

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PISA
TESI DI DOTTORATO IN DIRITTO PRIVATO

**CONTRATTUALITÀ DELLE RESTITUZIONI NELLA RISOLUZIONE PER
INADEMPIMENTO**

Candidato
Dott. Luca Guerrini

Tutor
Prof. Andrea D'Angelo

Ai miei genitori e a Marco

INDICE-SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

GLI EFFETTI DELLA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO TRA LE PARTI: LA RETROATTIVITÀ TRA RIMOZIONE E CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO

1. Il problema
2. La disciplina degli effetti della risoluzione per inadempimento nel codice vigente: gli artt. 1453 e 1458
3. *a)* L'effetto liberatorio: rilevanza della distinzione tra obbligazioni principali (o corrispettive), obbligazioni secondarie (o eventuali) e "altri vincoli"
4. *b)* La rimozione della situazione di fatto e di diritto generata dal contratto risolto: cancellazione dell'effetto reale e restituzioni
5. *Segue.* La risoluzione parziale
6. Retroattività e decorrenza degli effetti di liberazione e rimozione dello stato di fatto e di diritto generato dal contratto
7. *Segue.* Fase di pendenza e clausola generale di buona fede: rilevanza delle obbligazioni (accessorie) di conservazione, custodia e diligente amministrazione della prestazione da restituire
8. *c)* Il risarcimento del danno da risoluzione
9. Varietà e complessità del fenomeno risolutorio: definizione dell'oggetto della ricerca

CAPITOLO SECONDO

RIPETIZIONE DELL'INDEBITO E ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA QUALI FONTI DELLE OBBLIGAZIONI RESTITUTORIE DI DARE E FARE?

1. Il problema
2. La ripetizione dell'indebito quale fonte delle obbligazioni restitutorie di dare e fare
3. La tesi prevalente è debole? L'insufficienza dell'argomento letterale
4. *Segue.* L'art. 1463 c.c.: «rinvio normativo» o «mero richiamo» al principio causalistico?

5. Il difficile rapporto tra ripetizione dell'indebito e risoluzione nell'individuazione dello stato di buona o mala fede dell'*accipiens*
6. *Segue*. Gli «adattamenti» proposti nelle elaborazioni di dottrina e giurisprudenza
7. Ancora sulle contraddizioni del rapporto tra ripetizione dell'indebito e risoluzione per inadempimento
8. Ripetizione dell'indebito e arricchimento senza causa quali fonti (rispettivamente) delle obbligazioni restitutorie di dare e fare
9. *Segue*. Punti di criticità: sussidiarietà dell'azione ed indennizzo
10. Spunti conclusivi

CAPITOLO TERZO

ALLA RICERCA DI NUOVE REGOLE RESTITUTORIE: NELLA COMPRAVENDITA ...

1. Dalla *pars destruens* alla *pars costruens*
2. Il cuore dell'indagine
3. Gli effetti restitutori della risoluzione del contratto di compravendita (art. 1493, c. 1, c.c.): restituzione del prezzo e restituzione della *res tradita*
4. *Segue*. L'art. 1493, c. 2, c.c.: non va restituita la *res tradita* che nel corso del giudizio perisce per i vizi
5. L'art. 1492, c. 3., prima proposizione, c.c.: neppure va restituita la *res tradita* che perisce per i vizi ancor prima del giudizio
6. *Segue*. L'art. 1492, c. 3., seconda proposizione, c.c.: restituzione per equivalente della prestazione viziata
7. *Segue*. Il criterio del «valore contrattuale»
8. Restituzione per equivalente della prestazione non viziata: il criterio del «prezzo contrattuale»
9. Vecchie e nuove restituzioni «*in action*»

CAPITOLO QUARTO

... E NEI CONTRATTI PER L'ESECUZIONE DI OPERE O SERVIZI.
IDEE PER UNA RICOSTRUZIONE

1. Generalità o specialità delle regole individuate?

2. Gli effetti restitutori della risoluzione del contratto di appalto d'opera
3. *Segue*. In particolare: restituzione della prestazione di fare
4. *Segue*. Infine: costruzione, restituzione e demolizione di un bene immobile
5. Appalto di servizi, contratto d'opera e contratto del professionista intellettuale
6. Idee per una ricostruzione
7. Alcuni significativi riscontri: risoluzione e restituzioni nel "diritto privato europeo" ...
8. *Segue*. ... nella riforma dello *Schuldrecht* ...
9. *Segue*. ... e nelle elaborazioni in divenire: *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* e *Draft Common Frame of Reference*

Bibliografia

CAPITOLO PRIMO

GLI EFFETTI DELLA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO TRA LE PARTI: LA RETROATTIVITA' TRA RIMOZIONE E CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Il problema. - 2. La disciplina degli effetti della risoluzione per inadempimento nel codice vigente: gli artt. 1453 e 1458 - 3. a) L'effetto liberatorio: rilevanza della distinzione tra obbligazioni principali (o corrispettive), obbligazioni secondarie (o eventuali) e "altri vincoli". - 4. b) La rimozione della situazione di fatto e di diritto generata dal contratto risolto: cancellazione dell'effetto reale e restituzioni. - 5. *Segue*. La risoluzione parziale. - 6. Retroattività e decorrenza degli effetti di liberazione e rimozione dello stato di fatto e di diritto generato dal contratto. - 7. *Segue*. Fase di pendenza e clausola generale di buona fede: rilevanza delle obbligazioni (accessorie) di conservazione, custodia e diligente amministrazione della prestazione da restituire. - 8. c) Il risarcimento del danno da risoluzione. - 9. Varietà e complessità del fenomeno risolutorio: definizione dell'oggetto della ricerca.

1. Il problema

A fronte dell'inadempimento di un contraente, l'art. 1453 c.c. offre alla parte cd. fedele due possibili strade: la via della domanda di adempimento, che è azione che mira ad attuare il contratto sul presupposto del suo mantenimento, e la via della domanda di risoluzione, che è rimedio volto ad eliminare il rapporto contrattuale¹.

La dottrina, che pur sottolinea che questi rimedi hanno in comune la finalità di assicurare o ristabilire l'equilibrio patrimoniale delle parti, è solita distinguerli classificando l'azione di adempimento e quella di

¹ Per tutti si veda V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 955.

risoluzione, rispettivamente, tra le tecniche di conservazione e di rimozione del contratto².

Questo studio - avente ad oggetto un'indagine dei profili restitutori conseguenti alla risoluzione del contratto per inadempimento - muove da una prospettiva che rappresenta, al contempo, un'ipotesi di lavoro alla cui verifica è tesa la ricerca posta alla base di questa ricognizione. L'idea è la seguente: vagliare criticamente se la dicotomia di cui s'è detto poc'anzi risulti ancora attuale, ovvero debba essere ripensata o, quantomeno, precisata specie alla luce della eterogeneità e varietà delle fattispecie e delle singole forme di inadempimento, o meglio di inadempimenti³, che possono verificarsi.

Dato un contratto, l'inadempimento può presentarsi come inadempimento radicale e definitivo, come inadempimento parziale, come mero ritardo, o, ancora, come adempimento inesatto; il comportamento di

² Cfr. A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1454 c.c.*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1990, 5 e 16 ove diffusa analisi della differenza tra adempimento, quale azione che mira a far raggiungere all'attore l'assetto di interessi programmato, e risoluzione, quale azione che tende, invece, a porre nel nulla quel medesimo assetto negoziale.

Come si avrà modo di precisare meglio oltre (cfr. par. 8), nelle sentenze non sempre emerge con chiarezza il profilo della sorte del contratto che, infatti, assai sovente, risulta offuscato (se non sovrastato) dall'utilizzo di altri strumenti di tutela quali l'eccezione di inadempimento e il risarcimento del danno. Tale prospettiva è analizzata da A.M. BENEDETTI, *La deriva dell'eccezione di inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptorisolutorio?*, in *Danno e resp.*, 2003, 753.

³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 953 afferma che l'inadempimento può presentarsi con «mille volti» diversi. Per un'analisi delle svariate situazioni che, comportando il mancato soddisfacimento dell'interesse del creditore, danno luogo ad inadempimento v. anche M. GIORGIANNI, voce *Inadempimento*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 861 ss.; in materia cfr. anche la ricognizione, pur condotta con quasi esclusivo riferimento all'art. 2697 c.c., di F. BUSONI, *Inesatto adempimento ed onere probatorio*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 787 nonché l'interessante saggio di M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 553 ss., in partic., per quanto qui rileva, 571 ove l'A. sviluppa il problema del cd. inadempimento probabile.

una parte può dare luogo ad un unico inadempimento, o a più inadempimenti; se unico questo può essere istantaneo o svilupparsi e continuare nel tempo.

Ancora: la prestazione può essere unitaria ed indivisibile, oppure composita e divisibile; di un contratto possono essere state eseguite, da una o da entrambe le parti, tutte le prestazioni, alcune, o nessuna⁴.

In altri termini l'ipotesi di lavoro è se esista un rapporto di corrispondenza tra inadempimento ed effetti conseguenti alla risoluzione; se, più specificamente, questi ultimi dipendano in maniera diretta dalla eventuale (anche inesatta) esecuzione di prestazioni che si sia verificata in costanza del rapporto; se, infine, questi si modulino in conseguenza delle specifiche caratteristiche e peculiarità proprie della singola fattispecie che si affronta.

Per verificare questa idea che, come sopra accennato, trae origine da un più generale ripensamento dell'idea della risoluzione quale tecnica di rimozione integrale⁵ del rapporto contrattuale, si rende anzitutto necessario indagare il significato⁶ della regola di retroattività prevista

⁴ Sul rapporto tra prestazioni, promesse (collegate ad uno scambio) e contratto v. And. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, Artt. 1987- 1991, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996, 271 ss.

⁵ Da ultimo G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2007, 685 ss. si esprime in termini di «radicale eliminazione» ed «annientamento» del contratto. Innovativa e particolarmente interessante è, al riguardo, la soluzione proposta da Cass. 15.1.2007, n. 738, in *Contratti*, 2007, 737 che sembra abbandonare l'idea della nullificazione del rapporto.

Tale ripensamento è in atto anche in Francia; cfr. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, 508 ss. Secondo l'A. (513) la finzione di retroattività non può essere assimilata alla negazione dell'esistenza giuridica del contratto.

⁶ A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1326 sottolinea l'«oscurità» dell'enunciato ed osserva come non si sia ancora

dall'art. 1458 c.c. e, nel limite del possibile⁷, descriverne ed ordinarne le conseguenze.

2. La disciplina degli effetti della risoluzione per inadempimento nel codice vigente: gli artt. 1453 e 1458

In dottrina è stato osservato che il nostro codice avrebbe potuto disciplinare gli effetti che conseguono alla risoluzione del contratto in modo alquanto differente. Secondo taluni⁸ un legislatore, in pura linea teorica, potrebbe obbligare le parti a pervenire, attraverso la stipula di un secondo contratto, ad una risoluzione consensuale; con una soluzione più incisiva ed efficace, potrebbe ritrasferire i diritti reali e liberare le parti dagli obblighi contrattuali, in modo da ricreare la situazione antecedente

formato un orientamento consolidato né circa l'area dei problemi risolti dall'art. 1458 c.c. né circa le regole da esso enucleabili; C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, in *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione nel diritto contrattuale europeo*, a cura di L. Vacca, Torino, 1999, 211, (pubblicato anche in *Eur. dir. priv.*, 1999, 793 ss. sotto il titolo *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*) definisce come inadeguata la retroattività prevista dall'art. 1458 c.c. come mero azzeramento dei rapporti. Nello stesso senso anche A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II, Milano, 1988, 281.

⁷ La materia meriterebbe con ogni probabilità un approccio simile a quello condotto in AA.VV., *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994, valutando gli effetti per specifica forma di inadempimento e avuto riguardo al singolo tipo considerato.

⁸ Cfr. R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 665 (di cui si legge anche in ID., voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 59) il quale precisa che la scelta dei diversi criteri incide sulla destinazione dei frutti, nonché sugli atti di disposizione ed amministrazione.

alla conclusione del contratto; potrebbe, inoltre, eliminare le singole vicende prodotte dal contratto.

La soluzione adottata dall'art. 1458 c.c. prevede, come è noto, che la risoluzione per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti.

Per meglio definire il significato dell'endiadi risoluzione/retroattività e per verificare se questa regola sia capace di rispondere alle diverse problematiche che si sviluppano nel diritto applicato, si rende necessario prendere in considerazione due ipotesi introduttive.

La fattispecie più semplice è quella in cui, dato un contratto e verificatosi l'inadempimento di un contraente, nessuna delle parti abbia ancora adempiuto alcuna delle obbligazioni corrispettive.

In una prima accezione retroattività della risoluzione significa estinzione di queste obbligazioni; entrambi i contraenti, sia quello fedele che quello inadempiente, non dovranno più adempiere le prestazioni cui si erano vincolati contrattualmente.

Un primo effetto della risoluzione è, dunque, un effetto liberatorio⁹.

La realtà dei fatti è però sovente assai più complessa, avendo una o entrambe le parti adempiuto integralmente o parzialmente la propria obbligazione; anche in tali casi si verifica, anzitutto, questo primo effetto di liberazione dalle obbligazioni non ancora adempiute.

⁹ G. SCALFI, voce *Risoluzione del contratto: 1) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 2, definisce come conforme alla coscienza moderna riconoscere che la mancata attuazione di una delle prestazioni comporti l'estinzione dei diritti e delle obbligazioni che derivano dal contratto.

Tuttavia, come è stato giustamente osservato¹⁰, se la risoluzione si limitasse a sciogliere il vincolo contrattuale, senza toccare la sorte delle prestazioni eseguite, si potrebbe creare una situazione di ingiustificato arricchimento, a favore dell'una o dell'altra parte.

In relazione a simili ipotesi la funzione della retroattività della risoluzione è quella di eliminare le conseguenze economico-giuridiche di quei fatti¹¹. In altre parole, in una seconda possibile accezione, risoluzione è sinonimo di restituzione delle prestazioni eseguite da una o entrambe le parti¹².

Già da questa prima ed ancora sommaria analisi, risulta la necessità di prendere in considerazione due distinte conseguenze della risoluzione del contratto. A queste si deve aggiungere, quantomeno, un terzo fenomeno.

¹⁰ Così L. MOSCO, *Risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1960, 266; già G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, 170 s. sottolinea come la *ratio* della sinallagmaticità sia tale per cui venendo meno una delle prestazioni, viene a mancare la giustificazione statica dell'arricchimento verificatosi nel patrimonio di uno dei contraenti. Secondo l'A. nei contratti sinallagmatici l'obbligazione è il mezzo che conduce all'arricchimento di una parte e che si pone come ragione giustificatrice di un controarricchimento. Quando tale mezzo non raggiunge il suo scopo bisogna fornire il creditore di un ulteriore strumento per ristabilire l'equilibrio patrimoniale; e tale strumento non può essere che un nuovo credito, fondato sulla ragione dell'arricchimento che perviene al debitore, senza che la contropartita si ritrovi nel patrimonio del creditore. Successivamente v. anche A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 127 secondo il quale la risoluzione per inadempimento è la maggiore manifestazione del sinallagma contrattuale.

¹¹ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 680 a questo riguardo afferma che il fondamento della regola di retroattività consiste nella protezione del sinallagma; il mero scioglimento del contratto costituirebbe, infatti, una difesa idonea solo a protezione del contraente deluso che non abbia ancora adempiuto.

¹² Sulla funzione di reciprocità delle restituzioni v. il recente intervento di R. SACCO, *La parte generale del diritto civile. 1. Il Fatto, L'Atto, Il Negozio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, 113.

Come abbiamo sopra ricordato, la parte fedele a fronte dell'inadempimento dell'altro contraente può, onde meglio tutelare il proprio interesse, scegliere, attraverso valutazioni fondamentalmente di convenienza, se mantenere o cancellare il contratto stipulato.

