplicemente ottenere la propria liberazione dal vincolo da quella in cui abbia interesse a conseguire la condanna della controparte alla restituzione della prestazione e al risarcimento del danno: in ogni caso, egli sarebbe tenuto a proporre domanda di risoluzione.

Proprio su questo aspetto si fonda la soluzione che qui si propone: essa comporta un ridimensionamento selettivo del ruolo del processo nell'economia del rimedio risolutorio. La vittima dell'inadempimento è legittimata a recedere — o a manifestare altrimenti la volontà di risolvere il contratto con effetto immediato — se tutto ciò che intende ottenere è la liberazione dal vincolo; è invece tenuta a proporre domanda giudiziale, in assenza di un accordo con la controparte, quando vuole conseguire la sua condanna alla restituzione della prestazione eseguita o al risarcimento del danno derivante dallo scioglimento del contratto. Mentre gli effetti liberatori della risoluzione non richiedono la proposizione di una domanda giudiziale — sicché il contraente deluso può affrancarsi dal rapporto malfunzionante mediante un atto unilaterale assimilabile al recesso — quelli restitutori e risarcitori implicano l'esercizio di un'azione di condanna: azione della quale la sentenza che pronuncia la risoluzione costituisce un presupposto necessario.

Prima di considerare gli argomenti che giustificano tale conclusione, è tuttavia necessario riflettere sul significato del termine « risoluzione » e sulla funzione che esso svolge nel dettato normativo.

2. — In base a una consolidata classificazione dei termini giuridici, il vo-

⁽⁸⁾ Cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 6, p. 407 s., a cui aderisce A. SMIROLO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, 1982, p. 105 s. Diversamente orientato C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 2^a ed., cit. nt. 5, p. 339, il quale ritiene che al verificarsi di un inadempimento definitivo il creditore sia legittimato a risolvere il contratto con effetto immediato, non sussistendo in capo al debitore « un apprezzabile interesse ... a veder fissato un termine per l'adempimento ». Nella medesima prospettiva, cfr. G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1974, p. 743 ss., il quale ritiene legittimato a recedere il creditore di una prestazione ad esecuzione continuata: in questa ipotesi, infatti, l'inadempimento pregiudica definitivamente l'interesse sotteso alla conclusione del contratto, che deve essere necessariamente appagato in un determinato periodo di tempo, sicché la concessione di un termine supplementare alla parte inadempiente risulta ingiustificata. Il recesso, dunque, consente di adattare alla fattispecie la struttura giuridica della diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.).

cabolo « risoluzione » può essere qualificato come normativo e sistematico. « Normativo »⁽⁹⁾, perché rinvia non solo a fatti [l'inadempimento, l'intimazione di una diffida, la pronuncia di una sentenza ecc.], ma anche a norme giuridiche [che del rimedio definiscono i presupposti e le conseguenze⁽¹⁰⁾]. « Sistematico »⁽¹¹⁾, in quanto ha la funzione di collegare una pluralità alternativa di presupposti [inadempimento grave + sentenza giudiziale⁽¹²⁾; inadempimento grave + diffida + scadenza del termine⁽¹³⁾; inadempimento non necessariamente grave + clausola risolutiva espressa + dichiarazione del creditore⁽¹⁴⁾; scadenza del termine essenziale + decorso di tre giorni senza che il creditore abbia preteso l'esecuzione⁽¹⁵⁾] con una pluralità cumulativa di conseguenze giuridiche [liberazione di entrambe le parti dalle obbligazioni assunte concludendo il contratto; legittimazione di entrambe le parti ad ottenere la restituzione delle prestazioni eseguite in attuazione dell'accordo; legittimazione della parte fedele ad ottenere il risarcimento del danno derivante dallo scioglimento del contratto].

Si tratta, dunque, di uno strumento adottato dal legislatore per delineare una relazione tra fattispecie ed effetti giuridici differenziati. Senza di esso, esprimere il collegamento sarebbe effettivamente molto difficile, in quanto il legislatore dovrebbe istituirlo direttamente: è quanto avviene nel contesto dell'art. 1463 c.c., dove il legislatore prescinde dall'uso del termine « risoluzione », indicando senz'altro i suoi effetti, in considerazione del fatto che il pre-

(9) In contrapposizione a fattuale. Proposta da U. Scarpelli, la distinzione tra termini fattuali e normativi è stata rielaborata da A. Belvedere. Del primo autore v. *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nuova ed. a cura di A. Pintore, Giuffrè, 1985, p. 123 ss. Tra gli scritti del secondo, cfr. *Il linguaggio del codice civile*, in *Tratt. Rescigno*, 2ª ed., I, Utet, 1999, p. 96 ss.; voce *Linguaggio giuridico*, in *Dig. IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, aggiornamento, Utet, 2000, p. 558 ss.; voce *Definition in Legal Language*, in ASHER e SIMPSON (eds.), *The Encyclopedia of Language and Linguistics*, II, Oxford: Pergamon Press, 1994, p. 846; *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, in A. BELVEDERE, M. JORI, L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Giuffrè, 1979, p. 383 ss.

(10) V., a titolo esemplificativo, artt. 1455, 1458 c.c.

(11) La nozione di « termine sistematico » e la relativa analisi — di cui nel testo si riprendono i tratti essenziali — sono dovute ad A. Ross, *Tû-Tû*, ora in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni Comunità, 1976, p. 175. Dello stesso autore cfr. *La definizione nel linguaggio giuridico*, *ivi*, p. 199 ss.

(12) Cfr. artt. 1453, 1455 c.c.

(13) Cfr. artt. 1454, 1455 c.c. Per comodità espositiva rappresentiamo qui l'opinione — prevalente in dottrina e in giurisprudenza — in base alla quale la risoluzione si produce solo se l'inadempimento del diffidato è di « non ... scarsa importanza » (art. 1455). Peraltro, non mancano argomenti per sostenere che la diffida può essere intimata anche quando l'inadempimento non è grave, purché esso interessi una prestazione non marginale nell'economia del contratto e il termine assegnato al debitore sia congruo: v., *infra*, § 10.

(14) Cfr. art. 1456 c.c.

(15) Cfr. art. 1457 c.c.

supposto del rimedio è relativamente semplice e univoco (impossibilità totale della prestazione). Come altri termini sistematici, dunque, « risoluzione » consente di realizzare una considerevole semplificazione del linguaggio legislativo ⁽¹⁶⁾.

Se allora grazie al vocabolo si istituisce un collegamento tra fattispecie ed effetti diversi, è ipotizzabile che alcuni di essi — e segnatamente quelli liberatori — possano essere gestiti dalle parti in autotutela, mentre altri — e segnatamente quelli restitutori e risarcitori — richiedano necessariamente l'intervento del giudice: se infatti i contraenti non trovano un accordo la parte legittimata ad avvalersi del rimedio deve esercitare un'azione di condanna. La risoluzione, insomma, non è un'entità realmente esistente, di cui si può affermare senza dubbio la presenza o l'assenza, ma una tecnica di collegamento tra fattispecie ed effetti giuridici differenziati: una volta acquisita tale consapevolezza, si può ammettere che i secondi possano essere gestiti con modalità differenti, calibrando il ruolo del processo sugli interessi delle parti.

Come si è constatato nel paragrafo introduttivo, invece, la ricostruzione prevalente in dottrina tende a considerare la risoluzione come qualcosa di monolitico, senza neppure considerare l'eventualità che ai suoi diversi effetti corrispondano regimi giuridici differenziati. Questa concezione del rimedio — che come vedremo non è una costante nella riflessione dei giuristi — è in qualche modo indotta da un'altra caratteristica del termine: in quanto contrapposto al vincolo contrattuale, di cui indica lo scioglimento, esso esprime una metafora. Gli effetti del contratto e i rimedi esperibili verso la parte inadempiente (adempimento coattivo e risarcimento del danno) vengono designati con la metafora del vincolo, mentre la loro cancellazione viene espressa con la contro-metafora della sua risoluzione.

« Vincolo » e « risoluzione » sono termini utili e preziosi, in quanto consentono di esprimere in forma semplice e sintetica regole complesse. Così, anziché affermare che per effetto del contratto il debitore può essere condannato ad eseguire la prestazione promessa e non può ottenere la restituzione di quella eseguita, si dice più semplicemente che il contratto, in quanto validamente concluso, vincola le parti. D'altra parte, anziché affermare che a seguito della risoluzione le parti non sono più obbligate ad effettuare le prestazioni promesse e possono ottenere la restituzione di quelle eventualmente eseguite, si dice più semplicemente che il contratto si risolve.

Se questo è vero, il linguaggio metaforico del legislatore e degli interpreti induce a ritenere che esista davvero tra le parti un vincolo suscettibile di essere sciolto: anziché essere semplici strumenti linguistici per designare il collegamento istituito dal legislatore tra fattispecie ed effetti giuridici, il vincolo e la sua risoluzione tendono ad essere concepiti come realtà monolitiche ed effettivamente esistenti. Questo impedisce di differenziare il regime della risolu-

⁽¹⁶⁾ Su tale attitudine dei termini sistematici v. A. Ross, *Tû-Tû*, cit. nt. 11, p. 174; *Id.*, *La definizione nel linguaggio giuridico*, cit. nt. 11, p. 207.

zione in considerazione degli effetti che ne derivano e di calibrare opportunamente in relazione ad essi il ricorso al processo.

3. — Per contro, la consapevolezza del fatto che la risoluzione non designa lo scioglimento di un vincolo effettivamente esistente, ma il collegamento tra fattispecie ed effetti eterogenei, consente di differenziare il regime di questi ultimi: è questo il presupposto della tesi che qui si propone. Verificatosi un inadempimento grave, la parte fedele può liberarsi dal rapporto alterato manifestando stragiudizialmente la volontà di risolvere il contratto. Il recesso, il rifiuto della prestazione tardivamente offerta o la conclusione di un contratto sostitutivo portata tempestivamente a conoscenza della parte inadempiente sono a questi effetti equivalenti: è solo necessario che la decisione di non attuare lo scambio venga espressa in modo univoco.

A seguito della manifestazione stragiudiziale della volontà di risolvere il contratto, il creditore non può cambiare opinione ed esigere l'adempimento: la relativa azione merita di essere rigettata in quanto il suo esercizio pregiudica l'affidamento del debitore nello scioglimento del vincolo e confligge, così, con il principio di buona fede (arg. ex art. 1453, comma 2°, c.c.)⁽¹⁷⁾. Il debitore gravemente inadempiente, per converso, non può eseguire la prestazione ed esigere il pagamento del corrispettivo. Nessuna delle due parti, dunque, può imporre all'altra l'attuazione dello scambio, sicché *se si considerano gli effetti liberatori del rimedio* il contratto deve ritenersi risolto.

Ora, se il creditore può liberarsi dall'obbligo di eseguire la prestazione dovuta e rifiutare legittimamente quella attesa mediante atto stragiudiziale, non può invece ottenere la restituzione della prestazione eventualmente eseguita e il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio se non a seguito di una sentenza che pronuncia la risoluzione. Gli effetti liberatori del rimedio possono essere attivati in autotutela — vale a dire, in sede stragiudiziale — anche al di fuori delle fattispecie in cui il contratto si risolve « di diritto ». Quelli risarcitori e restitutori presuppongono necessariamente l'accertamento giudiziale della risoluzione, che prelude all'accoglimento delle conseguenti azioni di condanna. Mentre la liberazione dal vincolo può conseguire a una scelta unilaterale del contraente deluso, il pagamento del risarcimento che compensa la mancata attuazione dello scambio o la restituzione della prestazione eseguita postulano la cooperazione della controparte: ve-

(17) Si aderisce, sul punto, all'opinione di R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 3ª ed., cit. nt. 5, pp. 638, 646 s. In senso conforme, in dottrina, M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione*, cit. nt. 5, p. 102 s.; G. GABRIELLI, *Proponibilità delle domande risarcitoria e restitutoria in corso di giudizio purché congiuntamente con quella di risoluzione del contratto inadempito*, in questa *Rivista*, 2012, I, p. 602; M. DELLACASA, *Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore*, cit. nt. 5, p. 515; *Id.*, *Risoluzione giudiziale e « di diritto »: orientamenti e problemi*, cit. nt. 5, p. 171; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit. nt. 5, p. 362 ss. Circa la posizione assunta dalla giurisprudenza sul punto specifico v., *infra*, § 4, nt. 20, 21.

nendo essa a mancare, al creditore non resta che agire in giudizio ed esercitare le corrispondenti azioni di condanna.

Certamente, quando il contratto si risolve in sede stragiudiziale il creditore può immediatamente esigere la restituzione delle prestazioni eseguite e il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio: a tale conclusione si perviene tanto sulla base delle norme che prevedono la risoluzione « di diritto » (artt. 1454, 1456, 1457 c.c.), quanto considerando i sistemi incentrati sulla risoluzione per atto di parte come quello tedesco (§ 326, comma 4°, 346-348 BGB). Se le parti non raggiungono un accordo, tuttavia, le restituzioni e il risarcimento possono essere ottenute solo tramite l'esercizio di un'azione di condanna, il cui accoglimento implica l'accertamento della risoluzione. Rispetto agli effetti restitutori e risarcitori, dunque, l'antitesi tra azione costitutiva e dichiarativa perde significato, essendo comunque necessaria la pronuncia di una sentenza che accerti la risoluzione del contratto; d'altra parte, il rimedio opera con effetti retroattivi tra le parti (art. 1458 c.c.), sicché la circostanza che risoluzione si sia prodotta in sede giudiziale o stragiudiziale non interferisce con il regime delle restituzioni.

È da valutare lo scenario che potrebbe delinarsi riconoscendo al contraente deluso la legittimazione a recedere. Il vantaggio più rilevante — già riscontrabile, del resto, in relazione alle risoluzioni « di diritto » previste dalla legge — è quello di adeguare l'uso dello strumento processuale alla reale funzionalità del rimedio. Anziché essere definito in modo rigido e aprioristico, il regime della risoluzione acquisisce la capacità di adattarsi agli interessi delle parti, con la conseguenza di ridurre lo iato intercorrente tra le regole giuridiche e la realtà empirica.

Se il contraente deluso ha esclusivamente interesse a liberarsi dal vincolo, in quanto non vanta pretese restitutorie o risarcitorie, non è tenuto ad agire in giudizio, ma può ottenere più agevolmente lo stesso risultato in sede stragiudiziale. La maggiore facilità con cui il rimedio può essere attivato ne potenzia l'efficacia deterrente: sapendo che il creditore può risolvere agilmente il contratto mediante una dichiarazione stragiudiziale — e vanificare, così, l'eventuale offerta tardiva della prestazione — il debitore è indotto ad attivarsi per evitare che l'inadempimento raggiunga la soglia della « non ... scarsa importanza » (art. 1455 c.c.).

Non solo. La semplicità con cui la vittima dell'inadempimento si affranca dal rapporto alterato può avvantaggiare lo stesso debitore. Risolto il contratto in sede stragiudiziale, la parte fedele acquista immediatamente la libertà di tornare sul mercato e concludere un contratto sostitutivo; questo consente di limitare le conseguenze negative dell'inadempimento, ed aumenta le probabilità che il debitore non sia chiamato a rispondere del danno conseguente alla mancata attuazione dello scambio. Spesso, dunque, quest'ultimo riconoscerà la fondatezza della pretesa risolutoria e si asterrà dal contestarla in sede processuale: con la conseguenza che il contratto si risolverà senza che sia stata esercitata alcuna azione giudiziale.

Certo, esiste sempre la possibilità che il creditore receda dal contratto (ri-fiuti la prestazione offertagli; concluda un contratto sostitutivo) quando l'ina-dempimento non è ancora divenuto grave, o è giustificato da una violazione a lui imputabile (art. 1460 c.c.). Anche in questa situazione, la parte a cui viene indirizzato il recesso potrà decidere di astenersi dal contestarne la fonda-tezza: è quanto avviene quando non ha interesse ad ottenere l'attuazione coattiva dello scambio o il risarcimento del danno derivante dalla mancata realizzazione dell'operazione economica sottesa al contratto. Per contro, il de-bitore sarà indotto ad agire in giudizio — contestando la fondatezza del reces-so — per ottenere l'adempimento coattivo o far addebitare alla controparte la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno: anche su questo versan-te, il ricorso al processo è determinato dall'interesse ad esercitare un'azione di condanna (adempimento coattivo, risarcimento del danno, restituzione della prestazione eventualmente eseguita).

È possibile concludere, dunque, che nell'ottica della risoluzione stragiudiziale il ricorso al processo risulta circoscritto all'ipotesi in cui almeno una delle parti abbia interesse ad esercitare un'azione di condanna. Se il creditore non aspira ad ottenere le restituzioni [non ha eseguito la prestazione] o il risarcimento [ha tempestivamente concluso un contratto sostitutivo] e il debito-re non intende esigere l'adempimento o il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio, il contratto si scioglie economica-mente in sede stragiudiziale. Il ricorso al processo risulta opportunamente cir-coscritto all'ipotesi in cui esso sia realmente funzionale alla realizzazione del-l'interesse di almeno una delle parti, che si rivolge al giudice per sentir can-dannare l'altro contraente all'adempimento, al risarcimento o alle restituzio-ni.

Se invece, con la dottrina prevalente, non si opera alcuna differenziazione in ordine agli effetti della risoluzione, il creditore è tenuto ad agire in giu-dizio anche se non ha interesse ad ottenere la restituzione della prestazione eseguita né il risarcimento del danno. Il giudice verifica la fondatezza della pretesa risolutoria anche se l'attore aspira solo a liberarsi dal vincolo, e il con-venuto accetterebbe di buon grado la scelta di non attuare il rapporto. Se si assume che il processo sia uno strumento neutro, volto ad offrire una tutela equilibrata e imparziale agli interessi delle parti, risulta evidente che il ricorso ad esso supera notevolmente le reali esigenze dei contraenti. Il contratto si scioglie al termine di un itinerario lungo e costoso, laddove lo stesso risultato avrebbe potuto essere ottenuto in modo assai più agile ed economico median-te una dichiarazione stragiudiziale non contestata dalla controparte. Ne conse-gue, con ogni evidenza, la riduzione dell'efficacia deterrente del rimedio risolutorio: maggiori gli oneri procedurali necessari per pervenire alla risolu-zione, minore la pressione ad un puntuale adempimento esercitata sul debitore.

Già in questa fase preliminare della riflessione, risulta allora evidente che — se si considerano gli effetti liberatori del rimedio — il controllo necessario e preventivo del giudice sull'istanza risolutoria si giustifica solo nella prospet-

tiva di un sistema che assegna allo strumento processuale una funzione eccedente la tutela imparziale degli interessi delle parti: quella, assecondata dalla normativa previgente, di favorire l'adempimento nel corso del giudizio e permettere, così, il recupero del rapporto alterato ⁽¹⁸⁾.

Ancora, mentre la risoluzione per atto di parte — rendendo possibile la liberazione immediata dal vincolo — favorisce la tempestiva conclusione di un contratto sostitutivo e porta a ridurre il contenzioso sul risarcimento del danno, la risoluzione giudiziale tende invece a promuoverlo. Il contraente che per liberarsi dal rapporto alterato ha l'onere di agire in giudizio è indotto a chiedere contestualmente il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio. È certamente preferibile un sistema che favorisce una più rapida definizione della sorte del rapporto, con la conseguenza di rendere possibile l'adozione di iniziative volte a ridurre il danno derivante dall'inadempimento e di limitare il contenzioso relativo ad esso.

4. — Prima di considerare gli argomenti su cui si fonda la tesi sostenuta, occorre valutare se, e in quale misura, essa trovi riscontro nel diritto applicato. La risposta è articolata. In linea con la dottrina prevalente ⁽¹⁹⁾, la giurisprudenza ritiene che la dichiarazione stragiudiziale con cui viene espressa la volontà di risolvere il contratto non vincoli il suo autore: quest'ultimo sarebbe libero di mutare opinione ed esigere l'adempimento ⁽²⁰⁾. Il creditore resterebbe legittimato ad esercitare l'azione di adempimento anche quando ha chiesto la risoluzione con l'atto introduttivo del giudizio arbitrale: l'efficacia della preclusione prevista dall'art. 1453, comma 2^o, c.c. viene limitata alla domanda che avvia il processo ordinario di cognizione, essendo essa incompatibile con il carattere privato del giudizio arbitrale ⁽²¹⁾. A maggior ragione, si potrebbe argomentare, nessuna efficacia preclusiva dovrebbe essere riconosciuta alla dichiarazione risolutoria stragiudiziale: il creditore sarebbe legittimato a esigere l'adempimento dell'obbligazione, mentre il debitore potrebbe offrire la prestazione.

⁽¹⁸⁾ V., *infra*, §§ 6, 7.