L'art. 1453, c. 1, c.c., termina con la previsione che, in ogni caso, è fatto salvo il risarcimento del danno. Ecco, dunque, una terza possibile conseguenza della risoluzione del contratto: l'effetto risarcitorio.

In conclusione parlare di effetti della risoluzione significa confrontarsi con problemi di liberazione dal vincolo, di restituzione delle prestazioni eventualmente eseguite, di risarcimento del danno¹³.

Si tratta di alcuni soltanto degli aspetti e delle problematiche che il diritto applicato pone all'interprete; è pur tuttavia una classificazione¹⁴ che va certamente approfondita per procedere nello studio del tema in esame.

¹³ Secondo A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1326 l'ordinamento, attraverso la disciplina contenuta negli artt. 1453 e 1458 c.c., ha predisposto due diversi modelli: con l'art. 1458 c.c. il legislatore tutela il contraente che dalla risoluzione si attende l'eliminazione del contratto; con l'art. 1453 c.c. attribuisce, invece, al risarcimento del danno il compito di controbilanciare e modificare gli effetti tipici della risoluzione.

¹⁴ Come afferma nella sua disamina M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Il diritto nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, *I contratti in generale*, XIII, Torino, 2000, 175, la classificazione per tre tipi di effetti è insegnamento tralatizio della dottrina.

3. a) L'effetto liberatorio: rilevanza della distinzione tra obbligazioni principali (o corrispettive), obbligazioni secondarie (o eventuali) e "altri vincoli"

Come abbiamo osservato nel precedente paragrafo un primo effetto che può¹⁵ conseguire alla risoluzione del contratto è un effetto liberatorio. La risoluzione svolge un'azione, per così dire, ablatoria che libera entrambe¹⁶ le parti dalle obbligazioni non ancora adempiute¹⁷.

L'effetto liberatorio è conseguenza pacifica riconosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹⁸; ciò non di meno si rendono necessarie alcune precisazioni.

Anzitutto è opportuno premettere che ogni qual volta si riferisce di scioglimento, eliminazione o cancellazione del contratto, siffatto

¹⁵ L'effetto liberatorio può anche mancare. La sua esistenza è dipendente dalle peculiarità del caso di specie e, in particolare, dal fatto che le parti non abbiano integralmente adempiuto le obbligazioni principali.

¹⁶ L. MOSCO, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 266 sottolinea che, affinché la situazione di corrispettività non venga alterata dalla risoluzione, segue necessariamente che questa debba operare non solo l'estinzione delle obbligazioni della parte non inadempiente, ma anche quelle dell'altra parte. Nello stesso senso G. SCALFI, voce *Risoluzione del contratto: I) Diritto civile*, cit., 8; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 176.

¹⁷ Nelle esperienze del diritto privato europeo (su cui meglio *infra* Capitolo 4, par. 7) cfr. l'art. 9:305 dei Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione di Diritto Europeo dei Contratti presieduta da Ole Lando pubblicati in C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001 (1^a ed.) e 2004 (2^a ed.) e consultabili nella più recente versione all'indirizzo http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/ (di seguito «PECL»), nonché l'art. 7.3.5 dei Principi dei contratti commerciali internazionali elaborati dall'Istituto Unidroit pubblicati in M.J. BONELL, *Un codice internazionale del diritto dei contratti. I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 2006 e consultabili all'indirizzo <http://www.unidroit.org/italian/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf> (di seguito «Principi Unidroit»).

¹⁸ Cfr., da ultimo, Cass. 14.9.2004, n. 18518, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 595.

riferimento è al contratto come rapporto, e non al contratto come atto; in dottrina¹⁹ si suole svolgere questa considerazione affermando che la risoluzione è estinzione degli effetti del contratto complessivamente considerati, scioglimento del vincolo contrattuale.

Ma, a ben vedere, ciò che più rileva è verificare se l'affermazione secondo cui il debitore non deve più adempiere alle proprie obbligazioni, pur valida nella sua valenza sintetica, non debba però essere precisata a fronte della varietà e della natura di obbligazioni e vincoli²⁰ che originano dal contratto.

Intervenuta la risoluzione di un contratto, non pare potersi dubitare che il debitore non è più obbligato ad adempiere l'obbligazione principale che, nella normalità dei casi, avrà per oggetto prestazioni pecuniarie, di dare, fare o non fare²¹.

Ciò non di meno, il regolamento contrattuale può essere arricchito da una nutrita potenziale serie di clausole contrattuali, da cui originano una pluralità di obbligazioni secondarie ed altri vincoli, alle quali

¹⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 938. *Contra* G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 687 secondo cui sarebbe «impossibile» distinguere tra vicende dell'atto e del rapporto; di qui l'affermazione secondo cui la risoluzione «annienta» il contratto che, risolto, «non esiste più».

²⁰ Secondo P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, 1275 si può parlare di vincolo obbligatorio soltanto quando la realizzazione dell'utilità perseguita dal creditore sia collegata da una relazione strumentale ad un comportamento del soggetto obbligato. Si è dunque preferito scindere il riferimento ad obbligazioni ed altri vincoli a carattere non necessariamente obbligatorio. Al riguardo cfr. anche la successiva nota 30.

²¹ Il profilo delle diverse categorie di prestazioni è analizzato da U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, 144 ss.

certainamente non può estendersi l'effetto di liberazione, pena lo stravolgimento della loro stessa natura e funzione²².

Vediamo alcuni esempi.

Prendiamo anzitutto in considerazione una clausola compromissoria con cui le parti di un contratto stabiliscono che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano risolte da arbitri, e supponiamo che la parte cd. fedele abbia notificato all'altro contraente una diffida ad adempiere a fronte del mancato adempimento dell'obbligazione principale.

Ove accedessimo all'idea secondo cui la risoluzione travolge completamente obbligazioni e vincoli nascenti dal contratto estinguendoli, ci troveremmo nell'imbarazzante situazione di dover negare operatività alla clausola compromissoria indicata, a fronte della - supponiamo - intervenuta risoluzione di diritto del contratto in conseguenza della diffida proposta.

Non vi è, invece, chi dubiti che nel caso di cui sopra il contraente fedele, pur intervenuta la risoluzione del contratto con effetto retroattivo, ha diritto a potersi avvalere della clausola compromissoria; ogni controversia nascente dal contratto dovrà dunque essere decisa da arbitri²³.

²² V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 948 al riguardo riferisce di salvezza dei «contenuti strumentali».

²³ In questo senso cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 948; R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, cit., 669; M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *Rimedi-II*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 370. Si precisa che lo stesso discorso sembra potersi applicare ad una clausola di deroga alla competenza dell'autorità giudiziale.

Aggiungiamo a questo esempio un ulteriore elemento, questa volta di natura sostanziale, ed ipotizziamo che le parti abbiano inserito in quel medesimo regolamento contrattuale anche una clausola penale.

Pur senza ripercorre i singoli passaggi dell'ipotesi di cui sopra, può direttamente osservarsi come non possa ragionevolmente sostenersi che l'effetto retroattivo della risoluzione di diritto comporti la liberazione del contraente inadempiente dall'obbligazione di eseguire la prestazione dalle parti pattizamente determinata quale ammontare del risarcimento del danno. Anche la penale è dunque clausola che, per così dire, sopravvive²⁴ alla risoluzione.

La giurisprudenza giunge alla medesima soluzione per le sole clausole compromissorie per arbitrato rituale, pur attraverso un diverso procedimento logico che si basa sul riconoscimento di una loro causa autonoma. Cfr. Cass. 12.4.2005, n. 7535, in *Guida al dir.*, 2005, XXVI, 37 secondo cui la clausola compromissoria non costituisce un accessorio del contratto nel quale è inserito, ma ha una propria individualità e autonomia, nettamente distinta da quella del contratto cui accede, sì che l'articolo 808 c.p.c. prevede che possa essere stipulata anche con atto successivo al contratto medesimo, purché sempre per iscritto (nello stesso senso v. anche Cass. 20.6.2000, n. 8376, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1327). V. altresì Cass. 16.6.2000, n. 8222 in *Rep. Foro it.*, voce *Arbitrato*, n. 128 secondo cui il principio dell'autonomia della clausola compromissoria rispetto al negozio di riferimento vale in relazione all'arbitrato rituale ma non può essere invocato in relazione all'arbitrato irrituale, avente natura negoziale e consistente nell'adempimento del mandato, conferito dalle parti all'arbitro, di integrare la volontà delle parti stesse dando vita ad un negozio di secondo grado, il quale trae la sua ragione d'essere dal negozio nel quale la clausola è inserita e non può sopravvivere alle cause di nullità che facciano venir meno la fonte stessa del potere degli arbitri.

²⁴ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 995.

A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 190 sottolinea l'autonomia causale, e quindi negoziale, della clausola penale. Medesimo giudizio - pur per implicito - si rinviene in quella giurisprudenza secondo cui nella penale può essere ravvisata anche una funzione punitiva, perché nella sua stipulazione si commina una sanzione per l'inadempimento (v. ad esempio Cass. 26.6.2002, n. 9295 in *Giur. it.*, 2003, 450).

In altri termini, non si dubita che nel caso di cui sopra, il contraente fedele, pur a fronte dell'avvenuta risoluzione, mantenga il diritto di agire dinanzi ad arbitri per il pagamento della penale.

Arricchiamo, ancora, la fattispecie sopra descritta con un ultimo elemento, ovvero un patto sull'onere della prova.

Ogni considerazione pare doversi nuovamente allineare con le precedenti: l'effetto liberatorio che promana dalla risoluzione del contratto non sembra davvero possa logicamente estendersi a questa clausola che, conseguentemente, rimane immune allo scioglimento del rapporto, e permane, dunque, pienamente efficace.

Proviamo, infine, a mutare esempio e prendiamo in considerazione una caparra confirmatoria; più precisamente, supponiamo che due contraenti, nel concludere un contratto preliminare di compravendita, si scambino una somma di denaro a titolo di caparra ed, al tempo stesso, indichino un termine essenziale ex art. 1457 c.c. entro cui stipulare il contratto definitivo.

Ebbene, sappiamo che con l'infruttuoso scadere del termine stabilito per l'esecuzione della prestazione, il contratto si risolve di diritto; ciò non di meno, parrebbe nuovamente irragionevole sostenere che il contraente fedele che, ipotizziamo, ha ricevuto la somma di denaro a titolo di caparra, non possa trattenere detta somma e recedere dal contratto preliminare²⁵.

²⁵ Sul punto v. R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, cit., 669.

La giurisprudenza giunge a medesime conclusioni argomentando che il contraente fedele ha la facoltà di rinunciare agli effetti delle risoluzioni. V., tra le altre, Cass. 8.11.2007, n. 23315, in *Contratti*, 2008, 437 con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Diffida ad*

Si potrebbe proseguire il discorso attraverso altri e numerosi esempi, prendendo in considerazione clausole relative alle garanzie²⁶, clausole che limitano la facoltà di opporre eccezioni, clausole che impongono obblighi di riservatezza²⁷, clausole che sanciscono decadenze, clausole che prevedono esonero o limitazioni di responsabilità o, ancora, clausole sull'interpretazione del contratto, ma sembra più utile cercare di interrogarsi sull'esistenza di una *ratio* comune alle situazioni delineate.

Ebbene, tutte le fattispecie sopra menzionate, l'elenco è soltanto esemplificativo, sembrano accomunate da due dati comuni.

Il primo, più evidente e di carattere positivo, è costituito dal fatto che le clausole indicate sono elementi che le parti inseriscono nel regolamento contrattuale in prospettiva della futura ed eventuale lite; sono strumenti a disposizione dell'autonomia privata capaci di proteggere i contraenti in caso di inadempimento²⁸. Il secondo, di carattere negativo, è

adempire e disponibilità degli effetti risolutivi; Cass. 10.2.2003, n. 1952 in *Arch. civ.*, 2003, 1342 secondo cui nell'ipotesi di versamento di una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria, la parte adempiente può chiedere il recesso dal contratto e la ritenzione (o il versamento del doppio) della caparra anche nel caso in cui si sia già verificata la risoluzione del contratto per una delle cause previste dalla legge (artt. 1454, 1455 e 1457 c.c), dato che rientra nell'autonomia privata la facoltà di rinunciare agli effetti della risoluzione del contratto per inadempimento. *Contra*, Cass. 2.12.2005, n. 26232, in *Contratti*, 2006, 660 secondo cui, venuto meno con effetto retroattivo il rapporto, «non si spiega come possa, giuridicamente, ritenersi ammissibile l'esercizio dei diritti connessi alla facoltà di recesso, recesso che la già avvenuta risoluzione di diritto del contratto, preclude». Nello stesso senso, v. anche Cass. 19.4.2006, n. 9040, *ined.*

²⁶ Al riguardo cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 948; R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, cit., 669; M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., 371 il quale sottolinea come la permanenza delle garanzie consente al creditore di individuare liberamente, tra risoluzione e adempimento, il rimedio maggiormente idoneo a tutelare i propri interessi; in senso parzialmente contrario cfr. M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 176 s.

²⁷ A questo proposito v. M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., 370.

²⁸ In questo senso già R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, cit., 669.

che le stesse non ineriscono all'oggetto del contratto né attengono alla realizzazione del sinallagma contrattuale, se non indirettamente²⁹.

In conclusione, sembra dunque potersi osservare che l'effetto liberatorio che consegue alla risoluzione del contratto concerne esclusivamente le obbligazioni corrispettive, non estendendosi, invece, a quelle ulteriori potenziali obbligazioni di carattere secondario e ad altri vincoli di carattere non obbligatorio³⁰ che, oltre a non incidere sul rapporto funzionale di scambio tra prestazione e controprestazione, sono per loro intrinseca natura destinate ad operare allorquando si verifichi un malfunzionamento del contratto³¹.

²⁹ A riprova, si prenda in considerazione una clausola di rinegoziazione: essa, essendo funzionale al mantenimento del contratto, manca della finalità di tutela di un inadempimento e, mirando a rimodulare le obbligazioni principali, si pone in relazione diretta con il sinallagma contrattuale. Se le premesse sono corrette, essa verrebbe dunque travolta dall'effetto di liberazione conseguente alla risoluzione del contratto.

³⁰ Tra le ipotesi che compaiono in questo paragrafo danno luogo ad obbligazioni (stipulativamente denominate) «di carattere secondario ed eventuale» che sopravvivono alla risoluzione per inadempimento del contratto la clausola penale, la caparra confirmatoria, le clausole relative alle garanzie, le clausole che limitano la facoltà di opporre eccezioni, le clausole che impongono obblighi di riservatezza, le clausole che sanciscono decadenze, nonché le clausole che prevedono esonerazioni o limitazioni di responsabilità.

Si è (sempre stipulativamente) riferito di «altri vincoli» in quanto si ritiene che nel contratto possano essere inserite altri elementi, anche questi capaci di sopravvivere alla risoluzione, non facilmente riconducibile all'obbligazione. Il riferimento è alla clausola compromissoria, ai patti sull'onere della prova e alle clausole sull'interpretazione del contratto il cui vincolo solo in modo un po' tortuoso può essere ricostruito come obbligatorio identificandolo, rispettivamente, in una obbligazione di *non facere* e di *facere*.

³¹ Cfr. art. 9:305, c. 2, PECL «la risoluzione non ha effetto riguardo alle clausole del contratto relative alla composizione delle controversie e a ogni altra clausola che sia volta ad avere efficacia anche dopo la risoluzione», nonché l'art. 7.3.5, c. 3, Principi Unidroit «la risoluzione non ha effetto sulle clausole del contratto relative alla composizione delle controversie o su qualunque altra clausola del contratto che debba essere operativa anche dopo la risoluzione».

Diversamente opinando, si affermerebbe il paradosso, da taluno già evidenziato³², per cui regole consensualmente determinate dalle parti per la messa in funzione di cautele e salvaguardie giuridiche diventerebbero le prime vittime di quella salvaguardia capitale che è il rimedio risolutorio.

4. b) La rimozione della situazione di fatto e di diritto generata dal contratto risolto: cancellazione dell'effetto reale e restituzioni

Come abbiamo evidenziato in precedenza, nel diritto applicato difficilmente l'interprete si trova a misurarsi con un contratto rimasto del tutto inadempito e di cui non vi sia stata alcuna concreta attuazione; più sovente una o entrambe le parti hanno adempiuto integralmente o parzialmente alcuna delle obbligazioni principali, ovvero, in forza del principio consensualistico, può essersi verificato l'effetto reale del trasferimento della proprietà di una cosa determinata o di un altro diritto.

Rispetto a questo secondo genere di ipotesi la risoluzione, onde prevenire situazioni di ingiustificato arricchimento, svolge un funzione di

³² Cfr. nuovamente R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, cit., 669. A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 216, pur con particolare riferimento alla supposta incompatibilità tra risoluzione con efficacia retroattiva e risarcimento (di cui meglio *infra*, par. 6), afferma che l'ordinamento positivo in presenza di una vicenda eliminativa del regolamento contrattuale può fare in modo che il rapporto conservi rilevanza a determinati fini. L'A. ritiene che «ove dal terreno empirico (delle impressioni epidermiche) ci si sposti su quello di una rigorosa analisi dei profili teleologici [...] ci si accorge che [...] esiste una omogeneità funzionale che giustifica perfettamente il venir meno (se necessario, *ex tunc*) del rapporto negoziale e, contemporaneamente, il permanere della rilevanza giuridica della sua violazione ai fini risarcitori». Tale constatazione pare avere una più generale portata applicabile anche agli esempi riportati nel testo.

distruzione dei risultati che siano stati prodotti dal contratto, che abbiamo sopra³³ genericamente definito effetto restitutorio.

Detta affermazione necessita di un'immediata precisazione.

Gli effetti che *medio tempore* un contratto può generare sono evidentemente di due tipi: effetti reali o effetti obbligatori. A tale riguardo, in dottrina molti autori³⁴ non ritengono corretto parlare di restituzione nell'ipotesi di solo (ri)trasferimento del diritto non accompagnato da (ri)consegna della *res tradita*.

In altre parole, allorquando, ad esempio, due soggetti abbiano compravenduto un bene, senza che alla stipula del contratto sia seguita la consegna della cosa, la risoluzione del contratto comporta, oltre alla liberazione dell'obbligo di consegna di cui ci siamo occupati nel precedente paragrafo, la cancellazione dell'effetto reale³⁵; tuttavia, secondo questa opinione³⁶, che merita adesione, la ricostruzione della sola situazione di diritto non dà luogo ad un vero e proprio effetto restitutorio, che si configurerebbe, invece, nel diverso caso in cui alla conclusione del contratto fosse seguita la *traditio*.

³³ Cfr. *supra* par. 2.

³⁴ A. DALMARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutorii e contratti sinallagmatici*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 821 definisce la restituzione come un dare qualificato dal fatto della precorsa apprensione dell'oggetto della dazione; secondo l'A. il restituire può anche implicare il trasferimento del diritto, ma deve, in ogni caso, implicare il trasferimento del possesso. Il concetto risulta, pur *in nuce*, già presente in G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 161.

³⁵ La dottrina si esprime in termini di efficacia reale inversa; tra gli altri cfr. A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 145; G. SCALFI, voce *Risoluzione del contratto: I) Diritto civile*, cit., 8.

³⁶ *Ex plurimis*, A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 145 il quale chiarisce che in questo caso l'effetto della risoluzione opera *ipso iure* senza bisogno di alcun comportamento delle parti; senza, più precisamente, la mediazione di alcuna obbligazione restitutoria.

In conclusione, dobbiamo pertanto ulteriormente distinguere gli effetti di rimozione della situazione di fatto e di diritto prodotta dal contratto risolto in effetti di cancellazione dell'effetto reale ed effetti restitutori *tout court*.

Come già quelli liberatori, anche questi due ulteriori effetti sono accomunati dal fatto di essere meramente eventuali³⁷; inoltre, se presenti, interessano in maniera uniforme entrambe le parti³⁸, indipendentemente dall'imputabilità dell'inadempimento³⁹.

I soli effetti restitutori hanno però anche una caratteristica loro peculiare: a differenza di quelli liberatori e di cancellazione dell'effetto

³⁷ Cancellazione dell'effetto reale ed effetto restitutorio possono anche mancare. La loro esistenza è dipendente dalle peculiarità del caso di specie e, in particolare, dal fatto che, rispettivamente, il contratto abbia prodotto effetti reali o che le parti abbiano parzialmente o integralmente adempiuto almeno una delle obbligazioni principali.

³⁸ Cfr. A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1454 c.c., cit., 421 ove l'A. sottolinea che il congegno restitutorio deve essere bilanciato in modo tale da garantire ad entrambe le parti un trattamento uniforme; sul punto v. altresì A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 145; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 673.

³⁹ In questo senso cfr., da ultimo, Cass. 9.9.2004, n. 18143, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 596 secondo cui nei contratti a prestazioni corrispettive, la retroattività della pronuncia costitutiva di risoluzione stabilita dall'art. 1458 c.c., in ragione del venir meno della causa giustificatrice delle prestazioni già eseguite, comporta l'insorgenza, a carico di ciascun contraente, dell'obbligo di restituire la prestazione ricevuta, indipendentemente dall'imputabilità dell'inadempimento.

Tale orientamento, un tempo tutt'altro che incontrastato (cfr. in senso contrario Cass. 27.8.1990, n. 8834, in *Arch. civ.*, 1991, 31 secondo cui l'obbligazione restitutoria di una somma di denaro costituisce debito di valuta o valore a seconda che la parte sia adempiente o meno), sembra essere stato nell'ultimo decennio (correttamente) recepito dai giudici di legittimità. Nello stesso senso v. infatti Cass. 7.7.2004, n. 12468, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 598; Cass. 19.5.2003, n. 7829, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, n. 560; Cass. 11.3.2003, n. 3555, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, n. 565; Cass. 4.6.2001, n. 7470, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 493; Cass. 12.3.1997, n. 2209, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Contratto in genere*, n. 522; Cass. 30.1.1990, n. 587, in *Giur. agr. it.*, 1991, 90, con nota di TRIOLA; Cass. 5.4.1990, n. 2802, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Contratto in genere*, n. 377.

reale⁴⁰ non conseguono in maniera automatica alla pronuncia di risoluzione del contratto ma, avendo ad oggetto un bene della vita, necessitano di apposita domanda giudiziale di parte⁴¹.

⁴⁰ Bisogna precisare che esistono casi in cui alla risoluzione del contratto non consegue automaticamente il venir meno dell'effetto reale: si pensi alla fattispecie di origine giurisprudenziale della restituzione di una somma di denaro o alle ipotesi normative della restituzione di una certa quantità di cose generiche o di cose che devono essere trasportate da un luogo ad un altro. Si tratta di situazioni in cui la produzione dell'effetto reale (inverso) è subordinata alla consegna o individuazione della *res*.

⁴¹ In dottrina, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 949; R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, cit., 670; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 294; G. SCALFI, voce *Risoluzione del contratto: 1) Diritto civile*, cit., 8; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 683; *contra*, a quanto consta, limitatamente alle obbligazioni restitutorie conseguenti a caducazione di contratto di compravendita, il solo L. NANNI, in L. NANNI - M. COSTANZA -U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, Artt. 1455-1459 c.c., in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 2007, 114 secondo cui la restituzione della cosa venduta sarebbe conseguenza *ex lege* (l'A. richiama sul punto Cass. 20.2.2003, n. 2566, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Vendita*, n. 45, su cui *infra* in questa nota).

In merito ai profili di prescrizione dell'azione restitutoria v. D. MAFFEIS, *Un problema in tema di invalidità o scioglimento del contratto eseguito: la prescrizione delle azioni di ripetizione*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 653 ss. (pubblicato anche negli *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, II, Milano, 2002, 1373 ss.). Per il rapporto tra domanda principale di risoluzione e domanda di restituzione cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985, II, 592.

In giurisprudenza cfr. Cass. 18.4.2007, n. 9314, *ined.*; Cass. 28.3.2006, n. 7083, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 627; Cass. 20.10.2005, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Contratto in genere*, n. 618 secondo cui in tema di risoluzione del contratto, l'effetto restitutorio scaturente dalla pronuncia di risoluzione, pur verificandosi, sul piano sostanziale, di diritto, è soggetto, sotto il profilo processuale, all'onere della domanda di parte, pertanto non può essere adottato d'ufficio dal giudice. V. altresì Cass. 19.5.2003, n. 7829, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, n. 560 la quale afferma che in assenza di una espressa domanda della parte, il giudice non può emanare i provvedimenti restitutori conseguenti alla risoluzione del contratto e siffatta domanda non può essere proposta per la prima volta in appello a pena di inammissibilità rilevabile anche d'ufficio, trattandosi di domanda nuova rispetto a quella di risoluzione del contratto.

Il punto, per le evidenti ricadute pratiche, continua a dare luogo ad una pluralità di interventi della Suprema Corte che, tuttavia, si esprime in termini a dir poco consolidati (in senso parzialmente contrario - ma in un mero *obiter dictum* - la sola Cass. 20.2.2003, n. 2566, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Vendita*, n. 45. Per medesime considerazioni v. anche G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 684): cfr. Cass. 14.11.2002, n. 16021, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Contratto in genere*, n. 513; Cass. 14.1.2002, n. 341, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Contratto in genere*, n. 517; Cass. 3.4.1999, n. 3287, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Contratto in genere*, n. 559; Cass. 29.11.1996, n. 10632, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Contratto in genere*, n. 434; Cass. 26.6.1995, n. 7234, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratto in genere*, n. 497; Cass. 24.2.1995, n. 2135, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratto in genere*, n. 500; Cass. 18.6.1991, n.

Premesso, dunque, che parlando di effetti restitutori ci riferiremo a tutte quelle obbligazioni che hanno la finalità di ristabilire le condizioni di fatto e di diritto che caratterizzavano la situazione soggettiva dei contraenti prima della stipula del contratto risolto⁴², è opportuno svolgere alcune considerazioni.

Anzitutto è opportuno precisare che l'obbligazione restitutoria sembra nuovamente doversi riferire, quasi il legislatore l'avesse sottinteso, alle sole prestazioni oggetto delle obbligazioni principali, e non ad altre

6880, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Contratto in genere*, n. 384; Cass. 21.4.1988, n. 3090, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Contratto in genere*, n. 404; Cass. 16.4.1984, n. 2457, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Appello civile*, n. 43.

Sempre in termini, ma con riferimento allo *ius variandi* riconosciuto al cd. contraente fedele, cfr. altresì Cass. 22.11.2006, n. 24800, *ined.*, nonché Cass. 27.11.1996, n. 10506, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Contratto in genere*, n. 409 secondo cui la facoltà ex art. 1453, 2 comma c.c. di poter mutare nel corso del giudizio di primo grado, nonché in appello, e persino in sede di rinvio la domanda di adempimento in quella di risoluzione in deroga al divieto di *mutatio libelli* sancito dagli artt. 183, 184 e 354 c.p.c., sempre che si resti nell'ambito dei fatti posti a base dell'inadempimento originariamente dedotta, senza introdurre un nuovo tema di indagine, comporta che qualora sia sostituita la domanda di adempimento con quella di risoluzione, possa essere chiesta la restituzione della somma versata a titolo di prezzo, quale domanda consequenziale a quella di risoluzione, implicando l'accoglimento di questa, per l'effetto retroattivo espressamente previsto dall'art. 1458 c.c. l'obbligo di restituzione della prestazione ricevuta, onde di tale domanda il giudice può decidere anche se su di essa non vi sia stata accettazione del contraddittorio.

Interessante applicazione del principio citato si trova anche in T. Cagliari 2.3.2002, in *Riv. giur. sarda*, 2002, 747, con nota di BELLAVEGLIA, secondo cui è inammissibile la concessione del sequestro giudiziario richiesto a fronte della proposizione di un'azione di risoluzione contrattuale per inadempimento, ma in difetto della conseguente domanda restitutoria in ordine ai beni oggetto del contratto, giacché, ai fini dell'emanazione del provvedimento cautelare, entrambe le istanze costituiscono elementi necessari per la valutazione del *fumus boni iuris*. V. anche Cass. 7.5.1999, n. 4604, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Sentenza civile*, n. 101 secondo cui con la sentenza di risoluzione di un contratto e di condanna alla restituzione del bene che ne aveva costituito oggetto, il giudice non può fissare un termine per la consegna del bene in quanto una tale previsione si traduce nell'illegittimo differimento della provvisoria esecutività della sentenza in relazione al capo di condanna alle restituzioni.

⁴² Così A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 319, cui si rimanda per l'ampia e completa analisi.

secondarie facenti parte del più complesso regolamento negoziale voluto dalle parti⁴³.

Inoltre, alla risoluzione del contratto neppure sempre consegue la restituzione di tutte le prestazioni corrispettive (eventualmente) eseguite; come già l'effetto liberatorio, anche quello restitutorio soffre, per così dire, eccezioni⁴⁴.

La prima è indicata dallo stesso art. 1458 c.c. a mente del quale nel caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica⁴⁵, l'effetto della risoluzione non si estende⁴⁶ alle prestazioni già eseguite.

La manualistica⁴⁷, con evidente intento di semplificazione, sovente indica nella generalità dei contratti di durata l'ambito di applicazione di questa regola; la dottrina e la giurisprudenza hanno, peraltro, già avuto modo di chiarire che non tutti i contratti di durata costituiscono eccezione al principio della restituzione delle prestazioni, ma soltanto quelli in cui

⁴³ A riprova, si pensi ad una caparra penitenziale. Se le restituzioni non fossero limitate alle prestazioni principali si potrebbe concludere che anche il corrispettivo per il recesso, non esercitato ma in conseguenza del quale uno dei contraenti si è trovato in uno stato di soggezione, debba essere oggetto di restituzione a seguito di azione di risoluzione del contratto.

⁴⁴ In questo senso M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., 367 cui si rimanda per ulteriori approfondimenti; sul punto cfr. il recente intervento di S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006, 17 ss. secondo il quale le regole che l'art. 1458 c.c. detta in materia di contratti di durata sarebbero da qualificare quali norme speciali, e non eccezionali.

⁴⁵ Il profilo è trattato con cura da G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 766 ss.

⁴⁶ S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, cit., 118 ss. propone una lettura tale per cui la risoluzione avrebbe efficacia retroattiva (pur debole) anche nei contratti di durata.

⁴⁷ P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1990, 716.

entrambe le parti siano obbligate a prestazioni continuativamente o periodicamente ripetute nel tempo⁴⁸.

Esemplificando, seguono regole diverse rispetto ai contratti ad esecuzione immediata il contratto di locazione o quello di somministrazione⁴⁹, ma non l'appalto⁵⁰.

⁴⁸ La rilevanza del fattore tempo è ben analizzata da A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 148 che precisa che la regola va riferita ai soli contratti che fanno sorgere obbligazioni di durata per entrambe le parti così che l'intera esecuzione del contratto debba avvenire in modo continuato e periodico attraverso coppie di prestazioni da realizzarsi contestualmente nel tempo.

Nello stesso senso, in giurisprudenza, cfr. Cass. 2.4.1996, n. 3019, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Contratto in genere*, n. 433 secondo cui ai fini dell'applicabilità della regola convenuta nella seconda parte del primo comma dell'art. 1458 c.c. – secondo cui gli effetti retroattivi della risoluzione non operano, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, per prestazioni già eseguite – sono contratti ad esecuzione continuata o periodica quelli che fanno sorgere obbligazioni di durata per entrambe le parti, ossia quelli in cui l'intera esecuzione del contratto avvenga attraverso una serie di prestazioni da realizzarsi contestualmente nel tempo; pertanto, mentre non possono considerarsi compresi nella previsione normativa del citato art. 1458 c.c. quei contratti in cui ad una prestazione continuativa se ne contrappone un'altra periodica, poiché in tal caso la corrispettività si riflette su tutte le prestazioni attraverso le quali il contratto riceve esecuzione.