⁽¹⁹⁾ Oltre agli autori citati *supra*, in nt. 6, cfr. U. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI, M. TAMPONI, *La risoluzione*, nel *Tratt. Bessone*, XIII, Giappichelli, 2011, pp. 85-87; *Id.*, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Ed. Foro it., 1990, *sub* art. 1453, p. 90 s.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale (artt. 1321-1569)*, in *Comm. Utet*, 3^a ed., Utet, 1980, *sub* art. 1453, p. 614. In senso contrario v. gli autori citati *supra*, in nt. 5, cui *adde* G. SCALFI, voce *Risoluzione del contratto*, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVII, Treccani, 1991, p. 9 s.

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass. 29 maggio 1990, n. 5017, in *Rep. F. it.*, 1990, *Contratto in genere*, 371; Cass. 7 febbraio 1979, n. 873, in *Mass. G. it.*, 1979; Cass. 23 maggio 1951, n. 1286, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1951, p. 511; Cass. 21 marzo 1949, n. 755, *ivi*, 1949, p. 529.

⁽²¹⁾ Cfr. Cass. 26 marzo 2003, n. 4463, in *Corr. giur.*, 2005, p. 57, con nota di G.V. FACCIOLI, *Risoluzione per inadempimento ex art. 1453, commi 1 e 2 c.c. ed arbitrato: una stupefacente ma coerente decisione della suprema corte*.

Se si allarga la prospettiva, tuttavia, si rileva una tendenza divergente. Sebbene non si affermi che il contraente deluso sia legittimato a recedere, si ammette che egli possa rifiutare definitivamente l'attuazione dello scambio. Ne deriva un assetto analogo a quello che caratterizza il funzionamento delle risoluzioni « di diritto » previste dalla legge. La parte che si assume fedele manifesta in sede stragiudiziale la volontà di affrancarsi dal vincolo; spetta alla controparte, allora, valutare l'opportunità di agire in giudizio per esigere l'adempimento o domandare la risoluzione e il risarcimento del danno.

Per esigenze di chiarezza espositiva, è sembrato opportuno considerare distintamente gli orientamenti che avvalorano questa linea di tendenza:

(a) Risolvendo un contrasto giurisprudenziale delineatosi nel decennio precedente ⁽²²⁾, sul finire degli anni '90 le sezioni unite affermano che il creditore può rifiutare la prestazione offerta dalla controparte con grave ritardo anche se non ha (ancora) proposto domanda di risoluzione ⁽²³⁾. La legittimazione a rifiutare la prestazione tardiva implica necessariamente il diritto di rifiutare l'esecuzione della controprestazione, dunque l'attuazione dello scambio: si può concludere che il contratto sia virtualmente risolto prima dell'avvio del processo, in quanto il creditore può liberarsi dal rapporto alterato anche se non ha ancora proposto domanda di risoluzione. Come è evidente, mentre il rifiuto di una prestazione parziale o inesatta (art. 1181 c.c.) può

⁽²²⁾ In base a un primo orientamento, la prestazione offerta anteriormente alla proposizione della domanda di risoluzione avrebbe dovuto essere accettata dal creditore, sicché nonostante la gravità del ritardo il debitore avrebbe potuto evitare lo scioglimento del contratto: cfr. Cass. 5 marzo 1987, n. 2345, in *Rep. F. it.*, 1987, *Contratto in genere*, 399; Cass. 24 novembre 1981, n. 6247, in *Rep. F. it.*, 1981, *Contratto in genere*, 283; Cass. 26 gennaio 1980, n. 652, in *F. it.*, 1980, I, c. 1696 e *G. it.*, 1981, I, 1, c. 400; Trib. Napoli 24 marzo 1987, in *Arch. locaz. cond.*, 1987, p. 341. Ai termini di un secondo indirizzo, il creditore sarebbe stato legittimato a rifiutare la prestazione offerta con grave ritardo e ad ottenere, così, la risoluzione del contratto: cfr. Cass. 8 maggio 1996, n. 4260, in *Contratti*, 1996, p. 560; Cass. 28 ottobre 1995, n. 11279, in *G. it.*, 1997, I, 1, c. 396; Cass. 9 febbraio 1993, n. 1595, in *G. it.*, 1994, I, 1, c. 24; Cass. 20 marzo 1989, n. 1391, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2436; Cass. 20 dicembre 1988, n. 6959, in *Vita not.*, 1988, p. 1185; Cass. 31 luglio 1987, n. 6643, in *F. it.*, 1988, I, c. 138; Cass. 21 febbraio 1985, n. 1531, *ivi*, 1986, I, c. 200.

⁽²³⁾ Cfr. Cass., sez. un., 6 giugno 1997, n. 5086, in *Corr. giur.*, 1997, p. 768, con nota di V. CARBONE, *Il creditore può rifiutare il tardivo adempimento?*; in *Contratti*, 1997, p. 450, con nota di L. BARBIERA, *Tardivo adempimento del debitore, rifiuto del creditore e risoluzione del contratto*; in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2765, con nota di M. COSTANZA, *Rifiuto legittimo della prestazione da parte del creditore e gravità dell'inadempimento*; Cass., sez. un., 9 luglio 1997, n. 6224, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 825, con nota di L. PICARDI, *Rifiuto dell'adempimento tardivo e risoluzione del contratto*. Successivamente alla duplice pronuncia delle sezioni unite v., in senso conforme, Cass. 5 settembre 2006, n. 19074, in questa *Rivista*, 2007, II, p. 509 (s.m.); Cass. 2 maggio 2006, n. 10127, in *Rep. F. it.*, 2006, *Contratto in genere*, 597; Trib. Padova 12 agosto 2011, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 786; Trib. Roma 4 novembre 2008, per esteso in *Pluris*. Per una puntuale ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali e del dibattito dottrinale, cfr. C. DE MENECH, *La preclusione dell'adempimento tardivo ex art. 1453, ult. comma, c.c. nella giurisprudenza*, in *Contratti*, 2014, p. 573 ss.

non avere alcuna valenza risolutoria — in quanto induce il debitore ad adempiere esattamente, e non preclude la successiva accettazione della prestazione⁽²⁴⁾ — il rifiuto della prestazione tardiva manifesta la volontà di affrancarsi dal vincolo, perché il ritardo maturato dal debitore non può essere successivamente sanato.

In una delle due vicende considerate dalle sezioni unite, il promittente alienante — convenuto in giudizio dalla controparte, che esigeva il trasferimento dell'immobile — non aveva chiesto la risoluzione, ma si era limitato a opporre eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.): la domanda di adempimento proposta dal promissario acquirente, nondimeno, era stata rigettata, avendo egli offerto il pagamento del prezzo con grave ritardo sul termine pattuito (art. 1455 c.c.)⁽²⁵⁾. Questo conferma che il rifiuto della prestazione tardiva non costituisce una semplice anticipazione della domanda di risoluzione destinata ad essere proposta nel contesto processuale, ma integra una nuova ipotesi di risoluzione stragiudiziale, che si affianca a quelle codificate⁽²⁶⁾. Spetta alla controparte, allora, valutare l'opportunità di agire in giudizio per domandare l'adempimento o, in alternativa, la risoluzione e il risarcimento del danno: uno scenario analogo a quello che consegue all'intimazione di una diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), alla dichiarazione di volersi avvalere di una clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) o alla scadenza di un termine ritenuto essenziale (art. 1457 c.c.).

Dall'orientamento qui considerato si ricava un'implicazione che avvalorata ammissibilità della risoluzione per atto di parte: se il creditore può rifiutare la prestazione offertagli con grave ritardo, a maggior ragione — fermo tale presupposto — è legittimato a prevenire l'iniziativa del debitore dichiarando stragiudizialmente che non intende attuare lo scambio. Anticipando l'offerta

⁽²⁴⁾ Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Cass. 15 gennaio 2001, n. 506, in *Rep. F. it.*, 2001, *Contratto in genere*, 489; il creditore può rifiutare la prestazione inesatta ed ottenere il risarcimento del danno subito anche se non sussistono i presupposti della risoluzione del contratto, perché l'inadempimento non può dirsi grave (art. 1455 c.c.).

⁽²⁵⁾ Cfr. Cass., sez. un., 9 luglio 1997, n. 6224, cit. nt. 23.

⁽²⁶⁾ In questo senso già G. OSTI, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit. nt. 5, p. 406, il quale ritiene necessario identificare « col momento dal quale il creditore può respingere l'esecuzione della controparte il momento in cui non può nemmeno più pretenderla *doendo accontentarsi della risoluzione già verificatasi*: a meno che non si provi e non si giustifichi che il debitore non possa più efficacemente liberarsi eseguendo il contratto mentre ancora la risoluzione del medesimo non abbia avuto luogo » (corsivo aggiunto). Nella dottrina più recente, cfr. M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione*, cit. nt. 5, pp. 46, 111 e volendo M. DELLACASA, *Offerta tardiva della prestazione*, cit. nt. 5, p. 513 ss.; *Risoluzione giudiziale e « di diritto »*, cit. nt. 5, p. 159 ss. Anche nei sistemi di *common law* e nei principi internazionali, il rifiuto della prestazione viene ritenuto idoneo a manifestare efficacemente la scelta di risolvere il contratto maturata dalla parte fedele: v., *supra*, nt. 1, 2. Negano invece valenza risolutoria al rifiuto della prestazione offerta con grave ritardo G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento*, cit. nt. 6, p. 164 ss., il quale, peraltro, riconosce che mediante il rifiuto il creditore manifesta « la sua perdita definitiva di interesse all'esecuzione della prestazione » (p. 167); A. VENTURELLI, *Il momento preclusivo*, cit. nt. 6, p. 248 ss.

della prestazione, la dichiarazione stragiudiziale del creditore attenua un possibile inconveniente del rifiuto⁽²⁷⁾: al debitore viene comunicato in anticipo che l'offerta è destinata ad essere rigettata, e questo gli consente di evitare di sostenere costi inutili per predisporre l'adempimento.

(b) Secondo un'opinione consolidata e univoca, la funzione dell'eccezione di inadempimento si differenzia nettamente da quella della risoluzione⁽²⁸⁾. Il primo rimedio favorisce l'attuazione dello scambio, in quanto rifiutando *provvisoriamente* l'esecuzione della prestazione di cui è debitore l'eccipiente stimola la controparte ad adempiere: il rapporto contrattuale non si scioglie, ma rimane temporaneamente sospeso fino al momento in cui la controparte dell'eccipiente non eseguirà la prestazione, esigendo contestualmente il pagamento del corrispettivo. La risoluzione, invece, scioglie il rapporto: il contraente fedele non deve mantenersi in condizione di adempiere, ma è definitivamente liberato dalle obbligazioni assunte con la conclusione del contratto.

Ebbene, nel diritto applicato si riscontra la tendenza ad alterare la fisionomia dell'eccezione di inadempimento, la cui funzione tende a sovrapporsi a quella della risoluzione: il contraente deluso può sollevare l'eccezione anche a fronte di un inadempimento irreparabile, e rifiutare così in modo definitivo l'esecuzione della controprestazione. Nella dinamica processuale, l'eccezione di inadempimento si sostituisce talvolta alla domanda riconvenzionale di risoluzione, fermo restando che il suo effetto è solo quello di giustificare il rigetto dell'azione di adempimento esercitata dalla controparte dell'eccipiente: essa, in altri termini, si sovrappone alla risoluzione limitatamente alle conseguenze liberatorie del rimedio, mentre non può surrogare quelle restitutorie e risarcitorie.

(27) Per una valutazione di tale inconveniente e dei suoi possibili correttivi, sia consentito rinviare a M. DELLACASA, *Offerta tardiva della prestazione*, cit. nt. 5, p. 520 ss.

(28) Cfr. M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 6, p. 438; C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, 2ª ed., cit. nt. 5, p. 374 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., cit., p. 920; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali, Artt. 1460-1462*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 2011, *passim*, spec. pp. 23 s., 43 ss., 58 ss.; Id., *L'eccezione di inadempimento*, in *Tratt. Visintini*, I, Cedam, 2009, p. 634 s.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Tratt. Rescigno* ed E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, 2ª ed., II, Utet, 2006, p. 1782; P. VECCHI, *L'eccezione di inadempimento*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Utet, 2002, p. 379; L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento, Artt. 1460-1462*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Ed. Foro it., 1988, p. 2; A. DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, in *Nov. D. it.*, VI, Utet, 1960, p. 355. L'opinione trova riscontro nella dottrina francese: cfr. P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2007, p. 451; C. LARROUMET, *Les Obligations. Le Contrat*, 6^{ème} éd., Economica, 2007, p. 799 s.; P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 10^{ème} éd., Litec, 2007, p. 294 s.; J. GHESTIN, *L'exception d'inexécution*, in *Les sanction d'inexécution des obligations contractuelles*, sous la direction de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruylant-L.G.D.J., 2001, p. 13 s.; Id., in J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, nel *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 421.

Come è stato osservato ⁽²⁹⁾, questa anomala valenza risolutoria dell'eccezione di inadempimento si riscontra con particolare frequenza sul terreno del contratto d'opera intellettuale: stante l'inadempimento definitivo del professionista, che ha eseguito negligenemente il servizio promesso, si è ritenuto che il cliente possa rifiutare il pagamento del compenso opponendo l'eccezione ⁽³⁰⁾. Un'analoga alterazione della fisionomia del rimedio si osserva, peraltro, in relazione al contratto preliminare di vendita immobiliare [dove si è ritenuto che il promittente alienante possa rifiutare la restituzione della caparra opponendo l'*exceptio* ⁽³¹⁾] così come sul terreno della garanzia per i vizi della cosa venduta [dove l'eccezione è stata usata per consentire al compratore di rifiutare il pagamento del prezzo di un bene affetto da vizi nonostante non ne avesse effettuato la denuncia nel termine decadenziale previsto dall'art. 1495 c.c. ⁽³²⁾]: in entrambi i casi l'eccezione viene opposta per giustificare non una temporanea sospensione dello scambio, ma il definitivo rifiuto di eseguire la prestazione opposto dal contraente deluso.

La tendenza qui sintetizzata viene criticata in dottrina, che denuncia gli inconvenienti implicati dalla sovrapposizione del rimedio dilatorio (eccezione

⁽²⁹⁾ Cfr. A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit. nt. prec., pp. 45, 80 ss.; Id., *La deriva dell'eccezione di inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptorisolutorio?*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 758 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. Cass. 27 luglio 2007, n. 16658, in *Rep. F. it.*, 2007, *Professioni intellettuali*, 168; Cass. 23 aprile 2002, n. 5928, in *Danno e resp.*, 2003, p. 754, con nota di A.M. BENEDETTI, *La deriva dell'eccezione di inadempimento*, cit.; Cass. 13 luglio 1998, n. 6812, in *F. it.*, 1999, I, c. 205; Cass. 19 luglio 1993, n. 8033, in *Rep. F. it.*, 1993, *Professioni intellettuali*, 77; Trib. Trento 9 giugno 2011; Trib. Salerno 30 novembre 2009; G. di p. Trento 27 luglio 2010, tutte per esteso in *Pluris*.

⁽³¹⁾ Cfr. Cass. 4 marzo 2005, n. 4777, in *Contratti*, 2006, p. 122, con nota di E. GIAMMARINO, *Ritenzione della caparra confirmatoria e domanda di risarcimento danni secondo le regole generali*; Cass. 25 novembre 1993, n. 11684, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 674 ed in *G. it.*, 1994, I, 1, c. 1510.

⁽³²⁾ Cfr. Cass. 4 novembre 2009, n. 23345, in *Rep. F. it.*, 2009, *Contratto in genere*, 466; Cass. 1° luglio 2002, n. 9517, in *Arch. civ.*, 2003, p. 531; Cass. 6 agosto 1997, n. 7228, in *Rep. F. it.*, 1997, *Contratto in genere*, 528 (fattispecie in tema di compravendita: l'acquirente di cosa viziata, convenuto in giudizio per l'adempimento, può limitarsi ad eccepire che il bene è affetto da vizi ai sensi dell'art. 1460 c.c., senza dover esercitare riconvenzionalmente le azioni edilizie); Cass. 23 luglio 1988, n. 4747, in *Rep. F. it.*, 1988, *Lavoro autonomo*, 6 (fattispecie in tema di contratto d'opera: il committente convenuto in giudizio per l'adempimento può limitarsi ad eccepire l'inadempimento definitivo del prestatore d'opera, senza dover domandare riconvenzionalmente la risoluzione). Per converso, qualora il bene venduto sia viziato il compratore che non abbia pagato il prezzo può contrastare la domanda di risoluzione proposta dal venditore opponendo eccezione di inadempimento anche se è decaduto dalla garanzia ai sensi dell'art. 1495, comma 3°, c.c.: l'eccezione di inadempimento viene utilizzata per superare i vincoli procedurali che limitano la garanzia per i vizi della cosa venduta. Cfr. Cass. 3 febbraio 2000, n. 1168, in *G. it.*, 2000, c. 1804, con nota di C.M. SCISO, *Una identità difficile: la garanzia per i vizi della cosa venduta*; App. Roma 18 giugno 1996, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 537.

di inadempimento) a quello ablativo (risoluzione del contratto) ⁽³³⁾. Effettivamente, nel contesto processuale la sostituzione dell'eccezione di inadempimento alla domanda riconvenzionale di risoluzione solleva un problema rilevante: siccome il giudice non pronuncia la risoluzione del contratto, viene a mancare un titolo sulla base del quale le parti, ed in particolare quella inadempiente, sono legittimate ad ottenere la restituzione delle prestazioni eseguite. Spesso il loro valore sarà nullo, perché un servizio male eseguito non apporta alcun vantaggio al suo creditore: ma non si può escludere che pur sussistendo i presupposti della risoluzione la prestazione negligenemente eseguita abbia conservato una certa utilità, il cui equivalente pecuniario è suscettibile di essere restituito al *solvens*.

Se dunque nella prospettiva del processo l'orientamento qui considerato non va esente da critiche, la sua reale valenza si apprezza nell'ottica stragiudiziale. Riconoscendo al contraente deluso la legittimazione ad eccepire l'inadempimento definitivo della controparte, gli si attribuisce uno strumento per contrastare in sede stragiudiziale la pretesa avente ad oggetto il pagamento del corrispettivo: a differenza della risoluzione, tuttora concepita come un rimedio prevalentemente ancorato al processo, l'eccezione di inadempimento è stata sempre ritenuta opponibile anche in ambito stragiudiziale. Come risulta dalla lettura di alcune motivazioni, infatti, accade spesso che il cliente eccepisca in un primo tempo l'inadempimento del professionista per contrastare la pretesa di quest'ultimo, che esige in sede stragiudiziale il pagamento del compenso ⁽³⁴⁾.

L'opponibilità dell'eccezione di inadempimento — che assume, nella pratica, i contorni di un rifiuto definitivo di pagare il corrispettivo richiesto, con riserva di esigere il risarcimento del danno — offre al cliente una prima difesa contro le pretese avanzate dal professionista inadempiente. Grazie all'*exceptio*, in altri termini, il cliente è sollevato dall'onere di esercitare l'azione di risoluzione: con tutta probabilità, egli deciderà di agire in giudizio se è interessato ad ottenere (non la semplice liberazione dall'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del compenso, ma) la restituzione degli acconti pagati o il risarcimento del danno subito. A seguito del rifiuto di pagare il corrispettivo oppostogli in sede stragiudiziale, il professionista intellettuale valuterà se un'eventuale azione di adempimento può essere vittoriosamente esercitata o rischia di essere efficacemente contrastata da un'azione riconvenzionale di risoluzione, eventualmente accompagnata da una domanda di risarcimento.

In definitiva, l'opponibilità stragiudiziale dell'eccezione di inadempimento esonera il cliente dall'esercizio dell'azione di risoluzione e può fungere da

⁽³³⁾ V., *supra*, nt. 29.

⁽³⁴⁾ Cfr. Trib. Trento 9 giugno 2011; G. di p. Trento 27 luglio 2010, cit. nt. 30. In relazione a contratti di compravendita, cfr. Trib. Padova 12 agosto 2011; Trib. Roma 4 novembre 2008, cit. nt. 23: in entrambi i casi, il definitivo rifiuto di attuare il contratto opposto dalla parte fedele viene preannunciato con una dichiarazione stragiudiziale.

filtro che seleziona opportunamente le controversie destinate ad essere risolte in sede processuale: sede nella quale ci sembra certamente più appropriato che il soggetto convenuto in giudizio con un'azione di adempimento domandi riconvenzionalmente la risoluzione del contratto — rendendo così possibile la restituzione delle prestazioni eseguite da entrambe le parti — anziché opporre eccezione di inadempimento.

Resta il fatto che il rimedio, come concepito dalla giurisprudenza qui analizzata, tende a sovrapporsi alla risoluzione del contratto, in quanto avvalendosi di esso il contraente fedele non sospende temporaneamente l'attuazione dello scambio, ma si affranca definitivamente dal rapporto alterato.