⁴⁹ Per la riconduzione del contratto di brokeraggio ai rapporti di durata: Cass. 12.12.1990, n. 11810, in *Riv. giur. circolaz. e traspr.*, 1991, 209.

⁵⁰ In dottrina S. PATTI, *Contratti di durata e appalto d'opera*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 347 ss.

Per il diritto applicato cfr.: Arb. Napoli, 18.9.2000, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2001, 987 secondo cui posto che il contratto di appalto non può essere sussunto nella categoria dei contratti ad esecuzione istantanea, ma neppure nella categoria dei contratti ad esecuzione prolungata ed ancor più periodica, la sua risoluzione per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti ai sensi dell'art. 1458 c.c., limitatamente alle prestazioni già eseguite, per le quali ha un effetto di restituzione *ex tunc*, mentre, per le prestazioni da eseguire, produce un effetto liberatorio *ex nunc* (nello stesso senso Arb. Roma 6.11.1997, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1999, 1046; Arb. Roma 15.1.1997, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1999, 11; Arb. Roma 20.7.1995, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1997, 612; Coll. Arb. 27.7.1990, in *Nuova giur. civ.*, 1992, I, 464, con nota di Corradi; Cass. 9.11.1977, n. 4818, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Appalto*, n. 46 (la quale però precisa che alcune figure di appalto come l'appalto di manutenzione e di servizi sono contratti sostanzialmente ad esecuzione periodica o differita). *Contra*, v. però Coll. Arb. 11.5.1993, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1994, 1323; Coll. Arb. 19.5.1989, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1990, 312; Coll. Arb. 21.4.1983, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1984, 1.

V. però Coll. Arb. 30.6.1982, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1982, III, 364 secondo cui in analogia a quanto dispone il 1° comma dell'art. 1458 c.c., l'effetto retroattivo della risoluzione del contratto non può estendersi a quelle prestazioni che, essendo ricomprese in distinti e

Si pone poi il problema di interpretare la disposizione laddove fa riferimento a prestazioni già eseguite.

Al riguardo giudici e dottori sono nuovamente concordi nel ritenere tali quei comportamenti con cui il debitore abbia pienamente soddisfatto le ragioni del creditore⁵¹.

In conclusione, i presupposti di applicazione della regola⁵² possono essere così ricostruiti: ogni qual volta da un contratto derivano coppie di prestazioni e attribuzioni continuativamente o periodicamente ripetute nel tempo che (i) si pongono tra di loro in rapporto di corrispettività, (ii) sono state integralmente adempiute, e (iii) possono essere separate da prestazioni antecedenti o successive⁵³ senza pregiudizio per la finalità del

separati stati di avanzamento dei lavori abbiano già avuto completa esecuzione da entrambe le parti.

⁵¹ Cass. 20.10.1998, n. 10383, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Contratto in genere*, n. 519 (nello stesso senso Cass. 24.6.1995, n. 7169, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratto in genere*, n. 501; Cass. 26.5.1971, n. 1566, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 2808 con nota di D'Angelo).

⁵² Approfondisce la *ratio* della regola G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Obbligazioni e negozio giuridico, Scritti giuridici*, Padova, 1992, III, 200 ss. (già in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 143 ss. ed *ibidem* 1944, I, 18 ss.), laddove (283) sottolinea che nei contratti di durata al decorso del tempo corrisponde economicamente la soddisfazione continuativa degli interessi contrattuali e giuridicamente l'adempimento continuativo dell'obbligazione di durata. Secondo l'A., dunque, la risoluzione, nel caso in cui trova l'interesse contrattuale già soddisfatto e l'obbligazione già adempiuta, non può che rispettare gli effetti giuridici ed economici prodotti dal contratto. Sviluppa questa idea, di recente, S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, cit., 121 ss. il quale afferma che l'adempimento, giusta la divisibilità dell'obbligazione in parti che assicurano al creditore un'utilità in proporzione, si perfeziona e mostra di avere un'efficienza solutoria di tipo progressivo. In tal senso l'A. riferisce di intangibilità delle prestazioni sinallagmatiche integralmente eseguite quale effetto di un soddisfarsi frazionato dell'interesse creditorio.

⁵³ Secondo L. MOSCO, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 281 s. esiste la possibilità che la risoluzione non solo lasci intatte le coppie di prestazioni già eseguite, ma si limiti a quella coppia toccata dall'inadempimento, lasciando impregiudicata la possibilità che riprenda l'esecuzione del rapporto per quanto attiene alle coppie future di prestazioni. Nello stesso senso già G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 292 nonché G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., 322; il profilo è trattato anche da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 948 e R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, 639 che si esprimono in termini di ultrattività del rapporto.

contratto, quasi derivassero da più rapporti contrattuali, la retroattività della risoluzione non si estende a queste avendo le stesse già realizzato, seppure *pro tempore*, il sinallagma funzionale del contratto⁵⁴.

5. *Segue. La risoluzione parziale*

Muovendo da argomentazioni sostanzialmente equivalenti, la dottrina⁵⁵ (prima) e la giurisprudenza⁵⁶ (poi) hanno costruito una seconda eccezione⁵⁷ alla regola secondo cui alla risoluzione del contratto conseguono effetti restitutori; essa va sotto il nome di risoluzione parziale.

Più precisamente alcuni autori⁵⁸, sul presupposto che il precetto che l'art. 1458 c.c. detta relativamente ai contratti ad esecuzione periodica o continuata dimostra come non estranea al sistema la possibilità di scindere un regolamento contrattuale unitario, hanno ritenuto di sottoporre a

⁵⁴ A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, 28 afferma che in questo caso la risoluzione investe solo in parte il contratto, una parte del quale soltanto soffre il sopravvenuto vizio causale. L'A. sottolinea che per la parte attuata il rapporto continua a trovare titolo nel contratto che, in quei limiti, continua a valere e può essere invocato, anche dopo la pronuncia di risoluzione.

⁵⁵ Il riferimento principe è, naturalmente, alla monografia di A. GENTILI, *La risoluzione parziale*.

⁵⁶ V. la successiva nota 64.

⁵⁷ Al riguardo giova precisare che anche la regola concernente i contratti ad esecuzione continuata e periodica può essere considerata una forma di risoluzione parziale (sul punto cfr. lo stesso A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., *passim*); si è, però, ritenuto di distinguere nettamente tale ipotesi, esplicitata direttamente nell'art. 1458 c.c. ed in cui assume valore determinante il fattore tempo, da questa in esame che, originata da un'interpretazione analogica di quella medesima regola, si caratterizza, invece, per la serialità delle prestazioni oggetto del contratto.

⁵⁸ Cfr. A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., *passim* e, in particolare, 35.

critica quell'orientamento giurisprudenziale⁵⁹ che, facendosi forte del dogma dell'intangibilità del rapporto⁶⁰, non vedeva alternative alla integrale permanenza o alla completa risoluzione del contratto.

In particolare, è stato osservato che il contratto può avere ad oggetto una serie di prestazioni di cui ognuna capace di assicurare al creditore il soddisfacimento di un bisogno parziale⁶¹.

Si pensi all'esempio scolastico del ristoratore che, concluso un contratto di compravendita per 100 bottiglie di Barolo dell'anno 2000 con un grossista, a fronte dell'integrale pagamento, se ne veda recapitare soltanto 50. Supponiamo, poi, che l'adempimento parziale abbia ad origine una svista del commerciante che di bottiglie di vino di quell'annata ne aveva, appunto, solo 50.

⁵⁹ Orientamento di cui si legge in A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 67 ss.

⁶⁰ Con la presente espressione si vuole richiamare quella opinione sviluppatasi in parte in dottrina e seguita per lungo tempo (ma oggi abbandonata) in giurisprudenza secondo cui il giudice non avrebbe, se non nei casi espressamente previsti dalla legge, il potere di incidere sul contenuto del rapporto contrattuale modificandone in parte l'oggetto. Il campo di applicazione d'elezione di questa tesi era sicuramente dato dal rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo; la giurisprudenza di legittimità, fino alla metà degli anni ottanta, riteneva infatti che il promissario acquirente non potesse domandare, contestualmente all'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., la riduzione del prezzo del vizi e difformità della *res tradita* a ciò ostando una regola di salvaguardia dell'unità del contratto. Come osserva A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 73 ss. un segno di ripensamento di siffatto dogma lo si legge nella nota pronuncia Cass., sez. un., 27.2.1985, n. 1720, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1630, con nota di A. DI MAJO, appunto relativa al rapporto tra contratto preliminare e definitivo.

Con riferimento alla risoluzione parziale del contratto sostiene la tesi dell'intangibilità del contratto Cass. 29.4.1991, n. 4762, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Contratto in genere*, n. 386 secondo cui non è ammissibile una caducazione parziale del contratto quanto all'oggetto, ossia per una sola parte della prestazione; ciò perché il contratto è unico e dunque "o si risolve tutto, in relazione all'intera prestazione, oppure permane *in toto*"; in dottrina, condivide l'impostazione RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1971, 815.

⁶¹ R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, cit., 640 sottolinea come indice apprezzabile il fatto che il corrispettivo sia fissato in modo globale o per singolo bene oggetto della prestazione.

Un'applicazione inflessibile ed intransigente dei principi di cui agli artt. 1453 e 1458 c.c. comporterebbe per il ristoratore del nostro esempio conseguenze non accettabili; lo stesso, non potendo di fatto agire per l'esecuzione del contratto, si vedrebbe costretto a dover rinunciare alla possibilità di recuperare parte della somma (indebitamente) corrisposta, ovvero, agendo in risoluzione, a dover necessariamente restituire le 50 bottiglie di vino, onde ottenere l'integrale ripetizione dell'importo.

Partendo da casi come questo è stato osservato⁶² che mentre l'interesse della parte inadempiente a riottenere la prestazione parziale non risulta apprezzabile, è, invece, sicuramente meritevole di tutela, rispondendo alla generale esigenza di conservazione del contratto, l'(eventuale) interesse del contraente fedele a limitare la risoluzione del contratto.

Di qui la regola, ricavata in via analogica⁶³ dallo stesso art. 1458 c.c. (oltre che dall'art. 1464 c.c.), e, di recente, assunta dalla nostra giurisprudenza⁶⁴ secondo cui laddove (i) un contraente abbia

⁶² C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, cit., 303 e già ID, *La vendita*, cit., 951.

⁶³ Il profilo è affrontato con attenzione da A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 213 ss. ove amplia bibliografia cui si rimanda integralmente. G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., 322, indicava (anche) nell'art. 1419 c.c. una norma a cui riferirsi per giustificare, in via analogica, la risoluzione parziale del contratto.

⁶⁴ Da ultimo cfr. Cass. 20.5.2005, n. 10700, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Contratto in genere*, n. 616 secondo cui la risoluzione parziale del contratto, esplicitamente prevista dall'art. 1458 c.c. in riferimento ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, deve ritenersi possibile anche nell'ipotesi di contratto ad esecuzione istantanea, quando l'oggetto di esso sia rappresentato non da una sola prestazione, caratterizzata da una sua unicità e non frazionabile, ma da più cose aventi una distinta individualità, il che si verifica allorché ciascuna di esse, separata dal tutto, mantenga una propria autonomia economico funzionale che la renda definibile come un bene a se stante e come possibile oggetto di diritti o di autonoma negoziazione. Nello stesso senso Cass. 21.12.2004, n. 23657, in *Contratti*, 2005, 654, con nota di G. Opromolla e Cass. 15.4.2002, n. 5434, in *Contratti*, 2003, 238 con nota di M. Pollaioli.

parzialmente adempiuto un contratto, (ii) l'oggetto dell'obbligazione sia costituito da una serie di prestazioni tali per cui, più in genere, il rapporto di corrispettività risulti, per così dire, scindibile⁶⁵, e (iii) la parte fedele abbia accettato l'adempimento parziale, perché capace di assicurare al creditore il parziale soddisfacimento di un bisogno, la retroattività della risoluzione non colpisce quest'ultimo, avendo lo stesso realizzato, seppure *pro parte*, il sinallagma funzionale del contratto.

Il (solo) contraente fedele⁶⁶ potrà dunque decidere, in alternativa alle domande di adempimento e risoluzione totale del rapporto⁶⁷, se trattenere la (parte di) prestazione ricevuta ed agire per ottenere la risoluzione parziale del contratto.

⁶⁵ Sui concetti di unità e scindibilità del regolamento contrattuale v. nuovamente A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 32 e 173 ss. Certamente da condividere il rilievo (181) secondo cui l'unità o scindibilità del contratto più che caratteristica obiettiva del rapporto è frutto di una scelta costruttiva o operativa che origina dall'autonomia privata e, come tale, va, dunque, affrontata nell'ottica della risoluzione di un conflitto di interessi (212).

R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, 639, sottolinea che l'idea del contratto per prestazioni in serie non è ontologicamente così diverso dal contratto ad esecuzione continuata.

⁶⁶ R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, cit., 639.

⁶⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, cit., 303 sottolinea come l'accettazione di un adempimento parziale ed idoneo a soddisfare proporzionalmente l'interesse del creditore renda ingiustificata e contraria a correttezza l'eventuale successiva domanda di risoluzione totale del contratto.

6. Retroattività e decorrenza degli effetti di liberazione e rimozione dello stato di fatto e di diritto generato dal contratto

Da questi primi paragrafi emerge che alla risoluzione possono conseguire, rispettivamente, effetti liberatori dalle obbligazioni principali ed effetti di rimozione della situazione di fatto e di diritto generata dal contratto che danno luogo alla cancellazione dell'effetto reale e alla nascita di obbligazioni restitutorie. Prima di osservare le ulteriori conseguenze che derivano dallo scioglimento del contratto, risulta particolarmente significativo analizzare il ruolo della retroattività nella collocazione nel tempo di questi effetti.

Come si avrà modo di vedere, dottrina e giurisprudenza hanno, non senza contrasti, qualificato la decorrenza di ogni singola conseguenza come *ex tunc* (ovvero da ricondurre al momento della stessa stipulazione del contratto) o *ex nunc* (ovvero produttiva di effetti solo una volta che sia stato pronunciato lo scioglimento del contratto).

Ferma restando l'opportunità di una simile operazione, di cui vanno poste in rilievo le (quasi sempre) significative ricadute pratiche, va, non di meno, anticipato che l'attenzione per la collocazione temporale del singolo effetto pare aver fatto perdere lo sguardo d'insieme sul contratto. Detto altrimenti, allorquando si affronta il profilo della collocazione temporale degli effetti della risoluzione, sembra opportuno affrancarsi da quella opinione, ancora fortemente presente nelle sentenze e nelle opere di

dottrina, che, sulla base di un'idea forte della retroattività, afferma che questo rimedio avrebbe l'effetto di annientare l'atto ed il rapporto⁶⁸.

Ove si guardi criticamente all'assioma retroattività = nullificazione del regolamento contrattuale e, in genere, dei comportamenti tenuti dalle parti in costanza del rapporto, si avrà modo di cogliere alcuni dati significativi.

Ciò premesso, con riferimento alla decorrenza dell'effetto liberatorio sono state sostenute due tesi contrapposte. A fronte di un orientamento giurisprudenziale secondo cui la pronuncia di risoluzione del contratto produce, rispetto alle prestazioni da eseguire un effetto liberatorio *ex nunc*⁶⁹, la dottrina oscilla, invece, tra le posizioni di chi contesta⁷⁰ e chi concorda⁷¹ con siffatta posizione.

A sostegno dell'una e dell'altra tesi non si rinvengono ragioni particolarmente convincenti. Chi sostiene che l'effetto della risoluzione si verifica *ex tunc*, non ne esplicita le motivazioni, concede spazio alla suggestione della regola di retroattività e, forse per non incorrere in equivoci logico-linguistici⁷², preferisce parlare di estinzione delle obbligazioni⁷³; chi opta per la decorrenza *ex nunc*, si esprime, invece, in

⁶⁸ Ancora di recente v. in dottrina G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 685.

⁶⁹ Cfr. Cass. 21.10.1992, n. 11511, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Contratto in genere*, n. 395; Cass. 12.6.1987, n. 5143, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2222.

⁷⁰ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 947.

⁷¹ Cfr. L. MOSCO, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 266; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 175; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 672.

⁷² Pare irrazionale, infatti, riferire di liberazione *ex tunc*.

⁷³ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 947.

termini di liberazione dalle obbligazioni e ricollega tale effetto alla natura costitutiva della sentenza che dichiara lo scioglimento del rapporto⁷⁴.

Al riguardo, così come, da una parte, ancorare la decorrenza di questo effetto ablativo alla regola di retroattività, che è mera *fictio iuris*, non pare risolutivo, dall'altra, a fronte delle numerose ipotesi di risoluzione di diritto, neppure appare persuasivo ricollegare tale effetto alla pubblicazione della sentenza.

Nemmeno un'analisi della giurisprudenza in materia di inadempienze reciproche sembra fornire indicazioni utili in un senso o nell'altro. Ciò, verosimilmente, in quanto una volta pronunciata la risoluzione del contratto per inadempimento del contraente infedele, sfuma, con riferimento alla controprestazione corrispettiva, la rilevanza del comportamento della controparte⁷⁵.

⁷⁴ Così L. MOSCO, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 266.

⁷⁵ Si consideri il seguente esempio: A rifiuta la prestazione tardiva di B, si avvale dell'eccezione di inadempimento ed agisce per la risoluzione del contratto. In considerazione di ciò il convenuto B, a causa del rifiuto di A, agisce per ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento dell'attore.

Supponiamo che il contratto sia risolto per inadempimento del convenuto B, integrando il ritardo di questo il requisito di non scarsa importanza ex art. 1455 c.c.: chi segua la tesi maggioritaria affermerà che le parti sono liberate *ex nunc*, ovvero dalla pubblicazione della sentenza, dalle rispettive obbligazioni corrispettive; chi segua la tesi minoritaria affermerà che le obbligazioni corrispettive si estinguono *ex tunc*.

A questo punto, consideriamo con maggiore attenzione le obbligazioni principali. Rispetto al soggetto A (attore, contraente fedele) le due tesi non sembrano dare luogo a differenze significative: in un caso (tesi minoritaria) la sua obbligazione si estingue *ab initio*, nell'altro (tesi maggioritaria) egli è dapprima tutelato dall'eccezione di inadempimento e poi liberato. Anche rispetto al soggetto B (convenuto, contraente inadempiente) non si evidenziano differenze significative: la sua obbligazione, seconda una tesi (quella minoritaria) si estingue con effetto retroattivo, seconda l'altra (quella maggioritaria) viene meno con la pronuncia giudiziale.

In conclusione, nel limite in cui si concordi con la ricostruzione svolta nelle pagine precedenti, secondo cui l'effetto di liberazione o estinzione non si estende direttamente alle altre obbligazioni, clausole o altri vincoli contenuti nel regolamento contrattuale, non si vedono conseguenze concrete significative nel seguire una delle due tesi in esame;

Ancorché non sembri, allora, così infondato il dubbio, che, pronunciato o dichiarato lo scioglimento del rapporto contrattuale, non comporti differenze di disciplina ritenere l'obbligazione del contraente fedele non dovuta con effetto *ex tunc* o *ex nunc*, sembra più coerente ricollegare l'effetto di liberazione o estinzione rispettivamente alla pronuncia costitutiva del giudice, o al realizzarsi dei presupposti previsti negli artt. 1454, 1456 o 1457 c.c. (e dunque *ex nunc*).

In ogni caso, a parere di chi scrive, una volta verificato che l'effetto liberatorio concerne le sole obbligazioni principali, non estendendosi a quelle obbligazioni secondarie ed altri vincoli dalle parti creati proprio per regolare l'eventuale fase di conflitto o lite tra i contraenti, la problematica in esame risulta fortemente ridimensionata nella sua importanza⁷⁶.

Con riferimento alla decorrenza delle altre conseguenze della risoluzione si può osservare, in prima battuta, una parità di vedute di dottrina e giurisprudenza che ritengono che la retroattività della risoluzione dia luogo, con effetto *ex tunc*⁷⁷, sia alla (automatica) cancellazione dell'effetto reale che alla restituzione (se domandata) delle prestazioni corrispettive⁷⁸.

differenze significative, invece, ben facilmente avvertibili laddove si ritenga che l'effetto liberatorio si estenda a tutte le obbligazioni contrattuali.

⁷⁶ Rimane ferma la considerazione secondo cui la tesi maggioritaria merita adesione laddove mantiene inalterata la rilevanza del comportamento delle parti in costanza del rapporto.

⁷⁷ Sul punto esiste, in dottrina come in giurisprudenza, un orientamento incontrastato che sostiene che la retroattività, nella sua accezione di ripristino della situazione di fatto e di diritto, opera *ex tunc*; in questo senso cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 947; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 177; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 672.

⁷⁸ Come *supra* osservato, in presenza di particolari situazioni, la risoluzione può colpire solo una parte del rapporto: il riferimento è non solo all'eccezione dei contratti ad

L'omogeneità delle opinioni viene meno laddove si affrontino aspetti più specifici: si pensi al rapporto tra regola di retroattività e principio *res perit domino*⁷⁹. Ove si accedesse all'interpretazione secondo cui l'efficacia retroattiva della risoluzione fa sì che, ad esempio, l'alienante debba essere considerato come se non avesse mai cessato di essere proprietario, ciò significherebbe che il rischio del perimento del bene verificatosi, supponiamo, in corso del giudizio, sarebbe sempre a carico di quest'ultimo. Una simile soluzione, tuttavia, contrasta con il disposto degli artt. 1465 e 1492, c. 3, c.c.; sembra, dunque, di poter escludere che l'effetto reale venga meno *ex tunc*.

Non mancano altri esempi: costituisce, infatti, *ius receptum* della Suprema Corte la massima secondo cui, pur a fronte dell'efficacia *ex tunc* dell'effetto restitutorio, il maturare di interessi sulle somme versate da una parte all'altra in esecuzione del contratto, decorre non dalla data del versamento ma dalla proposizione di un'apposita domanda giudiziale⁸⁰.

Secondo alcuni, questi ed altri dati fornirebbero ben più di uno spunto per approfondire l'opinione secondo cui la retroattività della risoluzione sarebbe, ad essere rigorosi, una «non retroattività»⁸¹.

esecuzione continuata e periodica stabilita dallo stesso art. 1458 c.c., ma anche e soprattutto alle regole, ormai fatte proprie anche dalla giurisprudenza, della risoluzione parziale.

⁷⁹ Per un'ampia panoramica del problema cfr., da ultimo, R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, Padova, 2004.

⁸⁰ Cfr. Cass. 2.8.2006, n. 17558, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 626. Nella giurisprudenza di merito v. T. Genova, 4.6.2007, *ined.*

⁸¹ Così C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 209. D'altronde in questo senso si muovono tutte le più recenti compilazioni di diritto privato europeo. Cfr. art. 7.3.5 Principi Unidroit e art. 9:305 PECL.

Rinviando ogni ulteriore valutazione ai successivi capitoli, sembra di poter quantomeno affermare che l'analisi sin qui condotta rafforza quella proposta di affrancarsi dal binomio risoluzione = nullificazione del contratto.

Lo studio di alcuni soltanto degli effetti della risoluzione permette di affermare che un'applicazione intransigente dell'istituto della retroattività, oltre a non essere condiviso dalla giurisprudenza, non risulta appagante; e ciò in quanto risolvere un contratto non significa, appunto, cancellarne ogni traccia.

La prospettiva che, ad avviso di chi scrive, sembra imporsi è, dunque, che la retroattività è regola da intendersi in senso (non assoluto ma) relativo⁸²; la sua applicazione va adattata alla specificità dei rapporti, alla varietà delle vicende e, in genere, agli elementi di diversità che caratterizzano la fattispecie concreta, sulla base di criteri mobili che tocca all'interprete individuare e modulare, adattandoli al caso di specie.

Ad ulteriore riprova di questa riflessione, secondo cui la retroattività come cancellazione *tout court* del rapporto contrattuale è dogma tutt'altro che indiscutibile, si rende opportuno un ulteriore approfondimento.

⁸² G. TATARANO, voce *Retroattività*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 83 ss. pone l'accento sulla «relatività» del risultato scaturente dall'applicazione della tecnica legislativa della retroattività e sottolinea come il legislatore abbia effettuato, nelle diverse ipotesi in cui la dispone, una operazione di «dosaggio della retroattività».

7. Segue. Fase di pendenza e clausola generale di buona fede: rilevanza delle obbligazioni (accessorie) di conservazione, custodia e diligente amministrazione della prestazione da restituire

La considerazione secondo cui la risoluzione retroagisce al momento stesso della stipula del contratto «nullificandolo» induce, come si accennava, a perdere di vista l'arco temporale che intercorre tra stipulazione e risoluzione del rapporto⁸³.

Per converso, sembra necessario prestare più attenzione a questa fase di pendenza⁸⁴, il cui termine iniziale potrebbe essere più precisamente ricondotto al primo (momento o frazione di) inadempimento, e focalizzare lo sguardo su alcuni ulteriori doveri di condotta da cui i contraenti non sono liberati e che, addirittura, in quanto funzionali alle restituzioni, la retroattività non solo non cancella, ma presuppone.

Il riferimento è alle obbligazioni di conservazione, custodia e diligente amministrazione delle prestazioni da restituire⁸⁵, che trovano la

⁸³ G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 163 definisce condizione di responsabilità quella in cui il diritto di credito viene a trovarsi.

⁸⁴ Presta attenzione alla differenza tra fase di costanza del rapporto e fase successiva alla risoluzione il solo A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 260, 278, (osservazione sviluppata anche in ID., voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1328). Anche se in una diversa prospettiva, il tema è trattato anche da D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 15, Napoli, 2004, 80.

⁸⁵ In dottrina si rinviene un autorevole accenno in G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 292 ove l'A. afferma che la retroattività importa la responsabilità dell'inadempiente per gli atti di amministrazione compiuti senza la necessaria diligenza. Il profilo della connessione tra obbligo di custodia e di restituzione si ritrova in M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 185 oltre che in G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 682.

Un generico riferimento è presente in Cass. 18.2.1980, n. 1192, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Contratto in genere*, n. 292 ove si legge che il compratore che sia attore o convenuto in

loro fonte nella clausola generale di buona fede⁸⁶, risultando applicabili al caso di specie ai sensi dell'art. 1375⁸⁷ c.c. e/o ex art. 1358 c.c. (quest'ultimo in via analogica).

Per meglio approfondire il tema, evitando - al tempo stesso - il rischio, connaturale ad ogni tentativo definitorio⁸⁸, di limitare la portata applicativa propria di questa clausola generale, potrebbe essere maggiormente utile prendere in considerazione un esempio.

Supponiamo che il soggetto A ceda al soggetto B un'azienda e che il particolare valore della *res* produttiva abbia indotto il venditore ad acconsentire una ripartizione nel tempo del pagamento del prezzo concordato. Ipotizziamo, poi, che B, imprenditore avente capacità molto inferiori ad A, perda clienti, diminuisca le entrate e, conseguentemente, non riesca ad adempiere all'obbligazione di pagare alcune delle somme differite⁸⁹.

giudizio per la risoluzione della vendita ha l'obbligo di custodire la cosa venduta quale obbligato *sub conditione* alla restituzione di essa.

⁸⁶ L'osservazione non sembra essere stata adeguatamente sviluppata in dottrina; spunti fondamentali si rinvergono in M. BESSONE - And. D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 346 ove gli AA., constata l'inadeguatezza del sistema degli artt. 1458, 2033 e 2041 c.c. alle esigenze di salvaguardia dell'equilibrio economico tra le parti, ipotizzano una campo di applicazione della buona fede anche nella fase posteriore allo scioglimento del contratto.

⁸⁷ And. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, IV**, Torino, 2004, 2 s. sottolinea i larghi spazi di indefinizione del precetto; secondo l'A. l'ambito applicativo dell'art. 1375 c.c. non sembra circoscritto alla disciplina dell'adempimento, potendo, nella fase esecutiva, manifestarsi conflitti di interesse tra i contraenti non concernenti l'attuazione delle prestazioni. Un cenno in tal senso si rinviene anche in A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 351.

⁸⁸ Sul punto, di recente, And. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 3 ss. e 7 ss.; tra gli altri, cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965, 189.

⁸⁹ Naturalmente si dà per scontato che tale inadempimento abbia le caratteristiche della non scarsa importanza ex art. 1455 c.c.

Casi come questo descritto danno luogo a problemi assai complessi sui cui si tornerà in seguito; si pensi alla questione concernente il diritto di A ad ottenere l'integrale ripristino della situazione di fatto e di diritto e, dunque, non solo la restituzione dell'azienda ma anche, a titolo di restituzione o risarcimento, la perdita di valore della medesima.

Limitando il campo, ciò che si vuole, per ora, osservare è che, a prescindere dal contenuto delle obbligazioni restitutorie e dall'eventuale diritto al risarcimento che A, domandando la risoluzione, potrà far valere, nella fase di pendenza che intercorre tra inadempimento e risoluzione B non potrà più agire in completa libertà, dando completo sfogo alla sua libera ma inefficiente iniziativa economica; il suo comportamento dovrà essere improntato a buona fede in vista della restituzione dell'azienda⁹⁰.

Fermo restando che risulta assai complesso, se non addirittura fuorviante, ricostruire in astratto un ambito di discrezionalità del soggetto acquirente, può affermarsi che a questo saranno impedito tutte quelle azioni che comportino una volontaria (ulteriore) diminuzione del valore dell'azienda⁹¹.

In altre parole, l'esempio rende concreta l'idea secondo cui esistono obbligazioni, riconducibili agli artt. 1358 e/o 1375 c.c., (per così dire) accessorie che impongono alle parti di preservare le ragioni della

⁹⁰ M. BESSONE - And. D'ANGELO, voce *Presupposizione*, cit., 346 qualificano il giudizio di buona fede quale strumento di distribuzione tra le parti del pregiudizio che consegue alla risoluzione e che non può essere annullato con il meccanismo delle restituzioni o ex art. 2041 c.c.

⁹¹ Si pensi alla cessione di un ramo di azienda che, pur non costituendone il *core business*, sia stata oggetto di forti investimenti.

controparte⁹², custodendo il bene ricevuto ed amministrandolo con la diligenza che caratterizza lo standard medio del buon padre di famiglia⁹³.

L'indagine potrebbe essere estesa ad ulteriori profili⁹⁴ che, per quanto interessanti, rischierebbero di condurci fuor di tema.

In conclusione, la risoluzione è sì, in linea generale, cancellazione del contratto; ma il principio soffre importanti e numerose eccezioni.