Il fenomeno non è certo nuovo. Nel diritto intermedio, quando la fisionomia del rimedio risolutorio non era compiutamente definita, risulta attestato il ricorso all'eccezione di inadempimento con funzione perentoria: l'*exceptio* permetteva alla parte fedele non solo di sospendere provvisoriamente l'esecuzione della prestazione dovuta, ma anche di liberarsi dal rapporto contrattuale definitivamente compromesso a causa dell'inadempimento della controparte⁽³⁵⁾. Anche nel contesto francese, dove il modello della risoluzione giudiziale trova la sua più compiuta espressione, la giurisprudenza ammette da tempo che l'eccezione di inadempimento possa essere opposta per giustificare il definitivo rifiuto di adempiere⁽³⁶⁾: grazie alla flessibilità del rimedio — che nel codice civile francese non risulta espressamente disciplinato — si attenuano gli inconvenienti che derivano dalla rigidità della risoluzione giudiziale, ed in particolare dall'obbligo di rivolgersi al giudice per ottenere la liberazione dal vincolo anche quando non si ha interesse ad ottenere le restituzioni e il risarcimento.

⁽³⁵⁾ Cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 6, p. 62 s., il quale cita un passo di Paolo di Castro che evidenzia l'ambiguità funzionale dell'*exceptio* nel periodo intermedio: « item, quaero si emptor agit et non obtulit quae erunt partes iudici in sententiando? Respondeo: aut venditor opposuit exceptionem et petit se absolvi et tunc absolvi debet quia emptor male egit cum non haberet actionem cum effectu ut hic. Aut opposuit exceptionem, non tamen petit se absolvi et potest condemnari ad tradendam rem sub conditione si pretium sibi solvitur » (*Praelectiones in secundam partem Digestii veteris*, Lugduni, 1533, 14,13 D. 19,1). Come è evidente, la prima proposizione del responso attribuisce all'*exceptio* una valenza perentoria sovrapponibile a quella della moderna risoluzione, mentre la seconda riflette la funzione dilatoria propria del rimedio disciplinato dall'art. 1460 c.c.

⁽³⁶⁾ Una tendenza, questa, rilevata da C. ATIAS, *Les « risques et périls » de l'exception d'inexécution (limites de la description normative)*, *D., Chron.*, 2003, p. 1103 ss.; J. ROCHE-DAHAN, *L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique*, *ivi*, 1994, p. 255 ss. Nella dottrina meno recente v. R. CASSIN, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, *RTD civ.*, 1945, n. 14; *Id.*, *De L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, *thèse*, Tenin, 1914, pp. 345-360 a cui aderisce G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Puf, 1924, p. 31. In dottrina, inoltre, non manca chi argomenta sulla base dell'eccezione di inadempimento l'ammissibilità della risoluzione unilaterale: cfr. C. MAŁECKI, *L'exception d'inexécution*, *L.G.D.J.*, 1999, p. 103 s. Per una valutazione critica di tale posizione, cfr. Y.M. LATHIER, *Étude comparative*, cit. nt. 4, pp. 272 ss.

Si può osservare, del resto, che l'alterazione della fisionomia dell'istituto osservata in dottrina non si renderebbe necessaria se si ammettesse che il creditore può liberarsi dal vincolo per atto stragiudiziale. Se il rifiuto definitivo di adempiere opposto in sede stragiudiziale venisse correttamente qualificato come risoluzione unilaterale, o risoluzione per atto di parte, l'eccezione di inadempimento sarebbe finalmente immune dalle alterazioni che la caratterizzano nel momento attuale, e tornerebbe ad essere concepita come un rimedio sospensivo, finalizzato a favorire l'attuazione dello scambio. Per contro, non vi sarebbe alcun dubbio che il contraente convenuto in giudizio con un'azione di adempimento non potrebbe limitarsi ad opporre l'inadempimento definitivo dell'attore per via di eccezione, ma sarebbe tenuto a chiedere riconvenzionalmente la risoluzione del contratto, rendendo così possibile la restituzione delle prestazioni eseguite da entrambe le parti.

(c) Talvolta accade che una delle parti manifesti stragiudizialmente la volontà di risolvere il contratto inadempito, esigendo contestualmente la corresponsione di una somma di denaro con funzione compensativa (risarcimento del danno; pagamento del doppio della caparra). Se pur contestando il proprio inadempimento e non essendo disposto ad accordare la somma richiesta il destinatario della dichiarazione replica esprimendo anch'egli la volontà di risolvere il contratto, si ritiene che entrambe le parti non possano successivamente (eseguire le prestazioni dovute ed) esigere l'esecuzione delle prestazioni attese: viene così rigettata l'azione di adempimento esercitata dal contraente che per primo ha manifestato l'intenzione di sciogliere il vincolo ⁽³⁷⁾.

È significativo che la conclusione non venga argomentata sul piano negoziale, costruendo le dichiarazioni come espressione di un mutuo consenso alla risoluzione del contratto: se le parti concordano sull'opportunità di non procedere all'attuazione dello scambio, permane un significativo fattore di dissenso in ordine all'identificazione del contraente responsabile del fallimento dell'operazione ed alla conseguente imputazione dell'obbligazione risarcitoria. L'accordo, dunque, non può dirsi perfezionato, in quanto non investe un elemento essenziale dell'assetto patrimoniale conseguente alla risoluzione.

Se allora il contratto non può dirsi consensualmente risolto, l'atto con cui il destinatario della prima dichiarazione concorda sull'opportunità di non dar seguito all'attuazione dello scambio esprime con chiarezza l'affidamento che egli ripone nello scioglimento del vincolo: affidamento che risulterebbe irragionevolmente deluso se la controparte — che per prima ha dichiarato la volontà di affrancarsi dal rapporto alterato — potesse mutare opinione ed esigere l'adempimento. La dichiarazione risolutoria stragiudiziale, in altri termini, preclude al suo autore di esigere l'adempimento — determinando, così, la li-

⁽³⁷⁾ Cfr. Cass. 26 luglio 2011, n. 16317, in *Rep. F. it.*, 2011, *Contratto in genere*, 431; Cass. 14 marzo 1988, n. 2435, in *Rep. F. it.*, 1988, *Contratto in genere*, 320; Trib. Milano 10 aprile 2013; Trib. Roma 21 febbraio 2013; Trib. Genova 2 aprile 2012, tutte per esteso in *Pluris*.

berazione della controparte dal vincolo — se risulta che essa ha ingenerato un considerevole affidamento nello scioglimento del rapporto: affidamento che risulta documentalmente provato dall'atto con cui il destinatario della dichiarazione manifesta anch'egli la volontà di non attuare lo scambio, pur non concordando sull'assetto patrimoniale conseguente allo scioglimento del vincolo.

Allo stato attuale, dunque, sembra possibile concludere che nella prospettiva della giurisprudenza la semplice notificazione della domanda giudiziale preclude all'attore di mutare opinione ed esigere l'adempimento (art. 1453, comma 2°, c.c.), mentre l'atto stragiudiziale con cui si manifesta la volontà di risolvere il contratto produce tale effetto solo se risulta dimostrato che il suo destinatario confida nello scioglimento del rapporto: la comunicazione con cui esprime anch'egli la volontà di non dare corso all'attuazione dello scambio costituisce una prova evidente di tale affidamento ⁽³⁸⁾.

La differenza non appare giustificata. Come la legge presume che la domanda giudiziale ingeneri nel debitore convenuto in giudizio un ragionevole affidamento nella risoluzione del contratto — precludendo l'esercizio dell'azione di adempimento a prescindere dal suo comportamento processuale (art. 1453, comma 2°, c.c.) — così anche la dichiarazione risolutoria stragiudiziale impedisce al suo autore di esigere l'adempimento anche se non trova riscontro in una una convergente dichiarazione del destinatario. Spesso, il de-

⁽³⁸⁾ Su questo terreno, la giurisprudenza assume una prospettiva analoga a quella adottata da una parte della dottrina con riferimento alla domanda giudiziale. In base a un indirizzo interpretativo, infatti, il creditore che in un primo tempo abbia chiesto la risoluzione potrebbe esigere l'adempimento quando il debitore convenuto in giudizio manifesta un perdurante interesse per l'attuazione del rapporto contestando la fondatezza della domanda, mentre la preclusione prevista dalla legge (art. 1453, comma 2°, c.c.) risulterebbe applicabile se il suo comportamento processuale denota che egli confida nello scioglimento del contratto: è quanto accade, tipicamente, quando il debitore domanda riconvenzionalmente la risoluzione. Cfr. S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Giuffrè, 2006, p. 112; C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione*, cit. nt. 6, p. 329 ss.; M. GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 70; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit. nt. 19, p. 614; L. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Jovene, 1950, p. 240 s.; G. AULETTA, *Risoluzione e rescissione nei contratti*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1948, p. 649 s.; dubitativamente R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 3ª ed., cit. nt. 5, p. 650. Pur con accenti diversi, ritengono invece che il mutamento della domanda di risoluzione in quella di adempimento sia precluso a prescindere dal comportamento processuale del debitore convenuto in giudizio M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 6, p. 669 s.; Id., *La risoluzione per inadempimento*, in M. ROSSETTI, C. BALLETTI, V. MARTINO, *Risoluzione*, cit. nt. 6, p. 471 ss.; U. CARNEVALLI, *La risoluzione giudiziale*, cit. nt. 19, p. 81; Id., in A. LUMINOSO, U. CARNEVALLI, M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 19, p. 85; M. DELLACASA, *Il giudizio di risoluzione*, in *Tratt. Roppo*, V, *Rimedi-2*, Giuffrè, 2006, p. 226 ss.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 28, p. 1747 s.; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento*, Cedam, 2004, p. 239; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, in *Nor. D. it.*, XVI, Utet, 1969, p. 140; A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in questa *Rivista*, 1964, I, p. 32 s.

bitore convenuto in giudizio chiede il rigetto della domanda di risoluzione per evitare di pagare il risarcimento contestualmente preteso dall'attore: dal suo comportamento processuale, dunque, non si può ricavare l'assenza di un affidamento meritevole di tutela nello scioglimento del contratto. Nello stesso modo, il contraente a cui è indirizzata la dichiarazione risolutoria stragiudiziale può scegliere di non aderire ad essa per il timore di offrire alla controparte argomenti utilizzabili in un secondo tempo nel contesto di un'azione giudiziale volta ad ottenere la sua condanna a risarcire il danno.

Non si può escludere, poi, che, pur non avendo dato espresso riscontro alla dichiarazione della controparte, dopo averla ricevuta il destinatario abbia modificato significativamente la propria posizione: per esempio, interrompendo le attività intraprese per organizzare l'esecuzione della prestazione, o instaurando una trattativa finalizzata all'alienazione degli apparati destinati all'attuazione del contratto. È ipotizzabile, dunque, che il destinatario della dichiarazione confidi ragionevolmente nello scioglimento del vincolo anche se non ha dato riscontro alla comunicazione della controparte, sicché l'azione di adempimento successivamente esercitata nei suoi confronti deve ritenersi preclusa in quanto contrastante con il principio che impone di osservare la buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175, 1375 c.c.): una delle sue funzioni più rilevanti è, infatti, quella di proteggere gli affidamenti consolidatisi durante l'attuazione del rapporto e sanzionare i comportamenti contraddittori delle parti.

5. — (d) Spunti a favore dell'ammissibilità della risoluzione per atto unilaterale si ricavano anche dall'elaborazione giurisprudenziale relativa all'inadempimento reciproco. In presenza di contrapposte domande di risoluzione (e risarcimento), la parte soccombente viene selezionata sulla base di criteri consolidati. Assumono rilevanza la gravità comparativa dei rispettivi inadempimenti e l'eventuale sussistenza di un nesso di successione cronologica e connessione causale: viene accolta la domanda del contraente che si è reso responsabile dell'inadempimento meno grave, e che ha interrotto l'attuazione del contratto in conseguenza delle violazioni imputabili alla controparte ⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ V., a titolo esemplificativo, Cass. 3 luglio 2013, n. 16637, in *Contratti*, 2014, p. 363, con nota di M. DELLA CHIESA, *Inadempimento reciproco e risoluzione del contratto*, ed in *Notariato*, 2013, p. 488; Cass. 11 giugno 2013, n. 14648, in *F. it.*, 2013, c. 3478; Cass. 10 ottobre 2011, n. 20743, in *Urb. app.*, 2012, 1, p. 58; Cass. 9 giugno 2010, n. 13840, per esteso in *Pluris*; Cass. 24 settembre 2009, n. 20614, *ivi*; Cass. 15 dicembre 2006, n. 26943, in *Rep. F. it.*, 2006, *Contratto in genere*, 601; Cass. 16 maggio 2006, n. 11374, in *Rep. F. it.*, 2006, *Contratto in genere*, 604; Cass. 17 febbraio 2004, n. 2992, in *D&G*, 2004, f. 13, p. 34; Cass. 4 gennaio 2002, n. 49, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1061; Cass. 28 marzo 2001, n. 4529, in *Contratti*, 2001, p. 753; Cass. 11 luglio 2000, n. 9176, *ivi*, 2001, p. 5; Trib. Milano 23 settembre 2013; Trib. Milano 10 aprile 2013; Trib. Bologna 10 settembre 2012 tutte per esteso in *Pluris*; App. Cagliari 3 giugno 2011, in *R. giur. sarda*, 2012, p. 401; App. Napoli 11 febbraio 2010, in *Contratti*, 2010, p. 601. Nella giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. Stato 10 dicembre 2012, n. 6297, per esteso in *Pluris*. Al

Ipotizziamo, allora, che — verificatosi un inadempimento di non scarsa importanza — il contraente deluso receda, cioè dichiari di non voler più attuare il contratto con effetto immediato. È prevedibile che una volta convenuto in giudizio dalla controparte con un'azione di risoluzione e risarcimento del danno, l'autore della dichiarazione replichi con una domanda riconvenzionale avente il medesimo oggetto. Ora, una volta accertato che il recesso consegue a un inadempimento grave il giudice è tenuto ad accogliere la domanda riconvenzionale del recedente, respingendo quella principale proposta dal contraente che si è reso inadempiente per primo.

A tale conclusione si perviene valutando comparativamente la condotta delle parti. Da un lato, il recesso è giustificato dall'inadempimento grave della controparte, che ha determinato la decisione di risolvere il contratto; dall'altro, esso esplicita con chiarezza la scelta del contraente deluso, consentendo all'inadempiente di interrompere l'attuazione del rapporto ed orientare la propria attività in altre direzioni. Benché emessa in assenza di un puntuale riferimento normativo, la dichiarazione risolutoria stragiudiziale non può essere equiparata all'inadempimento che l'ha provocata, perché contribuisce a chiarire la sorte del rapporto contrattuale nello stesso interesse della controparte.

Certo, a seguito dell'avvio del processo la risoluzione viene pronunciata dal giudice, che accoglie pur sempre la domanda proposta dal recedente. La situazione, tuttavia, non differisce da quella che si verifica quando il contraente deluso si avvale di un procedimento codificato qual è la diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.). Se non ritenendo sussistenti i presupposti della risoluzione il diffidato agisce in giudizio chiedendo l'adempimento o la risoluzione del contratto per fatto imputabile all'intimante, quest'ultimo deve domandare riconvenzionalmente la risoluzione, che non può essere pronunciata d'ufficio⁽⁴⁰⁾. Non diversamente dalla diffida ad adempiere, il recesso comunicato a seguito di un inadempimento di non scarsa importanza giustifica l'interruzione della prestazione e libera il suo autore dall'onere di agire in giu-

tema dell'inadempimento bilaterale è dedicato lo studio monografico di D. MANTUCCI, *L'inadempimento reciproco*, Esi, 1990. Più di recente v., sul punto, V. ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., cit. nt. 6, p. 976 s.; L. NANNI, in L. NANNI, M. COSTANZA, U. CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento, Artt. 1455-1459*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Ed. Foro it., 2007, p. 32 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1459*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 2007, p. 363 ss.; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 3ª ed., cit. nt. 5, p. 640 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Cass. 18 maggio 1987, n. 4535, in *G. it.*, 1988, I, 1 c. 448, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità degli effetti della diffida ad adempiere da parte dell'intimante*; Cass. 9 maggio 1980, n. 3052, in *Mass. Giust. civ.*, 1980. Si ritiene, parimenti, che il giudice non possa rilevare d'ufficio la risoluzione conseguente alla dichiarazione con cui il creditore si avvale della clausola risolutiva espressa (Cass. 5 gennaio 2005, n. 167, in *Mass. G. it.*, 2005, per esteso in *Pluris*; Cass. 11 luglio 2003, n. 10935, in *Guida al dir.*, 2003/37, p. 60) e alla scadenza del termine essenziale (Cass. 1º maggio 1971, n. 1637, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 1616).

dizio, che viene invece a gravare sul destinatario dell'atto: sarà quest'ultimo a dover valutare se la scelta di interrompere il rapporto compiuta dalla controparte risulta ingiustificata, rendendo così opportuno l'esercizio di un'azione giudiziale. Come il diffidante, anche il recedente per ipotesi convenuto in giudizio ha l'onere di domandare riconvenzionalmente la risoluzione, che in nessuno dei due casi può essere pronunciata d'ufficio ⁽⁴¹⁾.

(e) La disponibilità della giurisprudenza ad ammettere forme « indirette » di risoluzione stragiudiziale si ricontra anche sul terreno dei contratti tipici. Secondo una massima consolidata, il recesso previsto dall'art. 1671 c.c. risponde a una scelta discrezionale del committente: il giudice, dunque, non è tenuto a verificare che esso sia giustificato dall'inadempimento dell'appaltatore, *a meno che contestualmente allo scioglimento del contratto il committente non abbia domandato il risarcimento del danno* ⁽⁴²⁾. La seconda parte della massima non costituisce un mero *obiter dictum*: in più di una occasione, è stata ritenuta fondata la domanda di risarcimento del danno proposta dal committente che anziché chiedere la risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c. aveva scelto di recedere deducendo a fondamento della sua decisione l'inadempimento dell'appaltatore ⁽⁴³⁾.

Muovendo da una regola che accorda al committente la legittimazione a recedere discrezionalmente, con l'obbligo di risarcire il danno subito dall'appaltatore a causa dello scioglimento anticipato del rapporto (art. 1671 c.c.), gli si attribuisce una ulteriore e diversa legittimazione a recedere, fondata questa volta sull'inadempimento dell'appaltatore: in presenza di tale presup-

⁽⁴¹⁾ L'analisi svolta nel testo si ripropone immutata se il creditore dichiara di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) o rifiuta di adempiere deducendo l'avvenuta scadenza di un termine essenziale (art. 1457 c.c.); anche in queste ipotesi spetta al debitore a cui viene addebitato l'inadempimento valutare l'opportunità di agire in giudizio, nel qual caso è onere del creditore domandare riconvenzionalmente l'accertamento della risoluzione.

⁽⁴²⁾ Cfr. Cass. 22 aprile 2008, n. 10400, in *Mass. G. it.*, 2008, per esteso in *Pluris*; Cass. 29 luglio 2003, n. 11642, in *Guida al dir.*, 2003, f. 38, p. 72; Cass. 30 marzo 1985, n. 2236, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 511; Trib. Roma 18 giugno 2013; Trib. Ivrea 10 agosto 2011; Trib. Milano 15 settembre 2008; Trib. Cagliari 5 ottobre 1989, tutte per esteso in *Pluris*. Particolarmente nitida la motivazione di Trib. Roma 8 agosto 2012, *ivi*, ai termini della quale « nessun elemento di diritto positivo consente di ritenere che il diritto di recesso, esercitabile *ad nutum* dal committente in qualsiasi momento dell'esecuzione del contratto di appalto, sia circoscritto alla sola ipotesi in cui il rapporto si svolge regolarmente ». V. tuttavia, in senso contrario, Cass. 13 luglio 1998, n. 6814, in *Studium juris*, 1998, p. 1384: viene confermata la condanna a risarcire il danno pronunciata dai giudici di grado inferiore nei confronti del committente, che invece di chiedere la risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'appaltatore si era limitato ad interrompere il rapporto e ad affidare lo svolgimento dei lavori ad un altro imprenditore. Si esclude, così, che il committente sia legittimato a recedere per giusta causa, e all'appaltatore — benché inadempiente — viene attribuito il risarcimento previsto dall'art. 1671 c.c.

⁽⁴³⁾ Cfr. Cass. 22 aprile 2008, n. 10400; Cass. 29 luglio 2003, n. 11642; Trib. Roma 8 agosto 2012; Trib. Cagliari 5 ottobre 1989; Trib. Ivrea 10 agosto 2011; Trib. Milano 15 settembre 2008, *citt. nt. prec.*

posto la direzione del credito risarcitorio si inverte, e anziché domandare la risoluzione del contratto il committente può recedere ed esigere dall'appaltatore il risarcimento del danno.

Viene così elaborata per via interpretativa una regola analoga a quella rinvenibile nell'art. 1725 c.c., dove la giusta causa non condiziona l'efficacia del recesso del mandante, ma assume rilevanza solo in ordine al risarcimento del danno. Se il recesso del committente risponde ad una mera valutazione di convenienza, esso comporta l'obbligo di risarcire il danno subito dall'appaltatore; quando invece è giustificato dall'inadempimento di quest'ultimo, il committente non è tenuto a risarcire il danno e può anzi pretendere di essere compensato del pregiudizio subito.