Oltre a quelle già menzionate sopra, e su cui ci siamo intrattenuti nei precedenti paragrafi, ecco un'ulteriore eccezione: la retroattività non

⁹² Afferma l'operatività del principio di buona fede oggettiva anche nella fase dell'inadempimento Cass. 21.5.2007, n. 11794 (ord.), *ined.* che ha rimesso al Primo Presidente per l'assegnazione alle sezioni unite la questione se sia consentito al creditore chiedere giudizialmente l'adempimento frazionato di una prestazione originariamente unica, perché fondata sullo stesso unico rapporto. Sul punto, è stata di recente pubblicata Cass., sez. un., 15.11.2007, n. 23726, in *Guida al dir.*, 2007, XXXXVII, 28, con cui la Corte di legittimità ha modificato la propria precedente giurisprudenza (Cass., sez. un., 10.4.2000, n. 108) a fronte di un quadro normativo «nel frattempo evolutosi [...] nella direzione di una sempre più accentuata e pervasiva valorizzazione della regola di correttezza e buona fede siccome specificativa nel contesto del rapporto obbligatorio degli inderogabili doveri di solidarietà il cui adempimento è richiesto dall'art. 2 della Costituzione». Più oltre si riferisce della Più oltre si riferisce della «ormai acquisita consapevolezza della intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale». Particolarmente significativo, infine, il passaggio ove si afferma che «se, infatti, si è pervenuti, in questa prospettiva, ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi, a maggior ragione deve ora riconoscersi che un siffatto originario equilibrio del rapporto obbligatorio, in coerenza a quel principio, debba essere mantenuto fermo in ogni successiva fase, anche giudiziale, dello stesso e non possa quindi essere alterato, ad iniziativa del creditore, in danno del debitore».

⁹³ O, come nel caso delineato nel testo, del buon imprenditore.

⁹⁴ Su tutti, si pensi, al problema, da risolvere in senso positivo, dell'applicabilità al caso di specie dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (azioni surrogatoria, revocatoria, sequestro conservativo, etc.).

investe, anzi, implica obbligazioni di protezione⁹⁵ dell'interesse altrui riconducibili alla clausola generale di buona fede e specificamente attinenti alle conseguenze della risoluzione.

8. c) Il risarcimento del danno da risoluzione

Il contraente che, scelta la via giudiziale, ottenga una pronuncia di risoluzione ha diritto al risarcimento del danno ex artt. 1218 e 1453 c.c.

Ecco, dunque, un ulteriore effetto⁹⁶ che consegue alla cancellazione del rapporto, effetto che, diversamente dai precedenti, è evidentemente stabilito a favore di una sola parte, quella fedele⁹⁷.

Nel vigore del codice del 1865 alcuni autori⁹⁸ discutevano della possibilità stessa di poter riconoscere all'attore in risoluzione il diritto al

⁹⁵ Su cui meglio F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342 ss.

⁹⁶ Al riguardo si evidenzia che l'effetto risarcitorio, a differenza degli altri sinora incontrati, non necessita di apposita domanda di risoluzione del contratto. Per altro, la possibilità del contraente fedele di ottenere il risarcimento ex art. 1218 c.c. induce sovente i contraenti a disinteressarsi della sorte del contratto, quasi la domanda risarcitoria determinasse, di per sé, la morte del vincolo. In conseguenza di ciò, nel diritto applicato, il profilo risarcitorio assorbe e finisce col prevalere rispetto ad ogni diverso ed ulteriore aspetto. Sul punto A.M. BENEDETTI, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, in *Danno e resp.*, 2005, 519 si interroga se il verificarsi di un inadempimento irreversibile possa, in difetto di un particolare interesse del creditore, in qualche misura togliere al contratto la sua forza di vincolo, o, comunque, decretarne una sorta di tacito scioglimento.

⁹⁷ Si tratta pur sempre di un effetto eventuale messo a carico della parte cui sia imputabile l'inadempimento. Come per le restituzioni anche il risarcimento del danno, avendo ad oggetto un bene della vita, non è conseguenza automatica e necessita di apposita domanda di parte (v. R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, cit., 673). Sulla conseguente applicabilità del principio dell'onere della prova v., ad esempio, Cass. 19.5.2003, n. 7829, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, n. 561.

risarcimento del danno, rilevandosi, da parte di alcuni, come, quest'ultimo, si ponesse in palese antinomia con l'effetto retroattivo della risoluzione disciplinato dal previgente art. 1165.

È noto che ogni incertezza⁹⁹ al riguardo è stata legislativamente fugata dal corrispondente art. 1453, comma 1, c.c. che espressamente fa salvo siffatto diritto.

D'altronde, come è stato osservato¹⁰⁰, ove l'effetto della risoluzione fosse unicamente quello di liberare le parti dalle obbligazioni assunte ed obbligarle alle restituzioni, verrebbe meno ogni certezza del traffico giuridico in quanto ciascun contraente potrebbe mutare avviso sulla convenienza dell'affare concluso e sciogliersi liberamente da esso.

In dottrina, il fenomeno risarcitorio risulta ampiamente l'aspetto più studiato; di qui una vastissima pluralità di indirizzi che propongono diversi modelli che possono essere, nel limite di spazio concesso dalla presente trattazione, ricondotti a tre teorie maggiormente sviluppatesi nel tempo.

La prima ritiene risarcibile il cd. interesse contrattuale positivo. Secondo questi autori¹⁰¹ la responsabilità contrattuale è strumento che

⁹⁸ V. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, 7° ed., IV, Firenze, 1908, 252 ss.; L. DIKOFF, *Studi sulla risoluzione dei contratti bilaterali secondo l'art. 1165 del cod. civ. ital.*, in *Arch. giur.*, 1930, 11; L. COVIELLO jr, *Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, 40.

⁹⁹ C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 236, ritiene, per converso, antinomico il risarcimento del danno positivo; da ciò ne deriva la sua contestazione alla teoria che ritiene risarcibile l'interesse contrattuale positivo (di cui *infra*).

¹⁰⁰ Così G. ALPA, *Rischio contrattuale*, in *Contratto e impr.*, 1986, 653.

¹⁰¹ Cfr. già G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 100, 141 e 164 con riferimento al c.c. 1865 e 244 ove, con riferimento al c.c. 1942, l'A. sottolinea come la formula definitiva adottata dal legislatore «in ogni caso» esprime in maniera più chiara di

deve permettere alla parte fedele di essere posta nella stessa situazione in cui si sarebbe trovata se il contratto avesse avuto integrale e puntuale esecuzione¹⁰². Sarebbe dunque risarcibile sia il danno emergente sia il lucro cessante, in modo da far conseguire al creditore quello stesso incremento patrimoniale netto che avrebbe ottenuto se il contratto fosse stato regolarmente adempiuto¹⁰³.

quanto non facesse la precedente redazione «oltre al risarcimento del danno» la tutela dell'interesse contrattuale positivo. Si inseriscono in questo filone V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 950, il quale, tuttavia, si interroga sull'eventuale valore di "mitigazione" del risarcimento che può conseguire all'applicazione del disposto dell'art. 1227, c. 2, c.c.; R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, cit., 673; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 297 s. ove ampia analisi delle voci di danno emergente e lucro cessante; ID., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Artt. 1218-1229, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 261; A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 200 ss. il quale, peraltro (352 ss.) ammette altresì la risarcibilità dell'interesse negativo da risoluzione sulla base di un titolo di responsabilità diverso dall'inadempimento contrattuale; tale danno sarebbe fondato sulla violazione delle disposizioni di cui agli artt. 1337, 1338 e 1398 c.c. costituenti espressione di principi generali la cui operatività non potrebbe essere circoscritta al solo ambito degli illeciti precontrattuali e dovrebbe, invece, essere estesa anche al di fuori della *culpa in contrahendo*; A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 318; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in AA.VV., *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, 1528; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 206 ss.; L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile, Fatti e atti giuridici*, I, 2, Torino, 1989, 867; P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, III, Milano, 2002, 1943 ss. (nonché in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 637 ss.); G. VILLA, *La quantificazione del danno*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *I Rimedi-II*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 933.

¹⁰² Secondo A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 184 i sostenitori di questa interpretazione vedono nel risarcimento una sorta di surrogato dello scambio venuto meno; *contra*, sul punto, G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 168 il quale sottolinea come la risoluzione serva a soddisfare un interesse del creditore almeno equivalente a quello che doveva essere soddisfatto mediante adempimento. La risoluzione sarebbe, dunque, istituito posto ad attuare, almeno per equivalente, l'interesse della parte fedele.

¹⁰³ Questa posta di danno va sotto il nome di danno differenziale consistendo nella differenza di valore tra prestazione dovuta dalle parte inadempiente ed il valore della controprestazione. Sul punto v. A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 228 ss.

Questa corrente, largamente maggioritaria – specie in epoca recente - in giurisprudenza¹⁰⁴, ha dato luogo ad alcune critiche: tra le altre, quelle di chi ha ritenuto erroneo imporre all'inadempiente il soddisfacimento di quel medesimo interesse che, con la domanda di risoluzione, l'attore dichiara di non voler più perseguire¹⁰⁵.

Una seconda corrente¹⁰⁶ ritiene, invece, che il risarcimento debba soddisfare il cd. interesse contrattuale negativo.

In altri termini, la parte fedele deve essere posta nella stessa posizione economica antecedente alla conclusione del contratto

¹⁰⁴ Tra le altre v., da ultimo, Cass. 22.6.2006, n. 14431 *ined.* Cfr. però di recente Cass. 31.8.2005, n. 17652, in *Corr. giur.*, 2005, 1684 con nota di V. Mariconda, secondo cui tra i pregiudizi patrimoniali suscettibili di risarcimento, subiti dalla parte non inadempiente per effetto della risoluzione del contratto per inadempimento della controparte, rientrano anche le spese affrontate in vista del proprio adempimento e, specificamente, ove il contratto in questione sia costituito da un preliminare avente ad oggetto il trasferimento di una cosa determinata, gli esborsi diretti alla realizzazione di quest'ultima, o, comunque, finalizzati a renderla conforme all'oggetto delle pattuizioni.

¹⁰⁵ C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 238 ss. sviluppa una propria tesi secondo cui andrebbe, invece, risarcito l'interesse alla conservazione e all'integrità del patrimonio. Secondo l'A. (239) l'interesse da risarcire andrebbe limitato al lucro cessante, al vantaggio che il risolvente avrebbe conseguito con l'esecuzione del contratto. M.R. MARELLA, *Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 369 ss. sottolinea l'eccesso di tutela che conseguirebbe alla parte fedele cumulando il riacquisto della piena disponibilità della propria prestazione e la realizzazione dell'assetto del patrimonio programmato attraverso il contratto. B. GRASSO, *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, Napoli, 1993, 46 ritiene che, salvo eccezioni (54 ss.), la risoluzione non debba tendere alla ricostruzione dell'assetto quantitativo e qualitativo del patrimonio che sarebbe derivato dall'esecuzione del contratto, perché il risolvente ha inteso scambiare l'acquisto preordinato con un acquisto alternativo almeno equivalente al primo. In altre parole (52) la risoluzione è vista come «rinuncia» all'esecuzione dell'interesse creditorio primario, e la conseguente azione (53) come libera scelta di convenienza di «perdere per acquistare».

¹⁰⁶ Cfr. M.R. MARELLA, *Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 375; B. GRASSO, *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, cit., 49 ss. Ripropongono, di recente, un possibile ruolo per il risarcimento dell'interesse negativo VILLA, *La quantificazione del danno*, cit., 937 e ss., nonché P. PARDOLESI, *Rimedi che non rimediale e alternative risarcitorie: il «disgorgement» dei profitti da inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 473 ss.

inadempito. In questa accezione, il risarcimento si qualifica come strumento volto a completare il complessivo effetto ripristinatorio della vicenda risolutoria¹⁰⁷, da effettuarsi attraverso la sola liquidazione delle perdite che l'attore in risoluzione non avrebbe incontrato se non avesse concluso il contratto.

Anche questa tesi non è andata esente da critiche¹⁰⁸; tra le altre, risultano particolarmente efficaci quelle di chi¹⁰⁹ ha paventato problemi di sovrapposizioni e commistioni tra restituzioni e risarcimento, posto che è già compito delle prime azzerare gli spostamenti patrimoniali aventi titolo nel contratto venuto meno.

Un terzo filone, infine, riunisce le indicazioni che provengono dalle due interpretazioni sopra esposte e propone la via del cumulo¹¹⁰.

La parte fedele avrebbe, dunque, diritto sia ai vantaggi che gli sarebbero derivati dal contratto, sia alla liquidazione delle spese affrontate per stipulare ed eseguire il contratto.

Questa tesi ha subito le più forti critiche perché, secondo i più, darebbe luogo a situazioni di ingiustificato arricchimento permettendo di sommare ai benefici propri dell'attuazione del contratto, il rimborso dei

¹⁰⁷ Così A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 184.

¹⁰⁸ P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1946 sottolinea la difficoltà per il contraente fedele di fornire la prova, deduce come questa regola resterebbe per lo più inoperante e, dunque, ne proclama l'inefficacia.

¹⁰⁹ A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 185 ss. e 205 ove sottolinea la diversità di presupposti e finalità di restituzioni e risarcimento del danno. V. anche A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 320-323.

¹¹⁰ Cfr. F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, 481 e ID., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, 682.

costi dell'operazione che, anche in caso di adempimento, rimarrebbero, invece, a carico della parte¹¹¹.

In conclusione, questa breve panoramica permette di mettere in luce un ulteriore profilo di ricerca: nelle pagine che seguono sarà necessario studiare le obbligazioni restitutorie coordinandone l'analisi con (le diverse interpretazioni de) i profili risarcitori. Ma prima ancora bisognerà individuare che cosa è danno, e dunque risarcimento, e che cosa è restituzione¹¹².

9. Varietà e complessità del fenomeno risolutorio: definizione dell'oggetto della ricerca

Sembra giunto il momento di trarre dal quadro di problematiche che si è tracciato le linee di svolgimento della presente ricerca.

¹¹¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., 297; P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1953; B. GRASSO, *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, cit., 60; A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 220 ss.

¹¹² Fondamentali, al riguardo, le pagine di A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 319 ss. in cui l'A. chiarisce che con il rimedio risarcitorio «si intende reagire massimamente contro il danno prodotto nella sfera patrimoniale del soggetto, assicurando ad esso una forma di compensazione pecuniaria che, più che eliminare il danno, lo neutralizzi in senso economico»; con il rimedio restitutorio, invece, « non si ha riguardo al danno (né importa che danno patrimoniale si sia prodotto) ma alla sola alterazione di una situazione di fatto e/o di diritto, alterazione che occorre rimuovere, ristabilendo la situazione originaria e con ciò ripristinando il vigore delle norme» (corsivo dell'A.). *Adde*, di recente, D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., 79.

Nei paragrafi precedenti si è avuto modo di osservare la complessità del fenomeno risolutorio e le principali conseguenze¹¹³ che possono derivare dalla risoluzione; pur nella consapevolezza dello scarto di infedeltà proprio di ogni analisi sintetica, si è cercato di classificare questi effetti, descrivendone la disciplina ed evidenziandone eccezioni; si è, più in genere, constatata l'inattendibilità di un modello di regime applicabile in modo costante ed invariabile ad ogni fattispecie di contratto inadempito corrispondente alla previsione degli artt. 1453 e 1458 c.c. con identico effetto su ogni inerente obbligazione, vincolo e pattuizione, indipendentemente dalla varietà dei casi e della diversità di prestazioni e rapporti contrattuali che l'esperienza del diritto applicato offre.

In altre parole l'analisi sin ora condotta sembra aver fornito primi margini di conferma a quell'ipotesi iniziale secondo cui l'idea di una retroattività come «totale nullificazione»¹¹⁴ del contratto è inadeguata e si

¹¹³ Il riferimento alle conseguenze «principali» è motivato dal fatto che, ad esempio, non è stata affrontata il problema, pur inquadrabile tra gli effetti di rimozione delle conseguenze prodotte dal contratto, del cd. ritorno in vita dell'obbligazione estinta che si realizza in caso di risoluzione di contratti con effetti estintivi. Sul punto v. R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, cit., 621. In giurisprudenza v. Cass. 5.7.2001, n. 9094, in *Foro it.*, 2003, I, 1241. *Adde* la recente ed alquanto approfondita ricostruzione di G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 749 ss.

¹¹⁴ Espressione di C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 212, nota 11 ove l'A., più specificatamente, osserva come nonostante l'illusione di una totale nullificazione del contratto, in realtà alla risoluzione sopravvive un rapporto *ex lege* di liquidazione con funzione esclusiva di restaurare l'equilibrio incrinatosi nella fase di attuazione del rapporto contrattuale. In questo senso sembra, peraltro, muoversi la recente Cass. 15.1.2007, n. 738, cit.

Sostiene, invece, l'idea dell'irrelevanza del regolamento contrattuale, ma con riferimento alla ben più demolitiva ipotesi della nullità, D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., 7. Altre volte l'A. (10) riconosce, peraltro, la diversità tra restituzioni da contratto nullo e restituzioni da risoluzione, rimarcando, nelle prime, un'ulteriore diversità di disciplina a seconda della natura della nullità.

Per un interessante approccio storico-comparatistico v. B. SCHMIDLIN, *La risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità ex tunc al rapporto di liquidazione*

scontra con una pluralità di dati dai quali emerge una persistente rilevanza del rapporto. L'inalterata efficacia di clausole secondarie ed accessorie, la non estensione della regola di retroattività a quei rapporti in cui sia stato realizzato *pro tempore* (così la regola in materia di contratti ad esecuzione continuata o periodica) o *pro parte* (è il caso della risoluzione parziale) il sinallagma funzionale del contratto e la sopravvivenza, nella cd. fase di pendenza, di obbligazioni che traggono origine dalla clausola generale di buona fede sono elementi che accreditano soluzioni costruttive non riconducibili alla visione della risoluzione e del suo effetto retroattivo come pura e semplice rimozione del vincolo contrattuale¹¹⁵.

contrattuale, in *Europa e dir. privato*, 2001, 825 (anche in AA. VV., *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 332).

¹¹⁵ Non è, infatti, mancato chi (C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 209), ha affermato che la retroattività della risoluzione è, a ben vedere, un «non retroattività». In effetti R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, in A. Burrow – Lord Rodger of Earlsferry (a cura di), *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford, 2006, ma disponibile anche all'indirizzo <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/48zimmermann.pdf>, § 5 svolgendo un parallelo tra le soluzioni del diritto francese, tedesco e dei PECL afferma che la scelta dei compilatori dei *Principles* per la non retroattività della risoluzione del contratto è stata determinata da tre dati: «(a) al creditore non dovrebbe essere impedito il diritto di richiedere il risarcimento dei danni per la perdita di aspettative; (b) vi può essere una serie di clausole nel contratto che sono chiaramente destinate ad operare anche se il contratto è risolto, come ad esempio le clausole relative alla composizione delle controversie; (c) sarebbe inopportuno tentare di annullare lo scambio di prestazioni per il passato relativamente ad un contratto che preveda prestazioni continuative o periodiche». Ove si consideri che il diritto italiano (a) ammette ex art. 1453, c. 1, c.c. il risarcimento, (b) salva, tramite interpretazione, obbligazioni secondarie ed altri vincoli, (c) prevede regole ad hoc ex art. 1458, c. 1, c.c. per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, risulta davvero fuorviante ogni approccio di carattere dogmatico.

Una simile posizione la si trova affermata anche in Francia ove, di recente, P. MALINVAUD, *Observation conclusives*, in *L'anéantissement rétroactif du contrat*, Actes du colloque du 22 octobre 2007, in *Revue des contrats*, 2008, 1, 101, in partic. 103, ritiene che, allo stato, esista una vero e proprio «caos della retroattività», con ciò intendendo il fatto che non è possibile indicare sotto un solo regola le conseguenze di una pluralità di istituti (in particolare nullità e risoluzione). L'A, dopo aver osservato (104), proprio con riferimento alla risoluzione del contratto, come l'effetto retroattivo della risoluzione sia limitato dalla disciplina dei «*contrats successifs*», dalla sopravvivenza delle «*clauses du*

Definito l'ambito di indagine, al fine di dirimere conflitti di interesse non facilmente risolvibili alla stregua della formula della retroattività, che rischia di rivelarsi poco espressiva¹¹⁶, si rendono opportune due precisazioni.

La prima è nel senso che lo studio della materia non sembra poter condurre a conclusioni se affrontato nelle strette maglie di un'analisi dogmatica per categorie. La volontà di inquadrare, definire e, soprattutto, classificare la retroattività¹¹⁷ prevista nella disciplina della risoluzione del contratto, non sembra aver apportato un *quid pluris* in termini di comprensione del fenomeno e di identificazione delle regole che lo governano¹¹⁸.

contrat qui ont leur autonomie» si interroga (105) se l'esistenza di tutte queste eccezioni non finisca per indebolire il principio, o se addirittura, non possa dirsi invertito principio ed eccezioni. Per un ampio approfondimento del ruolo della retroattività nella risoluzione nella letteratura francese, cfr. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., 506 ss.

¹¹⁶ A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 275 giunge ad affermare che non sembra più consentito postulare che, a livello semantico, l'art. 1458 c.c. comunichi un alcunché; altrove però l'A. (320) si dà carico di identificare un nocciolo duro, un nucleo di significati idoneo a dare direttive all'interprete.

¹¹⁷ Il riferimento è al tentativo di inquadrare la retroattività che consegue alla risoluzione del contratto nelle diverse forme di retroattività conosciute dal nostro legislatore. Il tema è affrontato da L. MOSCO, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 267 il quale pone a confronto diversi modelli di retroattività (con effetto obbligatorio, con effetto reale, assoluta, relativa, *ex tunc*, *ex nunc*) e definisce l'art. 1458 c.c. quale ipotesi di *retroattività reale relativa con effetto ex tunc*; sul punto già G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 266 ss. e G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Artt. 1321-1469, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1958, 496 s. L'analisi è presente anche in più recenti compilazioni: v. A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 246-266; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit. 178 ss.; G. TATARANO, voce *Retroattività*, cit., 83 ss.

¹¹⁸ In questo senso già A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 145 secondo il quale siffatte discussioni, di pur innegabile interesse teorico, hanno fatto perdere la concretezza delle situazioni che possono verificarsi e delinearsi con chiarezza.

Appare dunque appropriata un'impostazione¹¹⁹ della presente indagine che, anche alla luce della proclamazione dottrinale della crisi dei tipi contrattuali¹²⁰, si volga alla ricerca di regole operative tenendo in considerazione gli interessi delle parti, valorizzando le circostanze fattuali, la singolarità delle operazioni economiche¹²¹ e contestualizzando la singola fattispecie¹²².

In secondo luogo, la natura stessa e i limiti di questo lavoro impongono di ritagliare, all'interno dell'ampia tematica degli effetti della risoluzione del contratto per inadempimento, un più circoscritto spazio di indagine.

Nel precedente paragrafo si sono menzionati, sia pure per cenni, alcuni dei più accreditati orientamenti in materia di risarcimento del danno.

¹¹⁹ Impostazione che risente del recente fiorire di studi che, prendendo le basi dal cd. diritto contrattuale europeo, stanno dando vita ad una cultura dei rimedi quali strumenti di tutela particolarmente duttili che pongono attenzione agli effetti delle azioni. Sul punto, v. A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. privato*, 2005, 341; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa e dir. privato*, 2005, 605. Cfr. altresì gli atti del recente convegno di Firenze, 30 marzo 2007, *Remedies in contract – The Common rules for a European Law* in corso di pubblicazione tra cui S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 585 ss. e E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto tra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Nuova giur. civ.*, 2007, II, 415 ss. Cfr. anche A. DI MAJO, voce «Tutela (dir. priv.)», in *Enc. dir.*, XLV, 1992, 367.

¹²⁰ Al riguardo, v. ancora di recente l'intervento di G. DE NOVA, *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 345 ss. Del fenomeno si dà atto anche nei trattati: per tutti V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 84.

¹²¹ Cfr. And. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992.

¹²² Al riguardo A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 275 sottolinea il delicato problema dei rapporti tra disciplina generale e discipline locali.

A fronte di una tale vastità di studi del fenomeno risarcitorio, quello restitutorio non risulta sufficientemente indagato¹²³ o, comunque, le soluzioni prospettate non sembrano ancora del tutto appaganti.

Si deve ad uno dei più attenti studiosi del tema¹²⁴ la diversificazione dei compiti tra restituzione e risarcimento, sia in termini di presupposti che di finalità, e l'avvertimento circa i rischi di confusione¹²⁵ e commistione¹²⁶.

¹²³ A.M. BENEDETTI, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, cit., 518 sottolinea che la tematica restitutoria, pur collocandosi in una sorta di crocevia tra disciplina generale delle obbligazioni e profili attinenti a vicende contrattuali, è stata pressoché del tutto trascurata sia dagli studi sulla ripetizione dell'indebito che da quelli in tema di risoluzione.

¹²⁴ Il riferimento è a A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., *passim*, in partic. 421, ove l'A. sottolinea che dall'effetto restitutorio deve rimanere al di fuori qualunque componente risarcitoria. Il tema è affrontato anche da A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 319 ss.

Nella letteratura francese, da ultimo, v. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., 656 ss.

¹²⁵ Confusioni che invece pervadono ancora le sentenze della Suprema Corte; per un esempio si veda Cass. 19.10.2000, n. 13828, in *Contratti*, 2001, 652 ove i giudici di legittimità, a fronte di un'azione di risoluzione di un contratto preliminare inadempito, hanno fatto rientrare tra le voci del risarcimento del danno, e non - come sembra corretto - di restituzione (che, nel caso di specie, non poteva essere disposta in difetto di apposita domanda), la restituzione della caparra. L'evidenza della commistione tra effetti che conseguono alla risoluzione del contratto la si evince bene dalla stessa massima in cui si legge che la restituzione della caparra, ricollegandosi agli effetti restitutori, è comunque dovuta senza alcune necessità di prova del danno essendo il danno stesso, consistente nella perdita della somma capitale versata alla controparte, in *re ipsa*. Per un corretto inquadramento della questione v. invece Cass. 2.12.2005, n. 26232 in *Nuova giur. civ.*, 2006, I, 1228 ove i giudici di legittimità correttamente inquadrano la restituzione di una somma conferita a titolo di caparra tra gli effetti restitutori e non risarcitori. V. anche C.A. Genova, 20.10.2006, n. 1048, *ined.*, che, correttamente ha escluso che possa qualificarsi quale voce di danno (e dunque che, a tal fine, il professionista possa ottenerne la refusione in virtù di un contratto di assicurazione per responsabilità professionale) la restituzione della somma convenuta a titolo di corrispettivo nonché T. Genova, 4.6.2007, cit., che ha escluso l'operatività dell'art. 1227 c.c. a fronte di una domanda di restituzione conseguente a risoluzione.

Un ulteriore più recente esempio di confusione - pur a fronte della scarsa rilevanza degli importi - lo si trova in Cass. 31.6.2006, n. 17458, in *Danno e resp.*, 2007, 745 con nota di A.P. BENEDETTI, *Gratta e (non) vinci: la (ir)responsabilità dell'Amministrazione per errore nella stampa dei biglietti di lotteria istantanea*, ove la S.C. ha riconosciuto a titolo di risarcimento

Prendendo le mosse da questi studi, l'indagine che si intende svolgere ha ad oggetto, essenzialmente, le obbligazioni restitutorie e i loro aspetti funzionali.

Prima di esaminare più da vicino le restituzioni, è però necessario identificare la fonte di questa obbligazione; a questo è argomento è dedicato il prossimo capitolo.

del danno un importo «pari al costo di un biglietto» di lotteria istantanea risultato erroneamente stampato di cui, a fronte della domanda di risoluzione, avrebbe al più potuto disporre la restituzione.

Cfr., infine, Cass. 24.5.2007, n. 12162, *ined.*, che, in un caso di risoluzione di un contratto di appalto, ha liquidato all'appaltatore adempiente che aveva parzialmente realizzato l'*opus* una somma a titolo di risarcimento del danno, anziché di restituzione.

Per ulteriori riferimenti cfr. la ricostruzione di M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit. 180, ove l'A. evidenzia come fosse frequente nella giurisprudenza meno recente il riferimento all'azione di restituzione quale strumento finalizzato al ripristino dello *status quo*.

¹²⁶ D. MESSINETTI, *Ritornare a Parmenide? È consigliabile, piuttosto, ripartire dalle «Institutiones»*, in *Riv. critica dir. privato*, 2000, 435 propone una lettura dell'obbligazione restitutoria che presuppone perfetta identità tra quanto ricevuto e l'oggetto che si restituisce. Secondo l'A., il pagamento di una somma di denaro, non (ri)attribuendo lo stesso bene *in idem corpus*, non sarebbe - a rigore - vera restituzione; in altre parole, il denaro rappresenterebbe non l'oggetto diretto dello scambio, ma bensì «la misura dell'utilità che io ho ricevuto e di cui l'altro soggetto si è privato». Non scevra da perplessità anche la recentissima ricostruzione di L. NANNI, in L. NANNI - M. COSTANZA - U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, Artt. 1455-1459 c.c., cit., 112 ove l'A. definisce come risarcitoria (e non restitutoria) l'obbligazione a carico della parte inadempiente scaturente dal ripristino retroattivo della rispettiva posizione; medesime perplessità, ma limitate al singolo aspetto del perimento della prestazione oggetto di restituzione, in G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 674, ove l'A. afferma che ove la prestazione da restituire sia perita, il contraente sarà tenuto al «risarcimento del valore equivalente». Da ultimo, v. anche D. CARUSI, *Il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio (e il problema dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto)*, in *Riv. critica dir. privato*, 2008, 67 ove l'A. afferma (71) «la rispettiva funzionalità dei due rimedi sembra incrociarsi: il valore della prestazione che risulti indebita perché eseguita in adempimento di un contratto caducato, in particolare, può essere presentato - quando il solvens non trovi tutela sul piano petitorio, e in particolare quando il pagamento abbia ad oggetto una somma di denaro - come voce di danno emergente conseguente all'illecito che ha comportato la caducazione».

CAPITOLO SECONDO

RIPETIZIONE DELL'INDEBITO E ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA QUALI FONTI DELLE OBBLIGAZIONI RESTITUTORIE DI DARE E FARE?

SOMMARIO: 1. Il problema. - 2. La ripetizione dell'indebito quale fonte delle obbligazioni restitutorie di dare e fare. - 3. La tesi prevalente è debole? L'insufficienza dell'argomento letterale. - 4. *Segue*. L'art. 1463 c.c.: «rinvio normativo» o «mero richiamo» al principio causalistico? - 5. Il difficile rapporto tra ripetizione dell'indebito e risoluzione nell'individuazione dello stato di buona o mala fede dell'*accipiens*. - 6. *Segue*. Gli «adattamenti» proposti nelle elaborazioni di dottrina e giurisprudenza. - 7. Ancora sulle contraddizioni del rapporto tra ripetizione dell'indebito e risoluzione per inadempimento. - 8. Ripetizione dell'indebito e arricchimento senza causa quali fonti (rispettivamente) delle obbligazioni restitutorie di dare e fare. - 9. *Segue*. Punti di criticità: sussidiarietà dell'azione ed indennizzo. - 10. Spunti conclusivi.

1. Il problema

Ragionare in termini di fonte¹²⁷ delle obbligazioni restitutorie derivanti dal venir meno del vincolo contrattuale significa, secondo l'indicazione sistematica dell'art. 1173 c.c., indagare sull'atto o fatto idoneo a costituire titolo delle restituzioni in conformità all'ordinamento giuridico; e, nella prospettiva della ricostruzione del regime, significa identificare il fondamento giuridico di tali obbligazioni dal quale

¹²⁷ Cfr. C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, *Obbligazioni e contratti*, 1, Torino, 1999, 5 ss.

Per un interessante valutazione del ruolo delle fonti svolta sulle diverse funzioni cui assolvono le obbligazioni si veda A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173 - 1176, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 245.

desumere le regole operative per la risoluzione delle complesse problematiche che – in questo ambito - il diritto applicato pone.