(f) Ugualmente consolidato l'orientamento giurisprudenziale in base al quale a seguito dell'inadempimento dell'agente il preponente è legittimato a recedere per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c., norma dettata in materia di lavoro subordinato ma ritenuta applicabile per analogia al contratto di agenzia⁽⁴⁴⁾. L'applicazione analogica della disposizione ha una valenza essenzialmente procedimentale, in quanto è funzionale alla definizione del *modo* in cui il preponente può « risolvere[re] il contratto per un'inadempienza imputabile all'agente » (art. 1751, comma 2°, c.c.). Se dunque, come il datore di lavoro, il preponente può avvalersi del recesso unilaterale, anziché essere tenuto a proporre domanda di risoluzione, sotto il profilo sostanziale si osserva che la nozione di giusta causa appare più estesa, in quanto la connotazione accentuatamente fiduciaria del contratto di agenzia ne giustifica lo scioglimento al verificarsi di inadempimenti di gravità inferiore rispetto a quelli rilevanti sul terreno del rapporto di lavoro subordinato⁽⁴⁵⁾.

Entrambi gli orientamenti giurisprudenziali riconoscono al contraente deluso la legittimazione a recedere da rapporti di durata (agenzia) o ad esecuzione prolungata (appalto). Su questo terreno, l'esigenza di favorire la risoluzione tempestiva del contratto è particolarmente intensa, in quanto da un lato — essendo l'inadempimento in corso — è possibile limitarne le conseguenze dannose più efficacemente di quanto sia dato fare in relazione ai contratti ad esecuzione istantanea; dall'altro, stante la rilevanza del rapporto per l'organizzazione e l'attività del creditore, la sua « prosecuzione anche provvi-

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Cass., sez. lav., 26 maggio 2014, n. 11728, in *Rep. F. it.*, 2014, *Agenzia*, 1; Cass., sez. lav., 14 febbraio 2011, n. 3595, in *Notiz. giur. lav.*, 2011, p. 310; Cass., sez. lav., 4 giugno 2008, n. 14771, in *Contratti*, 2008, p. 977, con nota di E. BACCIARDI, *Il recesso impugnatorio nel contratto di agenzia e la giusta causa per relationem*; Cass. 12 gennaio 2006, n. 422, in *Rep. F. it.*, 2006, *Agenzia*, 28; Cass. 16 dicembre 2004, n. 23455, in *Rep. F. it.*, 2004, *Agenzia*, 38; Cass. 28 marzo 2000, n. 3738, in *Notiz. g. lav.*, 2000, p. 563; Trib. Bari 22 ottobre 2013; Trib. Torino 17 settembre 2012, entrambe inedite, ma reperibili per esteso in *Pluris*.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. Cass., sez. lav., 26 maggio 2014, n. 11728; Cass., sez. lav., 4 giugno 2008, n. 14771; Trib. Bari 22 ottobre 2013 tutte citate in nt. prec.

soria » ⁽⁴⁶⁾ può cagionargli un pregiudizio che rischia di non essere adeguatamente risarcito. Per l'agilità e l'immediatezza che lo caratterizza il recesso unilaterale si adatta assai meglio della risoluzione giudiziale a soddisfare tale esigenza.

Come è stato osservato in dottrina, d'altra parte, sul terreno dei contratti ad esecuzione continuata il creditore interessato ad affrancarsi dal vincolo per atto stragiudiziale non può utilmente avvalersi della diffida ad adempiere, perché essendo destinata alla soddisfazione di un interesse che si distribuisce nel tempo la prestazione ineseguita non si presta ad essere utilmente recuperata: il recesso unilaterale, allora, consente di adattare alla fattispecie la struttura della diffida ad adempiere ⁽⁴⁷⁾. Non è certamente casuale che nella disciplina dei contratti tipici il recesso di impugnazione sia previsto soprattutto in relazione a rapporti di durata o ad esecuzione prolungata (artt. 24, comma 3°; 1845, comma 1°; 2119; 2237, comma 2°; 2285, comma 2° c.c.); ed è significativo che anche nel contesto francese la categoria della risoluzione per atto unilaterale elaborata dalla giurisprudenza in deroga alla disciplina legale trovi applicazione essenzialmente in relazione a contratti la cui esecuzione si prolunga nel tempo ⁽⁴⁸⁾.

6. — Dalla ricognizione appena svolta si ricava che la giurisprudenza, sebbene in modo implicito e frammentario, riconosce al contraente deluso la legittimazione a liberarsi dal vincolo manifestando stragiudizialmente la volontà di risolvere il contratto. Il regime del rimedio viene così adattato alla realtà empirica, mentre la ricostruzione prevalente in dottrina tende ad approfondire lo iato tra le regole giuridiche e la prassi degli operatori economici.

Spesso il contraente fedele dichiara di aver perso interesse per l'attuazione dello scambio, rifiuta la prestazione offerta con grave ritardo, procede senz'altro a concludere un contratto sostitutivo; se non ha subito un pregiudizio rilevante né ha eseguito la prestazione dovuta non ha interesse ad esercitare alcuna azione di condanna, sicché si limita a manifestare in sede stragiudiziale la scelta di affrancarsi dal vincolo. La situazione è piuttosto frequente nella pratica. In un mercato ben strutturato, al contratto inadempito equivale — o si approssima — quello sostitutivo concluso dalla parte fedele a seguito della scelta di liberarsi dal rapporto alterato. È dunque possibile che essa non abbia interesse a domandare il risarcimento, anche in considerazione del fatto che l'eventuale scarto di convenienza tra i due contratti può risultare abbondantemente inferiore all'importo dei costi che occorre sostenere, nell'immediato, per esercitare la relativa azione: in altri termini, i costi transattivi

⁽⁴⁶⁾ Una formula, questa, rinvenibile negli artt. 1751, comma 2° e 2119, comma 1° c.c.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. G. GABRIELLI-F. PADOVINI, voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, p. 35; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè, 1985, p. 41 s.; *Id.*, *Recesso e risoluzione*, cit. nt. 8, p. 743 ss.

⁽⁴⁸⁾ Per i riferimenti giurisprudenziali v., *infra*, nt. 104.

inerenti all'esercizio dell'azione di risarcimento possono risultare superiori all'entità del pregiudizio subito. Il recesso, inoltre, viene preferito alla diffida perché quest'ultima — implicando l'assegnazione di un termine al debitore — sottende un perdurante interesse per l'attuazione dello scambio; interesse che, invece, può essere venuto meno proprio in considerazione della gravità dell'inadempimento.

Resta da verificare se la tesi sia compatibile con il dato normativo. Si è già ricordato che nella dottrina prevalente esso viene ricostruito in modo diverso: al di fuori dei casi in cui il contratto si risolve di diritto, il creditore può affrancarsi dal vincolo solo mediante sentenza costitutiva ⁽⁴⁹⁾. Da un lato, si assume che gli effetti della risoluzione non possano essere assoggettati a regimi differenti: il contraente fedele deve rivolgersi al giudice tanto per ottenere la restituzione della prestazione eseguita e il risarcimento del danno, quanto per liberarsi dal rapporto alterato. Dall'altro, si riconosce alla risoluzione giudiziale una valenza pervasiva e generale, potendosi il contratto sciogliere in sede stragiudiziale solo nei casi previsti dalla legge.

Piuttosto che rappresentare i contenuti della legislazione attuale, la ricostruzione prevalente in dottrina riflette l'ottica adottata dal codice civile francese e, per estensione, dal codice civile italiano del 1865: si ha l'impressione che l'istituto sia considerato in una prospettiva ricalcata sulla tradizione, sebbene il codificatore del '42 se ne sia radicalmente discostato.

Nella legislazione previgente, e tuttora nel sistema francese, il creditore interessato a liberarsi dal vincolo era tenuto ad agire in giudizio perché le regole che governavano il processo di risoluzione erano finalizzate a favorire il recupero del rapporto contrattuale. La centralità della « via giudiziale » era finalizzata ad assecondare la realizzazione di un risultato pratico piuttosto evidente, perseguito dal legislatore e dai suoi interpreti nell'elaborazione del regime processuale del rimedio: quello di favorire l'adempimento e limitare così, per quanto possibile, lo scioglimento del vincolo.

Nel vigore del codice civile del 1865 il debitore era legittimato ad adempiere nel corso del giudizio, fino alla pronuncia della sentenza, con il conseguente rigetto della domanda di risoluzione: il tempo del processo poteva essere utilizzato per sanare l'inadempimento pregresso ed evitare lo scioglimento del contratto ⁽⁵⁰⁾. Una regola analoga è tuttora rinvenibile nel sistema

⁽⁴⁹⁾ V., *supra*, nt. 6.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. A. SMIRLODO, *Profili della risoluzione*, cit. nt. 8, p. 326 ss., a cui si rinvia per ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. Come documenta lo stesso autore, a sostegno di tale orientamento — senz'altro « predominante in dottrina e in giurisprudenza » (p. 323) — si deduce che il rapporto sarebbe rimasto in vita fino alla pronuncia della sentenza costitutiva che avrebbe risolto il contratto. Nello stesso periodo, tuttavia, vengono ipotizzate soluzioni diverse, che — minoritarie nella vigenza del codice civile del 1865 — anticipano i successivi sviluppi legislativi e giurisprudenziali: al debitore inadempiente sarebbe preclusa l'esecuzione della prestazione anche anteriormente alla notificazione della domanda giudiziale [soluzione oggi condivisa dalle sezioni unite: v., *supra*, nt. 23], o, in alternativa, egli

francese, in cui si ammette che il debitore possa adempiere durante il processo⁽⁵¹⁾, ma si consente al giudice di pronunciare ugualmente la risoluzione se ritiene che l'offerta tardiva della prestazione non consenta di recuperare il rapporto inattuato senza sacrificare l'interesse del creditore⁽⁵²⁾.

Del resto, tanto nel codice civile abrogato quanto nel suo modello francese il giudice a cui era stata domandata la risoluzione poteva — e può tuttora, in Francia — accordare un termine entro il quale il debitore era legittimato ad eseguire la prestazione, con la conseguenza di evitare lo scioglimento del contratto (termine di grazia, *délai de grâce*)⁽⁵³⁾. La concessione del termine di grazia rispondeva e risponde a una valutazione discrezionale del giudice, che accordava al debitore un'ultima possibilità di recuperare il rapporto se riteneva che l'adempimento effettuato nel corso del processo fosse compatibile con la fisionomia dell'operazione economica programmata dalle parti.

Sia pure con alcune oscillazioni si ammetteva, inoltre, l'esercizio bilaterale dello *ius variandi*: il creditore poteva non solo chiedere la risoluzione dopo aver domandato l'adempimento — in considerazione dell'inadempimento maturato nel corso del giudizio — ma anche esigere l'adempimento dopo aver chiesto la risoluzione⁽⁵⁴⁾. La soluzione trova nuovamente riscontro nel diritto francese dei giorni nostri: sebbene in una recente occasione la Cassazione abbia escluso la legittimazione a mutare la domanda di risoluzione in quella di adempimento in grado di appello⁽⁵⁵⁾, l'orientamento tuttora prevalente ammette l'esercizio bilaterale dello *ius variandi*⁽⁵⁶⁾.

sarebbe legittimato ad adempiere fino al momento della notificazione della domanda, ma non nel corso del processo [cfr. art. 1453, comma 3° c.c.].

⁽⁵¹⁾ Cfr. T. GENICON, *La résolution du contrat*, cit. nt. 4, p. 255, a cui si rinvia per i riferimenti alla giurisprudenza « costantemente orientata in questo senso » (nt. 86); C. JAMIN, *Les conditions de la résolution du contrat: vers un modèle unique?*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, sous la direction de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruylant-L.G.D.J., 2001, p. 461, il quale ricorda l'orientamento della Cassazione francese che assegna all'atto di citazione il valore di costituzione in mora: sicché mentre la domanda di risoluzione non deve essere preceduta da una sollecitazione ad adempiere, essa non preclude l'esecuzione della prestazione nel corso del giudizio.

⁽⁵²⁾ Cfr. C. LARROUMET, *Les Obligations. Le Contrat*, 6^{ème} éd., cit. nt. 28, p. 819.

⁽⁵³⁾ Cfr. art. 1184, comma 3° *Code civil*; art. 1165, comma 3° *Codice civile* del 1865.

⁽⁵⁴⁾ Sul punto cfr. C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione del contratto*, cit. nt. 6, p. 305 ss.; A. SMIROLO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 8, p. 289 ss.; G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 6, p. 459 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Cass. civ. 20 novembre 2003, *Bull. Civ.* 2003, II, n. 341: il mutamento sarebbe ammissibile solo qualora a seguito della conclusione del giudizio di primo grado sia sopravvenuta la conoscenza di un fatto che determina l'interesse del creditore a variare la domanda.

⁽⁵⁶⁾ Con riferimento al *mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione*, cfr. Cass. com. 14 juin 2005, n. 02-18164, inedita, ma reperibile nella banca dati *Juris Classeur*; Cass. com. 16 janvier 2001, *Bull. civ.*, 2001, IV, n. 10; Cass. com. 28 janvier 1992, *Bull. civ.*, 1992, IV, n. 34; Cass. civ. 2 mai 1979, *Bull. civ.*, 1979, III, n. 94; Cass. civ. 15 juin 1973, *Bull. civ.*, 1973, II, n. 192; Cass. civ. 17 juin 1970, *Bull. civ.*,

In quest'ottica, infatti, la domanda di risoluzione non esprime una scelta antitetica a quella sottesa all'azione di adempimento — scelta di cui il sistema si incarica di preservare gli effetti — ma costituisce anch'essa uno strumento finalizzato a indurre il debitore ad adempiere. È infatti consentito tanto l'adempimento nel corso del giudizio, quanto il mutamento della domanda di risoluzione in quella di adempimento: come si osserva in dottrina, se il debitore inadempiente può imporre al creditore l'attuazione dello scambio eseguendo la prestazione durante il processo, a maggior ragione il secondo può mutare opinione e pretendere l'adempimento ⁽⁵⁷⁾.

In definitiva, la scelta effettuata dal creditore con la notificazione della domanda di risoluzione non viene assecondata, ma per così dire ammortizzata, perché il sistema favorisce l'adempimento nel corso del processo e promuove la manutenzione del rapporto: per perseguire tale obiettivo vengono sacrificati tanto l'autonomia del creditore [che ha preferito la risoluzione all'adempimento], quanto l'affidamento del debitore [che a seguito della notificazione della domanda di risoluzione può ragionevolmente confidare nello scioglimento del rapporto]. In quest'ottica, il vincolo contrattuale non costituisce un semplice strumento di realizzazione degli interessi delle parti, ma ha un valore intrinsecamente positivo: in sintonia con tale opzione assiologica, il legislatore e i suoi interpreti elaborano regole che favoriscono il recupero del rapporto assegnando alla risoluzione un ruolo residuale.

La gestione del conflitto determinato dall'inadempimento ha, dunque,

1970, III, n. 406. Si ammette che il creditore possa domandare la risoluzione anche dopo aver ottenuto la condanna del debitore all'adempimento, senza, peraltro, aver ottenuto l'esecuzione della prestazione: cfr. Cass. civ. 24 novembre 1993, *RJDA* 1994, n. 139. Per ulteriori riferimenti, si rinvia a L. WEILLER, *La liberté procédurale du contractant*, Puam, 2004, p. 337, nt. 1667. Per converso, ammettono il *mutamento dell'azione di risoluzione in quella di adempimento* Cass. civ. 25 mars 2009, *Bull. civ.*, 2009, III, n. 67, *RDC*, 2009, p. 1004, con nota di T. GENICON, *Choix entre exécution forcée et résolution*, cit. nt. 98; Cass. civ. 23 mars 1971, *Bull. Civ.*, 1971, I, n. 97; Cass. com. 27 octobre 1953, *D.*, 1954, p. 201; Cass. civ. 6 janvier 1932, *DH*, 1932, I, p. 114. In senso conforme, in dottrina, T. GENICON, *Rétour sur l'option entre exécution forcée et résolution: un revirement de jurisprudence regrettable*, *RDC*, 2010, p. 829; *Id.*, *Choix entre exécution forcée et résolution: souplesse dans l'exercice de l'option ... mais jusqu'à quand?*, *RDC*, 2009, p. 1004 ss.; L. WEILLER, *La liberté procédurale du contractant*, cit., p. 39, la quale osserva che se il giudice può rigettare le domande di risoluzione proposte da entrambe le parti condannandole ad adempiere — come la giurisprudenza francese ritiene — a maggior ragione l'attore è legittimato a mutare la domanda di risoluzione in quella di adempimento: « De fait, si la Cour de Cassation a pu admettre que le juge puisse, sans modifier l'objet du litige, prononcer l'exécution alors que la résolution était de part et d'autre demandée, comment prétendre alors nier leur identité de finalité pour refuser au plaideur une substitution qu'il est possible au magistrat d'opérer? ».

⁽⁵⁷⁾ Cfr. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, revu et complété par G. RIPERT, 3^{ème} éd., II, L.G.D.J., 1947, n. 431, p. 189: « en droit moderne, on ne voit aucune bonne raison pour empêcher la partie, qui est d'abord prononcée pour la résolution du contrat, de changer ensuite ses conclusions et de poursuivre l'exécution, alors qu'on laisse au débiteur en faute le droit d'empêcher la résolution par une offre d'exécuter ». Nella dottrina più recente, l'argomentazione viene condivisa da T. GENICON, *La résolution du contrat*, cit. nt. 4, p. 258.

una connotazione paternalistica: il legislatore ritiene di conoscere meglio delle parti la soluzione preferibile, ed anche se la scelta dell'attore ricade sulla risoluzione indirizza l'esito della lite verso il mantenimento del rapporto. Ne deriva quale necessaria implicazione la centralità della risoluzione giudiziale: siccome lo strumento che consente di recuperare il rapporto contrattuale — e di realizzare, così, gli auspici del legislatore — è il processo, si ammette malvolentieri che il contratto possa sciogliersi al di fuori di esso. L'unico procedimento risolutorio previsto dalla legge è, dunque, quello che comporta la proposizione di una domanda giudiziale, mentre si esclude che il contraente deluso possa affrancarsi dal vincolo per atto unilaterale.

Solo canalizzando nel processo l'istanza risolutoria è possibile attivare i meccanismi che favoriscono il recupero del rapporto malfunzionante, mentre al di fuori di esso lo scioglimento del contratto può verificarsi anche in assenza di una grave alterazione, quando gli interessi delle parti convergono in tale direzione: se per ipotesi il creditore manifesta stragiudizialmente la volontà di sciogliere il contratto in assenza di un inadempimento grave, può ben accadere che il debitore — ritenendo anch'egli conveniente liberarsi dal vincolo — scelga di non agire in giudizio per esigere l'attuazione dello scambio. Benché aderente agli interessi delle parti, una simile conclusione del conflitto provocato dall'inadempimento non soddisfa un legislatore che assegna al mantenimento del contratto un valore intrinsecamente positivo: di qui la centralità del processo nel regime del rimedio.

Il codificatore del '42, adottando una prospettiva radicalmente diversa, assume da un lato una posizione neutrale rispetto all'alternativa tra adempimento e risoluzione del contratto; valorizza dall'altro le istanze di autonomia e affidamento ascrivibili alle parti del rapporto alterato. La scelta di chiedere la risoluzione compiuta dal contraente deluso viene salvaguardata dalla legge *contro* il tentativo di recuperare tardivamente il rapporto effettuato da quello inadempiente: se la domanda è fondata, il debitore convenuto in giudizio non può ottenerne il rigetto eseguendo la prestazione nel corso del processo, né il giudice può promuovere la realizzazione di tale risultato accordando un termine di grazia (art. 1453, comma 3°, c.c.).

Il legislatore garantisce, così, il successo dell'azione di risoluzione, e potenzia l'efficacia deterrente del rimedio. Il debitore convenuto in giudizio non può usare il tempo del processo per eseguire od offrire la prestazione dovuta, e questo lo induce ad adempiere prima che il creditore gli notifichi la domanda di risoluzione.

D'altra parte, mentre l'adempimento maturato nel corso del processo giustifica il mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione, una volta chiesta la risoluzione il creditore non può tornare sui suoi passi ed esigere l'adempimento (art. 1453, comma 2°, c.c.): viene così protetto l'affidamento del debitore convenuto in giudizio, che a seguito della notificazione della domanda di risoluzione confida ragionevolmente nello scioglimento del rapporto. Il legislatore non concepisce la manutenzione del contratto come

esito « intrinsecamente preferibile » alla risoluzione, ma — identificato il presupposto del rimedio con un inadempimento « di ... non scarsa importanza » (art. 1455 c.c.) — garantisce il successo della domanda fondata su di esso, salvaguardando, nel contempo, l'affidamento del debitore. Il processo, in definitiva, non costituisce più lo strumento per realizzare il recupero del rapporto contrattuale auspicato dal legislatore, ma solo la sede in cui viene accertata la fondatezza della pretesa manifestata dal creditore con la notificazione della domanda di risoluzione.

L'introduzione delle risoluzioni « di diritto » conferma il definitivo distacco dal modello elaborato dal legislatore francese e recepito dal codice civile previgente (artt. 1454, 1456, 1457 c.c.). Il codificatore del '42 mette a disposizione del contraente deluso strumenti che gli consentono di affrancarsi dal vincolo in modo più agile e spedito, ed ammette l'eventualità che lo scambio resti inattuato in assenza dei presupposti a cui è subordinata l'applicazione del rimedio risolutorio. Se per ipotesi una delle parti intima diffida ad adempiere, dichiara di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa o deduce la scadenza di un termine essenziale la pretesa risolutoria così manifestata può ben essere infondata: l'inadempimento del diffidato è assistito da una causa di giustificazione, il termine a lui intimato è incongruo, non risultano soddisfatti i requisiti previsti dalla clausola risolutiva espressa, il termine non può essere qualificato essenziale ecc. Il diffidato, il contraente a cui viene comunicata l'intenzione di avvalersi della clausola o il debitore a cui viene imputata la scadenza del termine possono decidere di astenersi dall'agire in giudizio in quanto trovano anch'essi conveniente liberarsi senz'altro dal vincolo ed orientare in altre direzioni le proprie risorse. In quest'ottica, la gestione del conflitto determinato dall'inadempimento è davvero « una questione privata »: se gli interessi delle parti convergono sulla risoluzione, il sinallagma può restare inattuato anche se non sussistono i presupposti a cui la legge subordina lo scioglimento del vincolo.

7. — Se è vero che nel sistema attuale il processo non costituisce più lo strumento adottato dal legislatore per favorire il recupero del rapporto contrattuale — ma solo la sede in cui viene accertata la fondatezza della pretesa risolutoria — la parte interessata ad affrancarsi dal vincolo può manifestare tale pretesa in sede stragiudiziale, mediante un atto unilaterale assimilabile al recesso. Quando l'inadempimento altera gravemente il sinallagma, la legge garantisce l'esercizio del diritto di conseguire la risoluzione precludendo al debitore l'adempimento nel corso del giudizio (art. 1453, comma 3°, c.c.). Stante il medesimo presupposto, se il contraente deluso non è interessato ad ottenere dalla controparte la restituzione della prestazione eseguita o il risarcimento del danno, non vi sono ostacoli ad ammettere che egli possa esercitare il medesimo diritto in sede stragiudiziale, mediante una dichiarazione o un comportamento concludente che manifesta in modo univoco la volontà di non attuare lo scambio.

La legittimazione a recedere era incompatibile con il sistema del *Code Napoléon* — e, per estensione, con quello del codice civile previgente — perché il legislatore si serviva del processo per favorire il recupero del rapporto: di qui l'onere di agire in giudizio del creditore che, pure, non fosse interessato ad esercitare alcuna azione di condanna. Nel diritto vigente, invece, l'esercizio stragiudiziale del diritto di conseguire la risoluzione si pone in sintonia con l'obiettivo perseguito dal legislatore: quello di rafforzare l'efficacia deterrente del rimedio, rendendone più semplice, immediata e diretta l'attivazione.

Come osservano i redattori dei principi internazionali, la riduzione degli oneri procedurali a cui è subordinata l'applicazione del rimedio aumenta la sua capacità di pressione sulla parte inadempiente, che percepisce la risoluzione e la conseguente perdita del corrispettivo come una conseguenza prossima e concreta ⁽⁵⁸⁾. Nella stessa direzione si è orientato il codificatore del '42, in antitesi al suo predecessore ottocentesco. Tanto il divieto di adempiere nel corso del giudizio (art. 1453, comma 3°, c.c.), quanto le risoluzioni « di diritto » (artt. 1454, 1456, 1457 c.c.) rafforzano l'effetto deterrente del rimedio: anziché attendere l'avvio del processo per poi eseguire la prestazione nel corso di esso, il debitore è indotto ad adempiere prima della notificazione della domanda o del perfezionamento della fattispecie risolutoria stragiudiziale. Ora, riducendo significativamente l'entità dei costi transattivi da sostenere per conseguire la liberazione dal vincolo, la legittimazione a recedere si inserisce armonicamente in questa linea di tendenza: se il creditore non è interessato a esercitare nei confronti della controparte alcuna azione di condanna — ma intende solo affrancarsi dal rapporto alterato — imporgli l'onere di agire in giudizio appare in contrasto con il chiaro orientamento perseguito dal legislatore.

La nostra ipotesi trova riscontro nell'orientamento giurisprudenziale in base al quale il creditore è legittimato a rifiutare la prestazione offertagli con grave ritardo (e, di riflesso, l'esecuzione della controprestazione) sebbene non abbia proposto domanda di risoluzione ⁽⁵⁹⁾. Verificatosi un ritardo grave, argomentano le sezioni unite, si consolida in capo al creditore il diritto potestativo di conseguire la risoluzione del contratto *anche se non ha (ancora) proposto la relativa domanda*. Di tale diritto egli verrebbe privato se il debitore potesse adempiere tardivamente ed esigere l'attuazione dello scambio: ma dovendosi escludere che la parte inadempiente possa privare quella fedele di un diritto ormai acquisito, è opportuno concludere che l'offerta gravemente tardiva può essere legittimamente rifiutata anche se non è stata domandata la risoluzione ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. O. LANDO-H. BEALE, *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2000, XXXIX.

⁽⁵⁹⁾ V., *supra*, nt. 22, 23.

⁽⁶⁰⁾ L'argomentazione sintetizzata nel testo, poi recepita dalle sezioni unite (Cass., sez. un., 6 giugno 1997, n. 5086; Cass., sez. un., 9 luglio 1997, n. 6224, cit. nt. 23), viene inaugurata da Cass. 21 febbraio 1985, n. 1531, cit. nt. 22.

Grazie a tale argomentazione, incentrata sulla categoria del diritto potestativo, si giustifica l'elaborazione di una regola che consente al contraente deluso di rimanere in posizione di attesa, esonerandolo dalla proposizione della domanda di risoluzione. Se non intende esigere la restituzione della prestazione eseguita o il risarcimento danno, egli non è tenuto ad agire in giudizio: può rifiutare la prestazione offertagli con grave ritardo, o — deve ritenersi — anticipare l'iniziativa del debitore comunicandogli che ha perso interesse per l'attuazione dello scambio. Il fatto stesso che si sia verificato un inadempimento di non scarsa importanza attribuisce al creditore il diritto di conseguire la risoluzione del contratto. Il suo esercizio non implica necessariamente la proposizione di una domanda giudiziale, ma può risolversi in un atto stragiudiziale qual è il rifiuto della prestazione tardiva o la dichiarazione che manifesta l'intenzione di interrompere il rapporto.

La conclusione, ci sembra, è perfettamente in linea con la traiettoria qui delineata: se il processo non è uno strumento finalizzato a realizzare il recupero del rapporto contrattuale auspicato dal legislatore, ma solo la sede dove viene accertata la fondatezza della pretesa risolutoria, si può certamente ammettere che il contraente deluso la eserciti al di fuori di esso ogni qualvolta non è interessato all'esercizio di un'azione di condanna.

Un elemento di riscontro, sia pure « in negativo », si ricava dal sistema francese, in cui il modello della risoluzione giudiziale è stato elaborato e trova tuttora la sua più coerente espressione: in questo ambito, si afferma che pur essendo legittimata ad agire la vittima dell'inadempimento non può vantare il diritto di conseguire la risoluzione ⁽⁶¹⁾. L'iniziativa promossa con la proposizione della domanda, infatti, può essere vanificata tanto dall'adempimento

⁽⁶¹⁾ Cfr. T. GENICON, *La résolution du contrat*, cit. nt. 4, p. 255 ss. L'autore, che appare in linea con la dottrina francese prevalente, sintetizza la propria posizione a p. 264: « En effet, si l'on parte du principe que le contrat fait naître un droit à la prestation, il semble logique, tout moins pour le droit français, que les sanctions de l'inexécution du contrat soient orientées à la protection efficace de ce droit. Ce n'est donc qu'à raison de circonstances exceptionnelles que le créancier pourra être indirectement privé de ce à quoi le contrat lui donne droit. À l'inverse, il n'a pas en principe droit à la résolution, car cette dernière n'est pas la finalité prévue et voulue: elle opère un changement grave, même s'il peut être très opportun, par rapport à ce qui était convenu. Pour cette raison, le juge doit avoir tout latitude, alors que dans le cas où l'exécution est demandée, il ne peut guère s'agir plus que d'un contrôle de l'abus »; P. ANCEL, *Le juge et l'inexécution du contrat*, in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL e C. COULON, Economica, 2007, p. 111 s.; C. LARROUMET, *Les Obligations. Le Contrat*, 6^{ème} éd., cit. nt. 28, n. 711, p. 818; P. DELEBECQUE et F.J. PANSIER, *Droit des obligations*, 4^{ème} éd., I, Litec, 2006, p. 238; P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, cit. nt. 28, n. 497, p. 358; J. CARBONNIER, *Droit civil*, II, *Les biens. Les obligations*, Puf, 2004, p. 2233; Y.M. LATHIER, *Étude comparative*, cit. nt. 4, n. 219 ss., pp. 304 ss., il quale evidenzia che la discrezionalità del giudice competente a decidere sulla domanda di risoluzione si afferma a partire dalla seconda metà dell'800, mentre la giurisprudenza anteriore — applicando letteralmente l'art. 1134 *Code civil* — riteneva che il creditore fosse legittimato ad ottenere la risoluzione al verificarsi di un inadempimento non qualificato dal requisito della gravità; C. JAMIN, *Les conditions de la résolution du contrat: vers un modèle unique ?*, cit. nt. 51, pp. 462 ss.

spontaneamente intercorso durante il giudizio, quanto dalla scelta di accordare al debitore un termine di grazia compiuta dal giudice. L'opinione, che si pone in antitesi con quella della Cassazione italiana, riflette fedelmente le regole che in questo ambito governano il giudizio di risoluzione: in un sistema che asseconda il tentativo di recuperare il rapporto contrattuale nel corso del processo — sia esso spontaneo o indotto dal giudice mediante la concessione di un termine di grazia — non è dato affermare l'esistenza di un diritto di conseguire la risoluzione.

Anche la prospettiva storica avvalorava la tesi sostenuta.

Non è chiaro — e non assume rilievo, del resto, ai fini della nostra indagine — a quale momento risalga la formulazione della regola che impone al creditore di rivolgersi al giudice per ottenere lo scioglimento del rapporto contrattuale. Nella dottrina francese, il carattere giudiziale della risoluzione viene spesso ricondotto ad influenze canonistiche⁽⁶²⁾: se il vincolo viene assunto non solo verso la controparte, ma anche di fronte a Dio, il suo scioglimento richiede l'intervento di un organo che di quell'istanza superiore assume in qualche modo la rappresentanza.

Secondo un'altra, autorevole opinione, nel diritto canonico del periodo intermedio il principio *fides non est servanda ei qui frangit fidem* consentiva all'interprete di costruire l'adempimento alla stregua di una condizione sospensiva, che governava l'esigibilità della prestazione dovuta dalla parte fedele⁽⁶³⁾. Quest'ultima avrebbe potuto affrancarsi dal rapporto contrattuale limitandosi ad eccipere l'inadempimento della controparte, e il ricorso al giudice sarebbe stato necessario solo se la risoluzione avesse comportato una modificazione della situazione preesistente che avrebbe richiesto l'uso della forza. Il contraente deluso, in definitiva, avrebbe potuto liberarsi unilateralmente dal rapporto inattuato, dovendo invece rivolgersi al giudice per ottenere coattivamente la restituzione della prestazione eseguita e il risarcimento del danno. In quest'ottica, la risoluzione è giudiziale nella sola misura in cui l'esercizio dell'azione è funzionale al rispetto del principio che sottrae al privato l'uso dei mezzi di coercizione, riservandolo agli organi giurisdizionali. Si è poi ricordato che nel diritto comune — in assenza di una chiara definizione della fisionomia del rimedio risolutorio — il contraente fedele poteva affrancarsi dal rapporto contrattuale avvalendosi dell'eccezione di inadempimento: al rimedio si riconosceva una funzione (non solo dilatoria, ma anche) « perentoria », potendo esso giustificare la scelta di non attuare lo scambio⁽⁶⁴⁾.

Funzionale, in questa prima fase, a garantire il rispetto del monopolio

⁽⁶²⁾ Cfr. P. MALAURIE-L. AYNÈS-P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit. nt. 28, p. 458; C. LARROUMET, *Les Obligations. Le Contrat*, 6^{ème} éd., cit. nt. 28, n. 701, p. 808; R. CASSIN, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, *RTD civ.*, 1945, n. 5, p. 170.

⁽⁶³⁾ Cfr. G. BOYER, *Recherches historiques*, cit. nt. 36, pp. 238, 255-258.

⁽⁶⁴⁾ V., *supra*, nt. 35.

giurisdizionale sui mezzi di coercizione, il ricorso al processo viene dilatato dalla giurisprudenza dei parlamenti francesi del XVII e XVIII secolo e dalle contemporanee opere dottrinali, che costituiscono un essenziale punto di riferimento per il codificatore francese ⁽⁶⁵⁾. È ipotizzabile che in questo periodo il giudice adito dal contraente interessato ad ottenere la restituzione della prestazione eseguita [e segnatamente, dal venditore che lamentava il mancato pagamento del prezzo] abbia subordinato la risoluzione del contratto e il conseguente accoglimento dell'azione di condanna alla scadenza di un termine assegnato al debitore convenuto in giudizio [e segnatamente, al compratore] per eseguire la prestazione dovuta. Con il consolidarsi del termine di grazia nella prassi applicativa, il ricorso al giudice viene avvertito come necessario anche al di fuori delle occasioni che l'hanno originariamente determinato: sicché si ritiene che il contraente deluso abbia l'onere di agire in giudizio anche quando non è interessato ad ottenere la restituzione della prestazione eseguita e il risarcimento del danno.

In un primo tempo rispondente all'esigenza di rispettare il divieto di autotutela privata — e limitata alle ipotesi in cui allo scioglimento del contratto conseguisse l'esercizio di un'azione di condanna — la risoluzione giudiziale diviene funzionale all'affermazione del controllo del giudice sul conflitto provocato dall'inadempimento e alla tensione del sistema verso la conservazione del vincolo: il creditore, dunque, deve sempre agire in giudizio, per consentire al debitore di beneficiare del termine di grazia ⁽⁶⁶⁾. Portando a compimento questa linea evolutiva, l'art. 1134, 3° *alinéa* del *Code civil* prescrive che la risoluzione sia « *demandée en justice* » senza operare alcuna differenziazione tra l'ipotesi in cui il creditore sia interessato ad ottenere la restituzione della prestazione eseguita e quella in cui voglia solo conseguire la liberazione dal vincolo ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ Sul punto v. ancora G. BOYER, *Recherches historiques*, cit. nt. 36, pp. 400-403, 405.

⁽⁶⁶⁾ Il nesso tra il carattere giudiziale della risoluzione ed il termine di grazia, che favorisce l'adempimento nel corso del processo, è segnalato e approfondito da S. STIENS, *La résolution pour inexécution en droit belge: conditions et mise en oeuvre*, in *Les sanctions de l'inexécution*, cit. nt. 51, p. 567 ss.; l'autrice sostiene che storicamente il controllo necessario e preventivo del giudice sulla pretesa risolutoria previsto dall'art. 1134, 3° *alinéa Code civil* trova giustificazione nel potere di accordare alla parte inadempiente un termine di grazia. L'opinione trova consenso nella dottrina francese: cfr. C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée*, cit. nt. 4, p. 173 ss.; L. AYNÈS, *Le droit de rompre unilatéralement: fondement et perspectives*, in *Droit et patrimoine*, 2004, p. 66.

⁽⁶⁷⁾ Prima della codificazione civile, dunque, il carattere giudiziale della risoluzione non risponde a un principio astratto, ma risulta dal consolidarsi di una prassi applicativa avallata dalla dottrina: « *les juges ont vraisemblablement voulu que l'on s'adresse d'abord à eux, non par principe, mais surtout parce qu'ils voulaient garder un oeil sur le sort des conventions. La doctrine à laissé faire, sans autre forme de procès* » (così T. GENICON, *La résolution du contrat*, cit. nt. 4, p. 387). L'art. 1134, 3° *alinéa Code civil* — prosegue l'autore — interviene su questa situazione ancora fluida, con l'effetto di cristallizzare il caratte-

L'attitudine « eguagliante » della disposizione, tuttavia, non impedisce di vedere che alla base di essa sussistono ragioni giustificative nettamente differenziate. È quanto risulta chiaramente dalle trattazioni di Domat e Pothier.

Il primo giustifica l'onere di agire in giudizio assumendo a riferimento la situazione in cui il contraente deluso intenda ottenere la restituzione della prestazione eseguita: non può allora imporre alla controparte la soddisfazione di tale pretesa con l'uso della forza, ma deve avvalersi della coazione offerta dalla disciplina processuale ⁽⁶⁸⁾. Se in questo passo il carattere giudiziale della risoluzione risponde all'esigenza di rispettare il monopolio statale sui mezzi di coercizione, in altra sede l'autore afferma che prima di sciogliere il contratto il giudice adito dalla parte fedele deve accordare a quella inadempiente un termine entro il quale può recuperare il rapporto eseguendo la prestazione ⁽⁶⁹⁾. Il giudice è esonerato dal concedere il termine di grazia solo in ipotesi particolari — che l'autore ha cura di esemplificare — accomunate dal fatto che la prestazione tardiva non può soddisfare adeguatamente l'interesse del creditore ⁽⁷⁰⁾.

La dilatazione del ricorso al processo si coniuga con la svalutazione dell'autonomia privata: in sintonia con un orientamento accreditato dalla giurisprudenza dei parlamenti ⁽⁷¹⁾, l'autore afferma che il giudice è legittimato a concedere al debitore un termine di grazia — e a rifiutare, così, lo scioglimento del contratto — anche quando le parti hanno pattuito una clausola risolutiva espressa e si è verificato l'inadempimento da essa previsto ⁽⁷²⁾.

Analoga duplicità di *rationes* si riscontra nella trattazione dedicata da Pothier alla vendita. Quando, a seguito dell'inadempimento del compratore, il re giudiziale della risoluzione e di irrigidire il regime del rimedio. La codificazione costituisce dunque un passaggio importante, perché a seguito di essa « le droit français repose bien ... sur un principe général en vertu duquel la résolution doit être demandée en justice: la formule de l'art. 1184 du Code civil, en tout cas, ne laisse planer aucun doute à cet égard... » (p. 388).

⁽⁶⁸⁾ Cfr. J. DOMAT, *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1767 (ma la prima edizione è del 1689), libro I, sez. VI, XIV: « Lorsque la résolution d'une convention n'est pas accordée volontairement, celui qui se plaint ne peut troubler l'autre; mais il doit se pourvoir en justice, pour faire résoudre la convention et pour faire exécuter ce qui aura été ordonné » (corsivo aggiunto).

⁽⁶⁹⁾ Cfr. J. DOMAT, *Les Loix Civiles*, cit. nt. prec., libro I, sez. IV, XV.

⁽⁷⁰⁾ J. DOMAT, *Les Loix Civiles*, cit. nt. 68, libro I, sez. IV, XVI.

⁽⁷¹⁾ Su cui v. G. BOYER, *Recherches historiques*, cit. nt. 36, p. 401 s.; C. JAMIN, *Les conditions de la résolution du contrat: vers un modèle unique ?*, cit. nt. 51, p. 455 s. Anche a seguito della codificazione, la giurisprudenza francese tende a non riconoscere effetti vincolanti alle clausole risolutive: solo nel 1860 la Cassazione afferma che esse sono valide ed efficaci « di pieno diritto », per poi aggiungere che il giudice deve limitarsi ad accertare se si è verificato l'inadempimento convenzionalmente previsto — e in tal caso pronunciare la risoluzione — rispettando la valutazione effettuata dalle parti al momento della conclusione del contratto. Cfr. Cass. civ. 2 juillet 1860, *D.P.*, 1860, I, p. 284. Sul punto v. ancora C. JAMIN, *Les conditions de la résolution du contrat: vers un modèle unique ?*, cit. nt. 51, p. 456.

⁽⁷²⁾ Cfr. J. DOMAT, *Les Loix Civiles*, cit. nt. 68, libro I, sez. IV, XVIII.

venditore agisce in giudizio per ottenere la restituzione del bene, il giudice pronuncia una prima sentenza con cui assegna al compratore un termine supplementare entro il quale è tenuto a pagare il prezzo. Solo se il termine scade senza che si sia verificato l'adempimento può essere pronunciata una seconda sentenza, che risolve il contratto e condanna il compratore alla restituzione del bene ⁽⁷³⁾. Come è evidente, la prima sentenza è finalizzata a favorire il recupero del rapporto contrattuale di cui il venditore pretende lo scioglimento, mentre la seconda risponde all'esigenza di rispettare il divieto di autotutela privata. Il medesimo compratore, peraltro, è legittimato ad adempiere anche dopo la conclusione del giudizio di primo grado e ad impugnare in sede di gravame — allegando l'avvenuta esecuzione della prestazione — la sentenza che scioglie il contratto e lo condanna a restituire il bene ⁽⁷⁴⁾.

In entrambe le trattazioni il carattere giudiziale della risoluzione trova giustificazione da un lato nel monopolio statale dei mezzi di coercizione, assumendo a riferimento l'ipotesi in cui il creditore esiga la restituzione della prestazione eseguita; dall'altro, nell'elaborazione di un regime processuale finalizzato a promuovere la conservazione del rapporto contrattuale. Ebbene, mentre la prima giustificazione resiste — essendo tuttora uno dei capisaldi del sistema il monopolio statale dei mezzi di coercizione — la seconda appare radicalmente incompatibile con l'impianto del codice civile del '42, in cui è escluso l'adempimento nel corso del giudizio e non può essere concesso un termine di grazia (art. 1453, comma 3°, c.c.). L'onere di agire in giudizio per ottenere la semplice liberazione dal vincolo si fonda, dunque, su presupposti storici e normativi non più attuali: il ricorso al processo risulta giustificato solo quando il creditore ha interesse ad ottenere la restituzione della prestazione eseguita e la condanna della controparte a risarcire il danno.

8. — Si potrebbe obiettare che sebbene la tesi sostenuta sia coerente con l'evoluzione del sistema normativo, essa risulta incompatibile con il testo dell'art. 1453 c.c., che disciplina la risoluzione quale oggetto di un'azione giudiziale esperibile dalla parte fedele contro quella inadempiente.

È questo, infatti, il punto di vista adottato dalla dottrina prevalente: al di fuori delle fattispecie in cui il contratto si scioglie « di diritto », il creditore può liberarsi dal vincolo solo proponendo domanda giudiziale ed ottenendo la pronuncia di una sentenza costitutiva che risolve il rapporto ⁽⁷⁵⁾. Argomenti a

⁽⁷³⁾ Cfr. R.J. POTHIER, *Traité du Contrat de Vente*, nouv. éd., Paris-Orléans 1772, n. 475. Lo stesso autore aggiunge che in presenza di una clausola risolutiva espressa (*pact commissoire*), e al verificarsi dell'inadempimento da essa previsto (mancato pagamento del prezzo entro il termine stabilito), il giudice adito dal venditore deve pronunciare senz'altro la risoluzione e permettergli di rientrare in possesso del bene venduto. Una posizione, questa, che appare assai più rispettosa dell'autonomia privata rispetto a quella espressa da Domat verso la fine del secolo precedente (v., *supra*, nt. 71, 72).

⁽⁷⁴⁾ Cfr. R.J. POTHIER, *Traité du Contrat de Vente*, cit. nt. prec., n. 475.

⁽⁷⁵⁾ V., *supra*, nt. 6.

favore di questo assunto si desumono essenzialmente dal tenore letterale dell'art. 1453 c.c.: il semplice fatto che il legislatore concepisca la risoluzione quale oggetto di una domanda basta a concludere che la parte fedele può affrancarsi dal vincolo solo ottenendo la pronuncia di una sentenza costitutiva ⁽⁷⁶⁾.

Benché ampiamente condivisa — e in apparenza fondata su un dato letterale univoco — la tesi forza in realtà il testo della disposizione, ricavandone una norma non espressa dal legislatore. L'art. 1453 c.c. non impone al creditore l'onere di agire in giudizio, ma si limita a regolare il rapporto tra la risoluzione e i rimedi contro l'inadempimento implicanti necessariamente l'esercizio di un'azione di condanna (adempimento coattivo e risarcimento del danno). Anziché prescrivere alla parte fedele l'esercizio di un'azione giudiziale, il legislatore la assume a presupposto della regolamentazione, che risulta focalizzata sul rapporto tra la risoluzione e le azioni di condanna esperibili dalla parte fedele contro quella inadempiente.

Nel delineare l'alternativa tra condanna ad adempiere e risoluzione del contratto, è inevitabile che il legislatore concepisca anche il secondo rimedio — come il primo — quale oggetto di un'azione giudiziale (art. 1453, comma 1°, c.c.); la prospettiva « del processo » risulta parimenti ineludibile quando si tratta di affermare la legittimazione del contraente deluso ad orientarsi verso la risoluzione dopo aver chiesto la condanna ad adempiere, escludendo invece una variazione in senso contrario (art. 1453, comma 2°, c.c.); nella stessa ottica, è inevitabile concepire la risoluzione quale oggetto di una domanda giudiziale quando si afferma la compatibilità del rimedio con il risarcimento del danno, che il contraente fedele esige da quello inadempiente mediante l'esercizio di un'azione di condanna (art. 1453, comma 1°, c.c.).

In definitiva, il legislatore concepisce la risoluzione quale oggetto di una domanda perché regola il rapporto tra la stessa e l'adempimento coattivo o il risarcimento del danno: ma laddove tali rimedi (che postulano, essi sì, il necessario ricorso al giudice) non vengano esercitati, dal tenore letterale della disposizione non è dato desumere che per liberarsi dal vincolo il creditore sia tenuto ad agire in giudizio.

Secondo un punto di vista assai diffuso nella manualistica e nella trattatistica, l'art. 1453 c.c. disciplina la risoluzione giudiziale, usualmente contrapposta alla risoluzione « di diritto »: la ricostruzione del dato normativo risulta incentrata sull'antitesi tra le due categorie. A nostro parere, invece, la disposizione regola l'*azione di risoluzione*, sia essa giudiziale o stragiudiziale, nei suoi rapporti con le azioni di condanna che il contraente deluso è legitti-

⁽⁷⁶⁾ Nella dottrina più recente, il tenore letterale dell'art. 1453 c.c. — che configura la risoluzione quale oggetto di una « domanda » — viene enfatizzato da G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento*, cit. nt. 6, p. 22; R. ORIANI, *L'opposizione dei creditori della società*, cit. nt. 6, p. 4 ss., testo e nt. 11; Id., *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, cit. nt. 6, p. 21 ss.; A. VENTURELLI, *Il momento preclusivo dell'adempimento ritardato*, cit. nt. 6, p. 248.

mato a esercitare. Il diritto azionato dal creditore si fonda ora sul verificarsi di un inadempimento di non scarsa importanza (art. 1455 c.c.), ora sull'intimazione di una diffida ad adempiere a cui non segue l'esecuzione della prestazione (art. 1454 c.c.), ora sull'inadempimento previsto da una clausola risolutiva espressa o sulla scadenza del termine essenziale (artt. 1456, 1457 c.c.): in ogni caso, i rapporti tra l'azione di risoluzione e gli altri rimedi esperibili dalla parte fedele sono regolati dall'art. 1453 c.c.

Così, anche se il contratto si risolve di diritto il creditore è legittimato a domandare il risarcimento del danno (art. 1453, comma 1°, c.c.), mentre un'eventuale azione di adempimento è suscettibile di essere rigettata se il debitore convenuto in giudizio eccepisce la già avvenuta risoluzione. Proprio per far fronte a un'eventuale eccezione, il creditore-attore può tuttavia mutare la domanda di adempimento in quella di risoluzione avvalendosi dello *ius variandi* previsto dalla legge (art. 1453, comma 2°, c.c.). Se invece ha chiesto in prima battuta la risoluzione, l'azione di adempimento successivamente esercitata deve ritenersi inammissibile *ex art.* 1453, comma 2°, c.c. prima ancora che infondata nel merito: il debitore convenuto in giudizio, in altri termini, può contrastare l'azione di adempimento senza dover provare che il contratto si è effettivamente risolto.

La nostra opinione, che attenua lo schematismo della ricostruzione tradizionale, trova riscontro in giurisprudenza. Si ammette, infatti, che dopo aver chiesto l'adempimento il creditore possa domandare l'accertamento della risoluzione fondata su una clausola risolutiva espressa in esercizio dello *ius variandi* previsto dall'art. 1453, comma 2°, c.c. ⁽⁷⁷⁾; nelle locazioni commerciali, inoltre, l'intimazione di sfratto, che introduce la causa di risoluzione del contratto, preclude al conduttore di adempiere nel corso del giudizio ai sensi dell'art. 1453, comma 3°, c.c., consentendo al locatore di avvalersi della clausola risolutiva espressa nonostante l'offerta della prestazione ⁽⁷⁸⁾.

Il confronto con i precedenti legislativi avvalora l'attendibilità dell'ipotesi (artt. 1184 *Code civil* e 1165 c.c. abr.). Se in passato il legislatore imponeva indiscriminatamente il ricorso al processo, ora si limita a regolare il rapporto tra la risoluzione e le azioni di condanna che il creditore esercita — o pretende di esercitare — nell'ambito dello stesso giudizio; nel far questo, egli assume quale inevitabile presupposto della regolamentazione che come l'adempimento e il risarcimento anche la risoluzione costituisca oggetto di una domanda.

9. — Un ulteriore argomento si ricava dal fatto che quando la risoluzione è immune dalla « forza di attrazione » del risarcimento il legislatore ammette che il contratto possa essere sciolto mediante recesso. Venuto meno l'abbinamento tra la risoluzione e un rimedio implicante l'esercizio di un'azione di

⁽⁷⁷⁾ Cfr. Cass. 31 ottobre 2013, n. 24564, in *Contratti*, 2014, p. 67.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Cass. 31 maggio 2010, n. 13248, per esteso in *Pluris*.

condanna, qual è certamente quello risarcitorio, il contraente fedele è legittimato recedere.

Così, se la conclusione del contratto è stata accompagnata dalla consegna di una caparra confirmatoria il contraente deluso può recedere ritenendo la caparra ricevuta o esigendo il doppio di quella data (art. 1385, comma 2°, c.c.); se invece preferisce chiedere il risarcimento del danno, nella speranza di ottenere la liquidazione di un importo superiore, lo scioglimento del contratto torna ad essere prefigurato quale oggetto di una domanda giudiziale (art. 1385, comma 3°, c.c.). La previsione del recesso, piuttosto che della risoluzione, è giustificata dalle caratteristiche del rimedio compensativo abbinato ad esso: siccome la parte fedele può autotutelarsi ritenendo la caparra ricevuta, il legislatore reputa inutile imporle l'onere di agire in giudizio, e le consente di sciogliere il rapporto mediante atto stragiudiziale.

Certo, quando il contraente deluso è colui che ha consegnato la caparra (*tradens*) può rendersi necessario l'esercizio di un'azione di condanna avente ad oggetto il pagamento del doppio: ma la circostanza che la somma sia liquida agevola la soluzione stragiudiziale della controversia. In questa prospettiva va considerato l'approdo giurisprudenziale in base al quale il *tradens* è legittimato a esigere il pagamento del doppio della caparra ottenendo l'emissione di un decreto ingiuntivo⁽⁷⁹⁾: un procedimento che consente di selezionare le controversie la cui soluzione richiede effettivamente il ricorso al processo di cognizione.

Se poi la prestazione di una delle parti è divenuta parzialmente impossibile per causa ad essa non imputabile, l'altra è legittimata a recedere, « qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale » (art. 1464 c.c.). Il legislatore prevede nuovamente che il contratto si sciogla mediante recesso in quanto — stante la non imputabilità dell'inadempimento — il creditore della prestazione parzialmente ineseguita non può esigere il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio. Del resto, se l'impossibilità è totale la risoluzione si produce automaticamente⁽⁸⁰⁾

⁽⁷⁹⁾ Cfr. Trib. Padova 17 gennaio 1999 ed App. Venezia 1956/2005 inedite, ma sintetizzate nella motivazione di Cass. 6 settembre 2011, n. 18266, in *Contratti*, 2012, p. 60 (confermate le due sentenze di merito che avevano ritenuto il *tradens* legittimato ad esigere il pagamento del doppio della caparra mediante decreto ingiuntivo; il ricorso per cassazione proposto dall'*accipiens*, peraltro, non investiva direttamente questo profilo); Trib. Monza 15 maggio 1996, in *Fallimento*, 1996, p. 1229, con nota di M. TERENGI, *Caparra confirmatoria, recesso e ammissione al passivo del maggior credito*; Trib. Cagliari 9 marzo 1989, in *R. giur. sarda*, 1992, p. 364, con nota di A. ANGIANI, *Questioni varie in tema di responsabilità per inadempimento e caparra confirmatoria*; Trib. Milano 6 febbraio 1981, in *G. it.*, 1981, II, c. 417, con nota di E. GARBAGNATI, *Art. 1385 codice civile e decreto d'ingiunzione per la restituzione del doppio della caparra* ed in *D. e giur.*, 1981, p. 98. Sul punto v. M. BELLANTE, *La caparra*, Giuffrè, 2008, p. 68; G. DI ROSA, *Il procedimento di ingiunzione*, Ipsa, 2008, p. 37 s.

⁽⁸⁰⁾ Sul punto la dottrina concorda: v., per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., cit. nt. 6, p. 936.

— senza la mediazione di una sentenza, né di un atto di recesso — in considerazione del fatto che il creditore non può ottenere l'adempimento, né il risarcimento del danno (art. 1463 c.c.).

Sulla stessa linea si colloca una pronuncia della S.C. in base alla quale è legittimato a recedere il contraente che ha perso interesse per l'attuazione dello scambio a seguito del venir meno del presupposto assunto dalle parti a fondamento dell'operazione economica ⁽⁸¹⁾. La risoluzione conseguente all'applicazione della teoria della presupposizione si produce « senza risarcimento »: data questa condizione, si ammette ancora una volta che il contratto possa essere sciolto mediante recesso.

Nella giurisprudenza più recente, d'altra parte, affiora chiaramente la consapevolezza del fatto che la vittima dell'inadempimento propone domanda di risoluzione solo quando ha interesse ad esercitare le azioni di condanna conseguenti allo scioglimento del rapporto (restituzione della prestazione eseguita e risarcimento del danno). È questa la premessa sulla base della quale le sezioni unite affermano che il creditore è legittimato a chiedere il risarcimento del danno contestualmente al mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione (art. 1453, comma 2°, c.c.): se la domanda di risarcimento così proposta fosse ritenuta inammissibile in quanto nuova (artt. 183, 345 c.p.c.), lo *ius variandi* accordato dalla legge al contraente deluso risulterebbe sostanzialmente vanificato ⁽⁸²⁾. Per converso, secondo un orientamento giurisprudenziale avallato dalle stesse sezioni unite quando il creditore non ha interesse ad ottenere restituzioni o risarcimenti può astenersi dall'agire in giudizio, e limitarsi a rifiutare la prestazione offertagli con grave ritardo ⁽⁸³⁾.

L'analisi del diritto applicato conferma, dunque, l'esistenza di una corrispondenza biunivoca tra la dimensione giudiziale della risoluzione e l'esercizio delle azioni di condanna che ad essa conseguono. Quando il contraente fedele intende solo liberarsi dal vincolo non è tenuto a domandare la risoluzione, potendo, invece, rifiutare stragiudizialmente l'attuazione dello scambio. Se agisce in giudizio, questo denota che è interessato ad ottenere la condanna

⁽⁸¹⁾ Cfr. Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova g. civ. comm.*, 2007, I, p. 1177, con nota di F. AZZARRI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*. Condivisa da A. RICCIO, *La presupposizione è, dunque, causa di recesso dal contratto*, in *Contratto e impr.*, 2008, p. 11, la soluzione viene invece criticata da G.F. AIELLO, *L'applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto di presupposizione in un recente revirement della Cassazione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2011, II, p. 305 ss.

⁽⁸²⁾ Cfr. Cass., sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510, in *G. it.*, 2014, c. 1619, con nota di E. D'ALESSANDRO, *Le sezioni unite si pronunciano sulla portata dell'art. 1453, comma 2° c.c.*, ed in *Contratti*, 2014, p. 749, con nota di M. DELLACASA, *Ius variandi e risarcimento del danno tra disciplina legislativa e regole giurisprudenziali*. Le conclusioni a cui perviene la S.C. e le argomentazioni dedotte a sostegno di esse sono in buona parte modellate sulle opinioni di G. GABRIELLI, *Proponibilità delle domande risarcitoria e restitutoria*, cit. nt. 17, p. 597 ss.

⁽⁸³⁾ V., *supra*, nt. 23.

della controparte a restituire la prestazione o a risarcire il danno: le relative domande devono ritenersi ammissibili anche se proposte nel corso del processo, contestualmente al mutamento dell'azione di adempimento in quella di risoluzione, risultando altrimenti vanificato l'esercizio dello *ius variandi*.

La compatibilità della soluzione proposta con il sistema normativo trova ulteriore riscontro in un ambito disciplinare strettamente apparentato con quello dei rimedi contro l'inadempimento: la garanzia per i vizi del bene venduto e per i vizi e le difformità dell'opera appaltata.

Il compratore del bene affetto da vizi e il committente dell'opera difettosa o difforme dalle condizioni contrattuali hanno l'onere di esercitare le azioni che integrano il contenuto della garanzia rispettivamente entro un anno dalla consegna del bene acquistato e due anni dalla consegna dell'opera (artt. 1495, comma 3°; 1667, comma 3°, c.c.). Se tuttavia hanno denunciato i vizi o le difformità entro i termini di decadenza e prescrizione previsti dalla legge per la denuncia e l'esercizio dell'azione, possono far valere la garanzia senza limiti di tempo qualora convenuti in giudizio per il pagamento del prezzo.

Disattivando il termine di prescrizione, il legislatore esonera dall'esercizio delle azioni di garanzia il compratore e il committente esclusivamente interessati ad evitare il pagamento del prezzo. È da ritenere, invece, che gli stessi siano tenuti ad agire entro uno o due anni dalla consegna se intendono ottenere la restituzione delle prestazioni eseguite e il risarcimento del danno dovuto ai vizi: la prescrizione, in altri termini, non pregiudica l'opposizione delle eccezioni fondate sulla garanzia, ma impedisce l'esercizio delle corrispondenti azioni ⁽⁸⁴⁾. Se questo è vero, la legittimazione ad avvalersi della garan-

⁽⁸⁴⁾ Grazie alle disposizioni in commento, il compratore (committente) di cosa (opera)ziata non deve necessariamente agire entro il termine di prescrizione annuale (biennale): se ritiene che gli inconvenienti derivanti dall'esercizio di un'azione giudiziale sarebbero superiori ai suoi vantaggi, può scegliere di rifiutare il pagamento del corrispettivo ancora dovuto al venditore (appaltatore), sapendo di potersi avvalere della garanzia senza limiti di tempo per ottenere il rigetto della domanda di adempimento eventualmente proposta nei suoi confronti. Il venditore (appaltatore), d'altra parte, non ha ottenuto il pagamento integrale del corrispettivo ed ha invece ricevuto la denuncia dei vizi, sicché il decorso del tempo non consolida un suo ragionevole affidamento nella fisiologica realizzazione dello scambio: per questo la garanzia può essere opposta senza limiti di tempo alla sua domanda di adempimento.

Ora, se il compratore (committente) decide di non promuovere le azioni fondate sulla garanzia, ritenendo i loro inconvenienti superiori ai vantaggi, è ragionevole che non possa esercitarle nemmeno quando è convenuto in giudizio dalla controparte per il pagamento del prezzo: l'iniziativa assunta dal venditore (appaltatore) non muta le coordinate sulla base delle quali il compratore (committente) ha assunto la decisione di non intraprendere le azioni di garanzia, lasciandole prescrivere. Se dunque il venditore (appaltatore) agisce in giudizio per ottenere il pagamento del prezzo, il compratore (committente) può eccepire la risoluzione del contratto o la riduzione del corrispettivo, ma non ottenere la condanna a restituire gli acconti pagati, eliminare i vizi dell'opera o risarcire i danni da essi derivanti: avendo scelto di non attivare tali rimedi nel termine di prescrizione, non può avvalersene per il solo fatto di essere stato convenuto in giudizio con un'azione volta ad ottenere il pagamento del prezzo.

zia nonostante il decorso del termine di prescrizione consente al compratore e al committente di contrastare l'azione avente ad oggetto il pagamento del corrispettivo, ma non di ottenere riconvenzionalmente la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, e la conseguente condanna del venditore e dell'appaltatore alla restituzione degli acconti pagati⁽⁸⁵⁾. Sempre assumendo che la garanzia possa essere fatta valere solo per via di eccezione si esclude, poi, che — una volta decorso il termine di prescrizione previsto dalla legge — il committente convenuto in giudizio per il pagamento del prezzo sia legittimato a domandare riconvenzionalmente il risarcimento del danno derivante dai difetti dell'opera e l'eliminazione dei vizi a spese dell'appaltatore⁽⁸⁶⁾.

Il regime delineato dal legislatore in questo ambito settoriale è in sintonia con le soluzioni legislative e giurisprudenziali osservate sul terreno della disciplina di parte generale. Se il contraente deluso è appagato dalla semplice liberazione dal vincolo la legge gli impone di denunciare tempestivamente il vizio, ma disattivando il termine di prescrizione lo esonera dall'esercizio delle azioni di garanzia; se invece vuole ottenere la restituzione della prestazione

⁽⁸⁵⁾ In relazione all'*appalto*, l'opinione espressa nel testo trova riscontro in dottrina: cfr. G. MUSOLINO, *Appalto e contratto d'opera. La responsabilità*, Zanichelli, 2008, p. 104 s.; ID., *La prescrizione e la decadenza delle azioni contro l'inadempimento dell'appaltatore*, in *R. trim. app.*, 2000, p. 509; PALA, *Sull'imprescrittibilità dell'eccezione di garanzia*, in *R. d. proc.*, 1957, 279. Anche la giurisprudenza appare orientata in senso conforme: v. nt. seg. Sul terreno della *vendita*, invece, la maggioranza degli interpreti riconosce al compratore la legittimazione ad esercitare riconvenzionalmente le azioni edilizie e ad ottenere il risarcimento del danno nonostante la scadenza del termine di prescrizione. In dottrina, cfr. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, 2ª ed., in *Tratt. Vassalli*, VII, 1, Utet, 1993, p. 1052 s.; P. GRECO-G. COTTINO, *Della vendita*, 2ª ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Ed. Foro it., 1981, p. 294 s. Diversamente orientato D. RUBINO, *La compravendita*, 2ª ed., in *Tratt. Cicu-Messineo*, XIII, Giuffrè, 1962, p. 851, secondo cui « quando la garanzia è fatta valere in via di domanda riconvenzionale, allora, se è proposta dopo l'anno dalla consegna ... [può] servire solo a paralizzare ... la domanda del venditore per il pagamento del prezzo, ma nulla più... ». In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. un., 13 novembre 2012, n. 19702, in *F. it.*, 2013, I, c. 1261 ed in *AdC*, 2012, p. 170, ai termini della quale la legittimazione del compratore convenuto in giudizio per il pagamento del prezzo ad avvalersi della garanzia nonostante il decorso del termine di prescrizione (art. 1495, comma 3º c.c.) non « può intendersi limitata al caso delle eccezioni; riguarda invece proprio le azioni (riconvenzionali) poiché la garanzia che il compratore può "far valere" implica una pronuncia costitutiva del giudice di riduzione del prezzo o di risoluzione, comportante la modificazione o la caducazione del contratto di vendita »; Cass. 15 luglio 1966, n. 1917, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 93; Trib. Monza 21 febbraio 2007, per esteso in *Pluris*, ai termini della quale « l'azione di garanzia si prescrive in un anno dalla consegna, ma il compratore che sia convenuto per l'esecuzione del contratto può far valere tale diritto in via di eccezione, anche a mezzo di riconvenzionale, anche oltre il termine di prescrizione ivi previsto purché il vizio sia stato denunciato entro otto giorni dalla scoperta e prima del decorso dell'anno dalla consegna » (su questa base è stata accolta la domanda riconvenzionale con cui il compratore aveva chiesto la riduzione del prezzo e il risarcimento del danno).

⁽⁸⁶⁾ Cfr. Cass. 18 dicembre 1999, n. 14284, in *Rep. F. it.*, 1999, *Appalto*, 52; Cass. 11 agosto 1998, n. 7891, in *Rep. F. it.*, 1998, *Appalto*, 48; Trib. Milano 5 giugno 2012, per esteso in *Pluris*; Trib. Bologna 12 gennaio 2011, *ivi*.

eseguita o il risarcimento del danno, resta assoggettato a termini di prescrizione che lo inducono ad agire in giudizio entro breve tempo.

10. — Per verificare la compatibilità della nostra ipotesi con il dato normativo, restano da definire i rapporti tra il recesso e le disposizioni riconducibili alla categoria legislativa della risoluzione « di diritto ».

Si è ricordato che secondo l'opinione prevalente in dottrina il contratto si risolve in sede stragiudiziale solo al verificarsi di una delle fattispecie espressamente previste dalla legge (artt. 1454, 1456, 1457, 1385 c.c.): la parte fedele, altrimenti, è tenuta ad agire in giudizio⁽⁸⁷⁾. Dalla disciplina delle risoluzioni « di diritto » sembra potersi desumere, *a contrario*, l'inammissibilità dello scioglimento stragiudiziale del contratto al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge⁽⁸⁸⁾.

A nostro avviso, invece, tra il recesso e i procedimenti risolutivi codificati non esiste alcuna relazione di incompatibilità. Come la domanda giudiziale (art. 1453, comma 3°, c.c.), il primo preclude con effetto immediato l'attuazione dello scambio, ormai sgradita al contraente deluso. Sempre in sintonia con la domanda giudiziale, il recesso presuppone che l'inadempimento imputabile al destinatario dell'atto sia di « non ... scarsa importanza » (art. 1455 c.c.). Il requisito è delineato dalla legge in modo opportunamente elastico, così da potersi adattare a un fenomeno variegato qual è l'inadempimento. A tale duttilità fa tuttavia riscontro un possibile inconveniente per il contraente che recede: sussiste il rischio che egli venga considerato inadempiente e assoggettato all'applicazione dei conseguenti rimedi se il giudice adito dalla controparte ritiene che l'inadempimento non sia grave.

Qualsiasi iniziativa risolutoria, sia essa assunta in sede giudiziale o stragiudiziale, implica un rischio più o meno elevato: il soggetto che addebita alla controparte il fallimento dell'operazione può risultare egli stesso inadempiente se il giudice ritiene che abbia interrotto ingiustificatamente l'attuazione dello scambio⁽⁸⁹⁾. Ebbene, il recesso e la proposizione di una domanda giudiziale non preceduta dall'intimazione di una diffida comportano un rischio relativamente alto. In entrambi i casi l'attuazione del rapporto risulta preclusa

⁽⁸⁷⁾ V., *supra*, nt. 6.

⁽⁸⁸⁾ Per una valutazione critica di tale argomentazione v., diffusamente, M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione*, cit. nt. 5, p. 65 ss.

⁽⁸⁹⁾ Scarsamente considerato nel contesto italiano, tale aspetto viene invece enfatizzato tanto dalla giurisprudenza francese, quanto da quella statunitense. La prima ammette che a seguito di un inadempimento grave il creditore sia legittimato a sciogliere il contratto per atto unilaterale sia pure agendo « a suo rischio e pericolo »: v., *supra*, nt. 4. In relazione alla seconda, v. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 4th ed., cit. nt. 1, p. 562, il quale cita testualmente la motivazione di una sentenza della Corte Suprema del Michigan: la decisione di sciogliere il contratto « is fraught with peril, for should such determination, as viewed by a later court in the calm of its contemplation, be unwarranted, the repudiator himself will have been guilty of material breach and himself have become the aggressor, not an innocent victim » [*Walker & Co. v. Harrison*, 81 N. W. 2d 352, 355 (Mich. 1957)].

« con effetto immediato » e occorre che l'inadempimento imputabile al debitore sia grave: la vaghezza del criterio incrementa la probabilità che il giudice non condivida la valutazione effettuata dal contraente deluso e — accogliendo la domanda proposta dalla controparte — lo condanni ad adempiere o gli addebiti la risoluzione e il risarcimento.

Per contro, nelle risoluzioni « di diritto » espressamente previste dalla legge il rischio a cui è esposta la parte che pretende di affrancarsi dal vincolo è comparativamente meno elevato: il rapporto, dunque, può essere risolto su basi più sicure di quanto avviene quando la vittima dell'inadempimento intende liberarsi mediante recesso.

La dottrina prevalente e la giurisprudenza identificano i presupposti della *diffida ad adempiere* con quelli della domanda di risoluzione⁽⁹⁰⁾: il contratto si scioglie, dunque, solo se l'inadempimento del diffidato è di non scarsa importanza quando riceve l'atto⁽⁹¹⁾ o, secondo la giurisprudenza, quando scade il termine assegnatogli dal creditore⁽⁹²⁾. In altra sede, si è invece soste-

⁽⁹⁰⁾ Cfr. R. MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Esi, 2012, p. 171 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit. nt. 5, p. 337; G.F. AIELLO, *La giurisprudenza e l'inadempimento di « non scarsa importanza ». Criteri di valutazione e sfera di incidenza dell'art. 1455 cod. civ.*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, II, p. 741; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 6, p. 359 s.; G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento*, cit. nt. 6, p. 324 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., cit. nt. 6, p. 902; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 3ª ed., cit. nt. 5, pp. 624, 655; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 38, p. 260; M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Giappichelli, 1995, p. 297 ss.; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit. nt. 5, p. 325; R. VERDERA SERVER, *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Cedam, 1994, p. 259; M. COSTANZA, in A. LUMINOSO-U. CARNEVALI-M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 19, p. 431 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit. nt. 19, p. 617; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3ª ed., in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, IV, Vallardi, 1980, p. 276; U. NATOLI, voce *Diffida ad adempiere*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, 1964, p. 511. In giurisprudenza v., *ex pluribus*, Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2012, n. 6297, per esteso in *Pluris*; Cass. 29 novembre 2012, n. 21237, *ivi*; Cass. 17 novembre 2010, n. 23207, in *Notariato*, 2011, p. 8; Cass. 18 aprile 2007, n. 9314, in *Mass. G. it.*, 2007, per esteso in *Pluris*; Cass. 13 marzo 2006, n. 5407, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 975, con nota di V. PUTORTI, *Diffida ad adempiere e gravità dell'inadempimento*; Cass. 4 maggio 1994, n. 4275, in *F. it.*, 1995, I, c. 2357; Cass. 20 marzo 1991, n. 2979, in *Mass. G. it.*, 1991, per esteso in *Pluris. Contra*, Cass. 17 agosto 2011, n. 17337, in *Contratti*, 2012, p. 703, con nota critica di N. PIEROTTI, *Diffida ad adempiere e gravità dell'inadempimento*. Per ulteriori riferimenti, si rinvia alle rassegne di C. DE MENECH, *Diffida ad adempiere e risoluzione « di diritto » ex art. 1454 c.c.*, in *Contratti*, 2013, p. 703 ss.; G.F. BASINI, *L'importanza dell'inadempimento e la diffida ad adempiere*, *ivi*, 1995, p. 549 ss.; P. SCHIMPERNA, *L'importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto*, in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 511 ss.

⁽⁹¹⁾ Cfr. C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, Giappichelli, 1997, p. 165; M. COSTANZA, in A. LUMINOSO-U. CARNEVALI-M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 19, p. 435 ss.

⁽⁹²⁾ Cfr. Cass. 18 aprile 2007, n. 9314; Cass. 20 marzo 1991, n. 2979; Cass. 13 agosto 1985, n. 4436; Cass. 7 luglio 1986, n. 4425; Cass. 12 dicembre 1983, n. 7335; Cass. 9 giugno 1983, n. 3980, tutte in *Mass. G. it.*, per esteso in *Pluris*. Nello stesso senso, in dottrina, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit. nt. 5, p. 337; G.F. BASINI, *L'importan-*

nuto che la risoluzione si produce anche se l'inadempimento del diffidato non è grave, purché esso interessi una prestazione di rilevanza non secondaria nell'economia del contratto⁽⁹³⁾: posizione che appare in sintonia con opinioni dottrinali minoritarie ma autorevoli⁽⁹⁴⁾.

Il recesso e la domanda di risoluzione precludono l'attuazione del rapporto contrattuale con effetto immediato. Coerentemente, essi presuppongono che l'inadempimento abbia pregiudicato gravemente l'interesse del creditore: solo in presenza di tale requisito è giustificato il ricorso a uno strumento che impedisce al debitore di recuperare il rapporto. La diffida, invece, comporta l'assegnazione di un congruo termine entro il quale l'intimato può scongiurare la risoluzione eseguendo la prestazione dovuta o correggendo quella effettuata. La scelta di avvalersi della diffida compiuta dal creditore implica, dunque, che il suo interesse per l'attuazione del rapporto non sia stato gravemente compromesso: se infatti la controparte adempie nel termine assegnatole, egli deve ricevere la prestazione ed eseguire la controprestazione.

Come si osserva in dottrina⁽⁹⁵⁾, inoltre, la diffida ha la funzione superare l'incertezza che si produce a seguito del verificarsi dell'inadempimento e di definire rapidamente la sorte del rapporto contrattuale. Durante la mora, il creditore non sa se il debitore è in condizione di eseguire la prestazione in un tempo compatibile con la soddisfazione dell'interesse che lo ha indotto a contrarre, e il debitore non sa se, e fino a quale momento, il creditore è disposto ad accettare la prestazione tardivamente offertagli. L'intimazione della diffida consente di governare questa situazione di paralizzante incertezza: scaduto il termine intimato alla controparte senza che la prestazione sia stata eseguita il diffidante può operare assumendo per certo lo scioglimento del rapporto, mentre il diffidato sa di aver perso qualsiasi possibilità di recuperarlo e di pretendere l'attuazione dello scambio. Ebbene, se la risoluzione fosse subordinata alla gravità dell'inadempimento la diffida non potrebbe svolgere efficacemente tale funzione: anche a seguito della scadenza del termine resterebbe un elevato grado di incertezza in ordine alla sorte del rapporto, essendo sem-

tanza dell'inadempimento, cit. nt. 90, p. 553; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit. nt. 19, p. 617; A. GUARINO, *La diffida ad adempiere e la gravità dell'inadempimento*, in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, II, Utet, 1960, p. 971.

⁽⁹³⁾ V., volendo M. DELLACASA, *Offerta tardiva della prestazione*, cit. nt. 5, p. 526 ss.; Id., *La diffida ad adempiere*, nel *Tratt. Roppo*, V, *Rimedi-2*, cit. nt. 5, p. 284 ss.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Giuffrè, 1992, p. 118 ss.; G. AULETTA, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1955, p. 656 ss. In una posizione per così dire « intermedia » si collocano gli autori che pur affermando la necessità di verificare la gravità dell'inadempimento osservano che difficilmente il requisito può ritenersi mancante a seguito della scadenza del termine intimato con la diffida: cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, 2010, p. 72; G.F. BASINI, *L'importanza dell'inadempimento*, cit. nt. 90, p. 553; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, 3ª ed., Giuffrè, 1975, pp. 105 s., 108.

⁽⁹⁵⁾ Si allude nuovamente a G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento*, cit. nt. prec., p. 118 ss.

pre possibile che la valutazione del diffidante non sia condivisa dal diffidato e dal giudice da lui adito.

L'opinione qui sostenuta trova riscontro nel testo dei principi internazionali. Il creditore può risolvere il contratto con effetto immediato, mediante un atto stragiudiziale assimilabile al recesso, solo se l'inadempimento è essenziale⁽⁹⁶⁾: un requisito sovrapponibile a quello della « non ... scarsa importanza » previsto dalla legislazione italiana (art. 1455 c.c.). Anche quando l'inadempimento *non* è essenziale, tuttavia, il contratto può essere risolto se il contraente deluso assegna alla controparte un congruo termine, che scade senza che la prestazione sia stata eseguita⁽⁹⁷⁾: è evidente l'analogia tra tale procedimento e la struttura giuridica della diffida ad adempiere. Nemmeno assegnando alla controparte un termine supplementare, tuttavia, è possibile pervenire alla risoluzione quando l'inadempimento interessa una prestazione di rilevanza marginale nell'economia del contratto⁽⁹⁸⁾.

In quest'ottica è possibile integrare armonicamente il profilo formale con quello procedimentale. La volontà di risolvere il contratto con effetto immediato deve essere manifestata in modo univoco, ma non rivestita da una forma particolare: all'atto di recesso redatto dal contraente deluso equivalgono comportamenti concludenti quali il rifiuto della prestazione tardiva e la conclusione, comunicata alla controparte, di un contratto sostitutivo. La mancanza di una qualsiasi prescrizione in ordine alla forma dell'atto non costituisce una lacuna, dovuta al fatto che la figura non è espressamente disciplinata dalla legge. Essa è giustificata dal ruolo della parte inadempiente, che assume rispetto a quella fedele una posizione puramente passiva: può solo prendere atto della volontà di non attuare il rapporto alterato senza avere alcuna possibilità di recuperarlo, sicché è sufficiente che la comunicazione sia univoca.

Il diffidato, per contro, è sollecitato ad attivarsi per adempiere e rendere così possibile l'attuazione dello scambio. L'intimazione lo può indurre a sostenere costi che rischiano di rivelarsi inutili se in un secondo tempo la controparte rifiuta la prestazione. A tutela della sua posizione — e per favorire una definizione sicura della sorte del rapporto — la legge prevede, allora, i requisiti della forma scritta e della congruità del termine (art. 1454 c.c.). Il diffidato sa che se eseguirà esattamente la prestazione entro il termine assegnatogli avrà evitato la risoluzione e potrà esigere il pagamento del corrispettivo; la forma scritta richiesta dalla legge offre a tale pretesa un più solido fondamento probatorio.

In linea con tale ricostruzione è l'assetto dei sistemi anglosassoni, in cui si ammette che la parte interessata a liberarsi dal vincolo con effetto immediato possa manifestare liberamente, purché in modo univoco, la volontà di non attuare il contratto. Non essendo previsto un procedimento articolato sulla base

⁽⁹⁶⁾ Cfr. art. 9:301 PECL; art. 7.3.1(1) PICC; art. 3:502 DCFR.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. art. 8:106(3) PECL; art. 7.1.5(3) PICC; art. 3:503 DCFR.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. art. 7.1.5(4) PICC.

di atti formali (*no formal machinery*)⁽⁹⁹⁾, alla dichiarazione risolutoria stragiudiziale vengono equiparati il rifiuto della prestazione offerta con grave ritardo (o gravemente inesatta) e la conclusione di un contratto sostitutivo portata a conoscenza della parte inadempiente. In questo ambito, l'assegnazione di un termine al debitore (*notice*) avviene su base volontaria: essa ha la funzione di offrire alla risoluzione un fondamento più sicuro, riducendo il rischio gravante sull'autore dell'intimazione⁽¹⁰⁰⁾.

Anche la stipulazione di una *clausola risolutiva espressa* limita il rischio a cui si espone il soggetto interessato allo scioglimento del contratto (art. 1456 c.c.). Redigendo la clausola, le parti sostituiscono il parametro legale della gravità dell'inadempimento con un criterio convenzionale più preciso e analitico, oltre che maggiormente aderente alla fisionomia dell'operazione economica. Il contraente fedele, dunque, può ottenere la risoluzione su basi più sicure, mentre l'inadempimento imputabile alla controparte non deve essere necessariamente grave.

La risoluzione conseguente alla scadenza del *termine essenziale* (art. 1457 c.c.) riduce parimenti il rischio gravante sul creditore, che una volta spirato il termine si affranca dal vincolo senza che l'offerta tardiva della prestazione possa rimettere in gioco lo scambio e costringerlo ad attuarlo. L'essenzialità del termine, in altre parole, consente al creditore di operare con sicurezza nella prospettiva della risoluzione: la prestazione offerta dopo la sua scadenza può essere rifiutata a prescindere dall'obiettiva entità del ritardo.

Se dunque, come noi riteniamo, si ammette che il contraente deluso dal verificarsi di un inadempimento grave sia legittimato a recedere, le risoluzioni « di diritto » espressamente previste dalla legge conservano un'importante funzione: esse limitano il rischio inerente all'iniziativa risolutoria, rendendo più sicuro lo scioglimento del contratto.

11. — L'esigenza di consentire alla parte fedele di liberarsi dal rapporto alterato senza ricorrere al giudice viene percepita con particolare intensità sul terreno dei contratti di durata e ad esecuzione prolungata. In questo ambito, il protrarsi dell'inadempimento nel corso del processo rischia di cagionare un pregiudizio che può risultare difficile da valutare e, di conseguenza, da compensare adeguatamente: si pensi a un servizio di pulizia prestato con trascuratezza a favore di un'impresa i cui locali sono regolarmente frequentati dalla clientela, o alla negligenza di un medico che pregiudica la reputazione di una clinica privata. Talvolta, la prestazione ineseguita o male eseguita ha una rilevanza determinante nella sfera organizzativa e aziendale del creditore, come può avvenire nell'ipotesi in cui un imprenditore si avvalga di servizi di consulenza e agenzia per avviare un'attività in un nuovo mercato. La vittima del-

⁽⁹⁹⁾ Così G. TREITEL, *Comparative Remedies for Breach of Contract*, cit. nt. 2, p. 334.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. G. TREITEL, *Comparative Remedies for Breach of Contract*, cit. nt. 2, p. 336 s.; H. BEALE, *Remedies for Breach of Contract*, cit. nt. 2, p. 109 s.

l'inadempimento, dunque, ha un interesse particolarmente intenso a liberarsi tempestivamente dal vincolo e a concludere un contratto sostitutivo che soddisfi in tempi rapidi le esigenze sottese alla stipulazione dell'accordo inattuato.

Come è evidente, la risoluzione per atto unilaterale si presta meglio di quella giudiziale a favorire la realizzazione di tale interesse. Il contraente deluso si libera immediatamente dal rapporto alterato, la cui prosecuzione anche provvisoria rischia di pregiudicarlo irrimediabilmente, e — liberate le risorse originariamente destinate alla sua attuazione — può limitare le conseguenze negative dell'inadempimento concludendo un contratto sostitutivo. La risoluzione stragiudiziale, dunque, può comportare un vantaggio per la stessa parte inadempiente, che grazie all'iniziativa tempestivamente assunta dal contraente deluso è tenuta a risarcire un danno inferiore.

Non sorprende, allora, che la legittimazione a recedere per giusta causa sia prevista dalla legge soprattutto in relazione a rapporti di durata (artt. 24, comma 3°; 1845, comma 1°; 2119; 2237, comma 2°; 2285, comma 2°, c.c.), e che muovendo dagli artt. 2219 e 1671 c.c. la giurisprudenza riconosca analogo legittimazione al preponente e al committente, parti di contratti di durata (agenzia) e ad esecuzione prolungata (appalto) ⁽¹⁰¹⁾.

Non manca un riscontro comparatistico. Nonostante il sistema normativo resti indirizzato verso la manutenzione del rapporto, nella giurisprudenza francese si delinea un orientamento favorevole ad ammettere la risoluzione per atto unilaterale: se l'inadempimento è grave, il creditore è legittimato a sciogliere stragiudizialmente il contratto « a proprio rischio e pericolo », essendo sempre possibile che la controparte agisca nei suoi confronti esigendo l'adempimento o addebitandogli la risoluzione e il risarcimento del danno ⁽¹⁰²⁾.

Si delinea, così, una tendenza antagonista a quella indirizzata verso la conservazione del vincolo. In passato, essa si manifestava nell'alterazione della fisionomia dell'eccezione di inadempimento, che da rimedio dilatorio veniva applicata, con funzione « perentoria », per giustificare il definitivo rifiuto di adempiere ⁽¹⁰³⁾. L'ammissibilità della risoluzione unilaterale ora riconosciuta dalla giurisprudenza denota che anche un sistema orientato verso la conservazione del contratto come quello francese può essere interessato da reazioni di rigetto contro la dilatazione del ricorso al processo imposta dalla legge. Anche in questo ambito, quando il contraente deluso non è interessato ad esercitare un'azione di condanna, ma — almeno in prima battuta — intende solo affrancarsi dal rapporto contrattuale, si ammette che possa manifestare tale pretesa in sede stragiudiziale. In una prima fase ottenuto alterando i contorni dell'eccezione di inadempimento, tale risultato viene ora rag-

⁽¹⁰¹⁾ V., *supra*, § 5.

⁽¹⁰²⁾ Per i riferimenti giurisprudenziali v., *supra*, nt. 4.

⁽¹⁰³⁾ V., *supra*, nt. 36.

giunto riconoscendo apertamente alla parte fedele la legittimazione a liberarsi dal vincolo per atto unilaterale. L'orientamento è tanto più significativo quanto contrastante con il dato normativo: infatti, mentre l'art. 1453 c.c. si limita a regolare il rapporto tra la risoluzione e gli altri rimedi esperibili dal contraente deluso, l'art. 1184 *Code civil* prevede a chiare lettere che la risoluzione debba essere domandata al giudice.

Se dunque l'esperienza francese conferma l'opportunità di un ridimensionamento selettivo del ricorso al processo, dalla lettura delle motivazioni si ricava che la risoluzione unilaterale è rispettivamente praticata (dalle parti) ed ammessa (dai giudici) in relazione a contratti di durata o ad esecuzione prolungata ⁽¹⁰⁴⁾. Risulta confermato che su questo terreno la necessità di consentire alla parte fedele di affrancarsi tempestivamente dal rapporto di scambio viene sentita in modo pressante: il presupposto dell'urgenza, che un orientamento meno recente deduceva a fondamento della risoluzione unilaterale ⁽¹⁰⁵⁾, sembra riemergere, « rimodulato », nella selezione dei rapporti contrattuali suscettibili di essere sciolti per atto di parte.

12. — Il quadro cambia radicalmente se si considerano gli effetti che la risoluzione produce sul piano restitutorio e risarcitorio. Se le parti non si accordano in ordine alle restituzioni e al risarcimento — nel qual caso tanto la risoluzione, quanto i suoi effetti sono definiti per via transattiva — il creditore deve necessariamente esercitare un'azione di condanna; ma la condanna del debitore alle restituzioni e al risarcimento presuppone l'accertamento giudi-

⁽¹⁰⁴⁾ Tra le sentenze cit. *supra*, nt. 4, cfr. Cass. 3^{ème} civ. 9 octobre 2013, n. 12-23.379 (contratto di appalto avente ad oggetto la costruzione di un edificio); Cass. com. 1^{er} octobre 2013, n. 12-20.830 (contratto di subappalto); Cass. com. 10 juillet 2012, n. 11-20.060 (appalto avente ad oggetto la prestazione di un servizio informatico); Cass. 1^{ère} civ. 20 octobre 2011, n. 10-19.878 (appalto di servizi di sorveglianza); Cass. com. 27 septembre 2011, n. 10-25.242 (appalto avente ad oggetto la realizzazione di pannelli pubblicitari); Cass. 1^{ère} civ. 17 juin 2010, n. 09-68.021 (contratto di lavoro intercorrente tra una clinica specializzata nella cura delle malattie mentali e un medico psichiatra); Cass. com. 7 avril 2010, n. 06-15.590 (licenza di brevetto); Cass. 3^{ème} civ. 28 octobre 2009, n. 08-16.758 (contratto di locazione); Cass. com. 10 février 2009, n. 08-12.415 (contratto misto avente ad oggetto la locazione e la manutenzione di apparecchiature tessili); Cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 2007, n. 06-12.426 (contratto di lavoro intercorrente tra un medico e una clinica privata); Cass. 1^{ère} civ. 13 mars 2007, n. 06-10.229 (contratto di lavoro intercorrente tra un medico e una clinica privata); Cass. com. 13 décembre 2005, n. 04-13.374 (contratto di apertura di credito); Cass. com. 4 février 2004, n. 99-21.480 (contratto intercorrente tra una banca ed una società esercente impianti di distribuzione di carburante per la realizzazione di carte di credito destinate ad essere utilizzate dagli automobilisti clienti della società); Cass. 1^{ère} civ. 28 octobre 2003, n. 01-03.662 (contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi di consulenza ed assistenza commerciale a favore di una società); Cass. 1^{ère} civ. 20 février 2001, n. 99-15.170 (contratto di durata triennale avente ad oggetto la prestazione di servizi di consulenza); Cass. 1^{ère} civ. 13 octobre 1998 (contratto di lavoro intercorrente tra un medico e una clinica privata).

⁽¹⁰⁵⁾ Su tale indirizzo v., per tutti, T. GENICON, *La résolution du contrat*, cit. nt. 4, p. 398.

ziale della risoluzione. Poco importa che quest'ultima si sia prodotta prima dell'avvio del processo (artt. 1454, 1456, 1457 c.c.), per poi essere dichiarata dal giudice, o che sia stata domandata dal creditore allegando un inadempimento di non scarsa importanza (art. 1455 c.c.) e pronunciata con sentenza costitutiva. In entrambi i casi la risoluzione opera retroattivamente, e la sentenza costituisce il presupposto necessario delle azioni di condanna che conseguono allo scioglimento del rapporto.

In questa prospettiva, perde significato l'antitesi tra azione costitutiva (riscontrabile nella risoluzione giudiziale) e dichiarativa (ravvisabile quando si chiede l'accertamento della risoluzione « di diritto »): una contrapposizione tuttora diffusa in dottrina e valorizzata dalla giurisprudenza — per esigenze di economia argomentativa — allo scopo di giustificare soluzioni che sarebbe preferibile motivare diversamente ⁽¹⁰⁶⁾.

Più rilevante la circostanza che la risoluzione prelude all'esercizio di un'azione di condanna. Se la parte delusa ha interesse ad ottenere la restituzione della prestazione eseguita e il risarcimento del danno è indotta ad agire in giudizio domandando la risoluzione. Se invece vuole esclusivamente affrancarsi dal vincolo per tornare libera di operare sul mercato non è razionale imporle il ricorso al processo: potrà manifestare la pretesa risolutoria in sede stragiudiziale. Sarà allora la controparte a valutare la fondatezza della scelta di non attuare il rapporto e l'opportunità di esercitare un'azione di condanna (adempimento coattivo; risoluzione del contratto con addebito del risarcimento del danno).

Se si ammette che la parte delusa possa manifestare stragiudizialmente la volontà di risolvere il contratto, il ricorso al processo risulta opportunamente limitato alle situazioni in cui si rende effettivamente necessario: quelle in cui almeno uno dei due contraenti abbia interesse ad esercitare nei confronti dell'altro un'azione di condanna. La soluzione trova riscontro, sul piano normativo, nella categoria delle risoluzioni « di diritto » (artt. 1454, 1456, 1457 c.c.): esse consentono al creditore di liberarsi dal vincolo in sede stragiudiziale, inducendo il debitore a valutare l'opportunità di agire in giudizio per domandare l'adempimento o, in alternativa, la risoluzione e il risarcimento del danno. Lo stesso schema si riscontra nelle figure atipiche di risoluzione stragiudiziale elaborate dalla giurisprudenza ⁽¹⁰⁷⁾. Così, legittimando il creditore a rifiutare la prestazione offertagli con grave ritardo o il cliente a rifiutare definitivamente il pagamento dell'onorario pattuito, si intende rimettere alla controparte la valutazione in ordine all'opportunità di agire in giudizio: con la conseguenza di limitare il ricorso al processo alla situazione in cui almeno una delle due parti sia interessata ad esercitare un'azione di condanna.

⁽¹⁰⁶⁾ V., volendo, M. DELLACASA, *Caparra confirmatoria e disponibilità dell'effetto risolutorio*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 642 s.; Id., *Il giudizio di risoluzione*, cit. nt. 38, p. 265.

⁽¹⁰⁷⁾ V., *supra*, §§ 4, 5.

In questa sede, per superare la frammentarietà di tali soluzioni, abbiamo sostenuto che a seguito di un inadempimento grave la parte fedele è legittimata ad affrancarsi dal rapporto contrattuale con effetto immediato mediante un atto stragiudiziale assimilabile al recesso: il diritto che l'art. 1455 c.c. riconosce al contraente deluso può ben essere esercitato in sede stragiudiziale, se il suo titolare non è interessato ad ottenere una pronuncia di condanna. L'art. 1453 c.c., infatti, non impone indiscriminatamente l'esercizio giudiziale del rimedio risolutorio, ma si limita a regolare i suoi rapporti con l'adempimento coattivo e il risarcimento del danno.

A ben vedere, il regime così ricostruito è in linea con quello della maggior parte dei rimedi contrattuali, essendo eccezionale che il legislatore imponga alla parte protetta l'onere di agire in giudizio per ottenere la semplice liberazione dal vincolo.

La nullità può essere eccepita senza limiti di tempo per contrastare l'azione di adempimento, mentre l'eccezione di annullabilità è sottratta alla prescrizione quinquennale che condiziona l'esercizio della corrispondente azione (art. 1442, comma 4°, c.c.). La risoluzione per impossibilità sopravvenuta opera automaticamente (o, nel caso di impossibilità parziale, in conseguenza del recesso), sicché può essere sempre eccepita per contrastare l'esercizio dell'azione di adempimento.

L'onere di agire tempestivamente in giudizio per ottenere la semplice liberazione dal vincolo si riscontra, invece, nel regime di due rimedi affatto particolari: la rescissione e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. La prescrizione annuale colpisce anche l'eccezione di rescissione, sicché la parte protetta è tenuta ad agire tempestivamente (art. 1449, comma 2°, c.c.); si ritiene, poi, che il contraente onerato non possa rifiutare senz'altro l'esecuzione della prestazione, ma sia tenuto a domandare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta per evitare di essere considerato inadempiente ed assoggettato all'applicazione dei conseguenti rimedi⁽¹⁰⁸⁾. In entrambi i casi, tuttavia, la tutela offerta dalla legge è condizionata al verificarsi di presupposti esterni al contratto (stato di pericolo o di bisogno; circostanze straordinarie e imprevedibili) e a valutazioni di ordine quantitativo (condizioni inique o lesione *ultra dimidium*; squilibrio eccedente l'alea normale): aspetti la prova dei quali è così delicata ed evanescente da rendere necessario un sollecito accertamento giudiziale.

La qualificazione dell'azione di risoluzione come dichiarativa o costitutiva — si potrebbe obiettare — diviene rilevante quando per ragioni di carattere processuale il giudice non considera nel merito la fondatezza della domanda. Secondo un diffuso punto di vista, infatti, ogni qualvolta il processo non termina con la pronuncia di una sentenza costitutiva che accoglie l'azione il sinallagma permane e l'attore può esigerne l'attuazione: sicché quando il pro-

(108) Sul punto cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., cit. nt. 6, p. 956.

cesso si estingue o la domanda di risoluzione viene rigettata « in rito » il creditore resterebbe legittimato ad esigere l'adempimento ⁽¹⁰⁹⁾.

A nostro parere, invece, è giustificata una conclusione diversa, in relazione alla quale la qualificazione dell'azione di risoluzione risulta parimenti irrilevante. Se la domanda non viene considerata nel merito a causa dell'estinzione del processo o perché rigettata « in rito », il contraente che l'ha proposta non può esigere l'adempimento ⁽¹¹⁰⁾. La preclusione prevista dall'art. 1453,

⁽¹⁰⁹⁾ V., pur con accenti diversi, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 2ª ed., cit. nt. 5, p. 330 s.; G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento*, cit. nt. 6, p. 109 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit. nt. 19, p. 614; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3ª ed., in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, IV, Vallardi, 1980, p. 275; G. AULETTA, *Domanda di risoluzione e domanda di adempimento (in via principale e in via subordinata) e questioni sull'importanza dell'inadempimento*, in *G. it.*, 1956, I, 1, c. 481 ss.; L. MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 38, p. 241 s. In giurisprudenza, cfr. Cass. 11 maggio 1996, n. 4444, in *Corr. giur.*, 1996, p. 898, con nota di U. CARNEVALI, *Domanda di adempimento dopo quella di risoluzione: divieto assoluto o relativo?*, ed in *Nuova g. civ. comm.*, 1997, p. 742, con nota di M.G. CUBEDDU, *Divieto di domanda di adempimento e interesse del creditore*; Cass. 9 febbraio 1995, n. 1457 (*obiter*), in *G. it.*, 1996, I, 1, c. 1150, con nota di M. LASCIALFARI, *Sul mutamento della domanda giudiziale ex art. 1453, comma 2º c.c.*; Cass. 9 dicembre 1988, n. 6672 (*obiter*), in *Mass. G. it.* 1988, per esteso in *Pluris*; Cass. 25 novembre 1983, n. 7078, in *Rep. F. it.*, 1983, *Contratto in genere*, 310; Cass. 16 maggio 1962, n. 1093, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1673; App. Cagliari 28 giugno 1991, in *R. giur. sarda*, 1993, p. 323. Non solo: la domanda di risoluzione non accolta interrompe il termine di prescrizione dell'azione di adempimento. Cfr. Cass. 27 dicembre 2010, n. 26152, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1579, con nota di C. ABATANGELO, *Divieto di proporre domanda di adempimento una volta chiesta la risoluzione: la Cassazione opera il regolamento di confini*; Cass. 29 novembre 2001, n. 15171, in *Mass. G. it.*, 2001, per esteso in *Pluris*. Diversamente orientate altre sentenze, in base alle quali a seguito dell'estinzione del processo di risoluzione il creditore non sarebbe legittimato a chiedere l'adempimento: cfr. Cass. 29 aprile 1998, n. 4361, in *Mass. G. it.*, 1998, per esteso in *Pluris* (rinuncia all'azione di risoluzione); Cass. 23 novembre 1979, n. 6134, in *G. it.*, 1979, I, 1, c. 560 (estinzione del processo).

⁽¹¹⁰⁾ Se invece la domanda viene rigettata in quanto infondata nel merito, il creditore resta legittimato a esigere l'adempimento: siccome il giudice ha positivamente accertato che non sussistono i presupposti della risoluzione, ciascuno dei contraenti può pretendere l'attuazione dello scambio. Condividiamo qui l'opinione di R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 3ª ed., cit. nt. 5, p. 648; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit. nt. 5, p. 353 ss.; A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 8, p. 309. Anche in giurisprudenza si ritiene che il creditore sia legittimato ad esercitare l'azione di adempimento a seguito del rigetto nel merito della domanda di risoluzione: cfr. Cass. 27 dicembre 2010, n. 26152, cit. nt. prec. Altri autori ritengono che la preclusione sia autonoma dall'esito della vicenda processuale, sicché l'azione di adempimento sarebbe inammissibile anche nel caso di rigetto nel merito della domanda di risoluzione. Secondo questa opinione, l'esigenza di tutelare l'affidamento del debitore permane anche qualora egli abbia contestato efficacemente la domanda, dimostrandone l'infondatezza: cfr. M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 6, p. 668 ss.; U. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. nt. 19, p. 88 s.; Id., *Domanda di adempimento dopo quella di risoluzione: divieto assoluto o relativo?*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 899 s.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rime-di*, cit. nt. 94, p. 63 s.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 28, p. 1748; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, 1, Cedam, 2004,

comma 2°, c.c. resiste anche al di fuori del processo intrapreso con l'esercizio dell'azione di risoluzione, potendo essa essere eliminata solo da una sentenza che — considerando il merito della domanda — accerti se sussistono o non sussistono le condizioni per applicare il rimedio. In assenza di una valutazione giudiziale sul fondamento della domanda, che « assorbirebbe » il suo effetto preclusivo, permane l'esigenza di tutelare l'affidamento del debitore nello scioglimento del rapporto. È onere del contraente che ha chiesto la risoluzione, inoltre, realizzare le condizioni perché il processo pervenga a una decisione di merito: se non lo soddisfa, è ragionevole che sopporti gli inconvenienti della sua negligenza condotta processuale.

La conclusione appare giustificata tanto se a fondamento dell'azione è stata semplicemente allegata la gravità dell'inadempimento (artt. 1453, 1455 c.c.), quanto se è stata dedotta l'intimazione di una diffida ad adempiere, la stipulazione di una clausola risolutiva espressa, la scadenza di un termine essenziale (artt. 1454, 1456, 1457 c.c.). In entrambe le ipotesi, se la domanda di risoluzione non è stata considerata « nel merito » il debitore successivamente convenuto in giudizio con un'azione di adempimento può eccepirne l'inammissibilità deducendo la violazione della preclusione prevista dal capoverso dell'art. 1453 c.c. Rispetto a tale valutazione, nessun rilievo assume il carattere dichiarativo o costitutivo dell'azione: la soluzione è la stessa tanto nella prospettiva della risoluzione giudiziale, quanto nell'ottica della risoluzione « di diritto ». Ciò che rileva è sotto il profilo esegetico la resistenza della preclusione fino al momento in cui sia stata pronunciata una sentenza che considera il merito della domanda; sotto il profilo funzionale, la considerazione per cui è onere della parte che chiede la risoluzione assicurare la sussistenza delle condizioni perché la fondatezza dell'azione possa essere valutata nel merito.

In questa prospettiva, sembra trovare riscontro una considerazione già espressa per sostenere che la parte delusa è legittimata a liberarsi dal vincolo mediante recesso ⁽¹¹¹⁾. L'art. 1453 c.c. non disciplina la figura « generale » di risoluzione — quella giudiziale — in antitesi alla categoria « speciale » della risoluzione di diritto: la disposizione regola, invece, l'azione di risoluzione, si sia essa prodotta in sede processuale o stragiudiziale, nei suoi rapporti con gli altri rimedi esperibili dal contraente deluso.

p. 567; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 38, p. 239; R. TRIOLA, *In tema di rapporti tra domanda di risoluzione e domanda di adempimento*, in *Giust. civ.*, 1993, p. 1625; A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, cit. nt. 38, p. 33. Sensibile all'esigenza di tutelare l'affidamento del debitore anche A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit. nt. 38, p. 141: il debitore che a seguito del rigetto della domanda di risoluzione fosse convenuto in giudizio per l'adempimento potrebbe eccepire che la prestazione è divenuta impossibile a causa dell'iniziativa risolutoria infondata promossa dal creditore. Più sfumata la posizione di G. SCALFI, voce *Risoluzione del contratto*, cit. nt. 19, p. 9 s.: rigettata nel merito la domanda di risoluzione o estinto il relativo giudizio, la pretesa del creditore di conseguire l'adempimento non sarebbe senz'altro inammissibile, ma dovrebbe essere valutata alla stregua del canone della buona fede.

⁽¹¹¹⁾ V., *supra*, § 8.