La dottrina ha concordemente identificato la fonte testuale delle obbligazioni restitutorie derivanti da risoluzione del contratto nello stesso rimedio contrattuale, e più precisamente nell'art. 1458 c.c.¹²⁸

Ponendoci da un punto di vista sostanziale, ovvero di identificazione della disciplina delle restituzioni, il discorso si fa più complesso.

È utile anticipare sin d'ora che le soluzioni adottate in altri ordinamenti¹²⁹ e le recenti esperienze del diritto uniforme dei contratti¹³⁰

¹²⁸ U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 250, secondo cui la fonte delle obbligazioni restitutorie consiste nella «difettosa esecuzione di una rapporto precedente». P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1224 ed E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1981, 84, nota 5 affermano che all'art. 1463 c.c. è in realtà «estranea» la qualifica dell'indebito come fonte di obbligazione, dovendosi intendere il riferimento alle mere «modalità» dell'azione di ripetizione. Relativamente alle obbligazioni restitutorie da contratto nullo, v. D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, 6.

¹²⁹ Il punto sarà oggetto di trattazione nei parr. 8 e 9 del Capitolo 4. Per uno sguardo immediato alle diverse esperienze continentali, si rinvia ad A. DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. critica dir. privato*, 1994, 291 ss. e P. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, 385 ss. Da ultimo v. E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 450 ss.; ID., *Verso il recupero dei «quasi contratti»? (Le obbligazioni restitutorie dal contratto ai «quasi contratti»)*, in *Valore della persona e giustizia contrattuale. Scritti in onore di Adriano De Cupis*, Milano, 2005, 192 il quale affronta, nel panorama europeo, i diversi modelli di restituzione. Per ulteriori approfondimenti si veda, su tutti, P. GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1997 ove ampia bibliografia straniera.

¹³⁰ Cfr. art. 7.3.6, Principi dei contratti commerciali internazionali elaborati dall'Istituto Unidroit (pubblicati in M.J. BONELL, *Un codice internazionale del diritto dei contratti. I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 2006); artt. 9.307; 9.308; 9.309 Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione di Diritto Europeo dei Contratti presieduta da Ole Lando (pubblicati in C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001). Per gli opportuni approfondimento v. par. 7, Capitolo 4.

dimostrano che, in astratto, un legislatore potrebbe prevedere che fonte sostanziale delle restituzioni sia (i) il contratto stesso, (ii) lo squilibrio determinato dalla esecuzione delle singole prestazioni non più dovute, piuttosto che (iii) lo stesso rimedio risolutorio; di conseguenza, le restituzioni potrebbero presentarsi come obbligazioni indipendenti ovvero contrattuali, quest'ultime peraltro collegate da un (originario o successivo) vincolo di sinallagmaticità.

L'unica norma del codice civile che, in materia di risoluzione per inadempimento, si occupa degli effetti della medesima è l'art. 1458 c.c., che, peraltro, si limita ad enunciare la formula della retroattività tra le parti.

Se questa formula ha permesso di enucleare regole, conseguenze e significati - già sinteticamente considerati nel precedente capitolo - non deve stupire che, volendo identificare una disciplina delle restituzioni, la dottrina abbia guardato altrove. In mancanza di esplicite indicazioni normative¹³¹, la maggioranza degli autori, ad oggi, ha ritenuto di dover negare autosufficienza¹³² al disposto dell'art. 1458 c.c. e, facendosi forte del richiamo contenuto nell'art. 1463 c.c., ha identificato nel pagamento dell'indebito e, talvolta, nell'arricchimento senza causa la disciplina delle obbligazioni restitutorie¹³³.

¹³¹ A. DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, cit., 292 definisce indiretti e poco significativi i rinvii contenuti negli artt. 1422 e 1463 c.c. di cui meglio *infra*.

¹³² Su tutti cfr. A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II, Milano, 1988, 274 secondo cui non sembra consentito «postulare che, a livello semantico, l'art. 1458 c.c. comunichi alcunché».

¹³³ Questa, almeno, l'opinione tradizionale ad oggi maggiormente consolidata su cui meglio *infra*. Le difficoltà riscontrate nel rinvenire interpretazioni pienamente convincenti al tema in oggetto hanno portato alcuni autori a prendere in considerazione soluzioni diverse. Tra queste merita di essere segnalata quella che ha indagato un possibile spazio

autonomo per la tutela petitoria. Più precisamente, ci si chiede se, venuto retroattivamente meno l'effetto reale, il *solvens* possa agire in rivendicazione ex art. 948 c.c. in vece e/o in alternativa all'azione *ex contractu* (Sul punto v. C. ARGIROFFI, *Sul concorso delle azioni di rivendicazione e di ripetizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 608 ss e, di recente, D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 15, Napoli, 2004, 166 ss. nonché A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, Padova, 2004, 54 ss.). Al riguardo va osservato, anzitutto, che l'esercizio dell'azione di rivendicazione presuppone la titolarità della *res*; conseguentemente, siffatta via sembra ineluttabilmente preclusa ogniquale volta alla risoluzione del contratto non consegua in via immediata il venir meno dell'effetto reale (si pensi alle fattispecie di restituzione di una somma di denaro, di una certa quantità di cose generiche o di cose che devono essere trasportate da un luogo ad un altro). Inoltre, nelle ipotesi in cui l'azione petitoria non risulta di per sé già inammissibile (come nel caso in cui la rivendicazione abbia ad oggetto un determinato bene immobile), esistono problematiche di ordine probatorio (su cui U. BRECCIA, voce *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, 8) che non sembrano facilmente superabili: pare, infatti, possa legittimamente dubitarsi che la finzione di retroattività sia in grado di cancellare il precedente legittimo possesso dell'*accipiens*, così da permettere al *tradens* di sommare, ai fini del calcolo del termine dell'usucapione, il proprio possesso con quello del precedente titolare, in base al criterio dell'accessione.

Altri autori hanno, invece, proposto regimi speciali. Essi giustificano questa ricerca osservando come la soluzione dei problemi relativi agli spostamenti patrimoniali *sine causa* sulla base delle singole azioni tipiche sia «metodo insufficiente ... non potendo esso soddisfare al bisogno di tutela contro tutte le forme di arricchimento ingiustificato» (cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 325). Secondo quest'ultimo autore (352) le restituzioni da caducazione contrattuale avrebbero la forma di «obbligazioni (e azioni) contrattuali governate dunque dai principi del contratto (ad es. da quello di corrispettività)». Nello stesso senso v. anche P. GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, cit., 241 e ID., *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, cit., 385 ss. (ove l'A. riprende e sviluppa le argomentazioni già svolte in ID., *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996, 151 ss.); per una proposta in ottica contrattuale cfr. *amplius* Capitoli 3 e 4. Per un recente – ed assai contestabile – applicazione cfr. T. Roma, 1.7.2004, in *Danno e resp.*, 2005, 517, con nota di A.M. BENEDETTI, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, il quale si pone sostanzialmente in linea con la tesi contrattualistica laddove (523) afferma che le obbligazioni restitutorie «devono risentire, in una certa misura, dell'ambiente negoziale in cui erano state eseguite le prestazioni di cui si chiede la ripetizione». *Contra* v. C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, in *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione nel diritto contrattuale europeo*, a cura di L. Vacca, Torino, 1999, 212, nota 11 (saggio pubblicato anche in *Eur. dir. priv.*, 1999, 793 ss. sotto il titolo *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*) e U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 250 secondo cui la *restitutio* ha carattere «extracontrattuale» non essendo, come invece avviene per l'obbligazione di risarcimento, trasformazione del rapporto originario; solo attraverso una «finzione concettuale» (252) si potrebbe affermare che l'atto contenga una previsione dell'effetto restitutorio. Nello stesso senso anche E. MOSCATI, in L. ARU – E. MOSCATI – P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 140 e 142 secondo cui, pertanto, il titolo non è mai rappresentato dal contratto, trattandosi di un'autonoma causa di obbligazione. L'A. sottolinea, infatti, che il

2. La ripetizione dell'indebito quale fonte delle obbligazioni restitutorie di dare e fare

Dalla lettura delle norme che il codice dedica ai rimedi contrattuali emerge che il legislatore non ha disciplinato in maniera organica il tema degli effetti restitutori delle impugnazioni; fatta eccezione per alcune regole dettate in materia di compravendita¹³⁴, il settore delle restituzioni da contratto si rivela privo di sistematicità, difettando sia una disciplina generale, quanto una specifica per singolo rimedio.

Gli unici dati testuali che – nella disciplina del contratto in genere – possono offrire spunti per uno studio della materia sono rispettivamente contenuti negli artt. 1422, 1443 e 1463 c.c. Tra questi gli interpreti¹³⁵ hanno valorizzato le disposizioni in materia di imprescrittibilità dell'azione di nullità (art. 1422 c.c.) e di impossibilità sopravvenuta totale (art. 1463 c.c.), nella parte in cui, pur con formule diverse, richiamano le norme relative alla ripetizione dell'indebito.

La lettura combinata di queste regole ha fondato il principio, sovente richiamato e ribadito in giurisprudenza, per cui ogni qual volta nell'ambito di un rapporto contrattuale venga acclarata la mancanza *ab*

solvens «non chiede la restituzione in forza ed in conformità del rapporto giuridico preesistente, ma in opposizione a questo».

¹³⁴ In particolare v. artt. 1479, 1480, 1483 e 1493 c.c.; su quest'ultima disposizione v. meglio *infra* Capitolo 3.

¹³⁵ Tra i primi in dottrina M. LIBERTINI, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 115, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 236 ss. nonché ID., voce *Indebito (ripetizione dell')*, cit., 4; E. MOSCATI, voce *Indebito (pagamento dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 83 ss. poi ripreso ed ampliato in E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 61 ss.

initio o sopravvenuta della *causa acquirendi* - e dunque tanto nel caso di nullità, annullamento, rescissione o risoluzione, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venire meno un vincolo originariamente esistente - l'azione accordata dall'ordinamento per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto è quella di ripetizione di indebito oggettivo¹³⁶.

In dottrina non mancano voci a sostegno di questa ricostruzione¹³⁷.

Secondo alcuni¹³⁸, infatti, l'art. 2033 c.c. costituirebbe un vero e proprio «punto di riferimento comune» capace di «abbracciare» i diversi casi in cui una prestazione risulti non sorretta da una valida causa di attribuzione¹³⁹; in altri termini, tale norma andrebbe interpretata quale

¹³⁶ Da ultimo, v. Cass. 12.12.2005, n. 27334, *ined.*; Cass. 1.7.2005, n. 14084, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Indebito*, n. 5; Cass. 19.7.2004, n. 13357, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Indebito*, n. 14; Cass. 4.2.2000, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Indebito*, n. 3.

¹³⁷ Cfr. M. LIBERTINI, voce *Interessi*, cit., 115; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 236 ss.; E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 61 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, 290; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Il diritto nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, *I contratti in generale*, XIII, Torino, 2000, 181.; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, 31-76; ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, Padova, 419 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2007, 674.

Isolate invece, almeno fino alla fine degli anni ottanta, le voci contrarie: cfr. G. STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1961, 70 secondo cui l'ambito di applicazione della *condictio* andrebbe circoscritto alle sole ipotesi di pagamento non dovuto intercorso tra soggetti che non siano mai stati in rapporto tra di loro. Sul punto v. anche P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 32 nonché F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 495. Per un'indicazione dei più recenti contributi che sviluppano un'idea critica v. nota 193.

¹³⁸ E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 119. Sulla medesima linea cfr. M. LIBERTINI, voce *Interessi*, cit., 115; C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, cit., 290; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 181 ss.

¹³⁹ Nuovamente E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 119 secondo cui rientrerebbero nell'ambito di applicazione

«clausola generale»¹⁴⁰ cui riferirsi in ogni ipotesi in cui non sia mai esistita, o venga a mancare successivamente, la ragione giustificativa dello spostamento patrimoniale.

Altri autori¹⁴¹, che prendono atto della visione giurisprudenziale dell'indebito quale «polo normativo»¹⁴² al quale farebbero capo tutte le singole pretese restitutorie, sembrano, invece, esprimersi in termini maggiormente dubitativi, o comunque problematici, laddove cautelativamente affermano che l'espressione generica dell'art. 2033 c.c. «non esclude» di per sé un'«interpretazione ampia», comprensiva delle ipotesi in cui l'attribuzione patrimoniale venga successivamente privata dell'originario fondamento¹⁴³.

Calandoci ora nel più circoscritto tema degli effetti restitutori nella risoluzione del contratto, possiamo, pertanto, segnalare una prima

dell'art. 2033 c.c. sia le ipotesi di inesistenza originaria della *causa solvendi* (nullità) sia quelle di mancanza sopravvenuta (annullamento, rescissione, risoluzione). Altrove (89, e già ID., voce *Indebito (pagamento dell')*, cit., 85) l'A. propone una lettura onnicomprensiva dell'art. 2033 c.c. che prescinde dalla natura privatistica del rapporto obbligatorio.

¹⁴⁰ Sempre E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni*, Artt. 2028 - 2042 c.c., cit., 119, ove v. anche nota 6 per l'ampia ricostruzione casistica.

¹⁴¹ U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 236 ss., tesi ripresa anche in ID., voce *Indebito (ripetizione dell')*, cit., 3.

¹⁴² Così U. BRECCIA, voce *Indebito (ripetizione dell')*, cit., 3 nonché ID., *Il pagamento dell'indebito*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, *Obbligazioni e contratti*, 1, Torino, 1999, 932.

¹⁴³ Nuovamente U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 236-237, il quale sin dall'*Introduzione* (18) si pone in termini dubitativi ed avverte la necessità di segnalare che la disciplina dell'indebito, apparentemente unitaria, «potrebbe presentare aspetti strutturali diversi a seconda che in origine esista o meno una (valida) causa giustificativa del vincolo». L'A., sviluppando il discorso con particolare riferimento alle ipotesi di difetto sopravvenuto della causa, pone (241-242) due domande fondamentali: (i) «se in sede di individuazione della disciplina dell'obbligazione restitutoria sia consentito un rinvio all'istituto della ripetizione dell'indebito» e, in caso positivo, (ii) «se la normativa dell'indebito [...] possa considerarsi operante automaticamente, ovvero debba subordinarsi ad un'attenta considerazione della peculiare dinamica funzionale dei singoli istituti di volta in volta contemplati».

corrente interpretativa¹⁴⁴ secondo la quale, venuto meno con effetto retroattivo il rapporto contrattuale tra le parti, le restituzioni sono governate, in virtù del richiamo testuale contenuto nell'art. 1463 c.c., dalle norme relative alla ripetizione dell'indebito. La retroattività avrebbe la funzione di rimuovere alla radice il contratto, lasciando in essere le sole prestazioni (eventualmente) eseguite che, non più giustificate, sarebbero dunque ripetibili.

A questo riguardo pare opportuno accennare ad un ultimo profilo e chiarire il significato da attribuire al vocabolo «pagamento», su cui si basa l'intero sistema restitutorio dell'art. 2033 c.c.

Secondo la corrente dottrina da ultimo richiamata, con il termine «pagamento» il legislatore ha voluto, pur con espressione atecnica, utilizzare un sinonimo di «adempimento», e non limitare il campo di applicazione alle sole obbligazioni pecuniarie¹⁴⁵; l'art. 2033 c.c. sarebbe

¹⁴⁴ Corrente interpretativa in cui rientrano, pur con le diversità precisate, M. LIBERTINI, voce *Interessi*, cit., 115; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 236 ss.; E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 61 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, cit., 290; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 181 ss.; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., 1999, 31-76; ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., 419 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, cit., 674.

¹⁴⁵ Così R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, 1957, 554 che propende per la «totale equiparazione» tra i termini pagamento e adempimento; A. DI MAJO, voce *Pagamento*, in *Enc. dir.*, XXXI, 1981, 548; nonché U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 39 ss. ove l'A. ritiene «seriamente discutibile» che il legislatore con tale espressione abbia voluto designare una figura distinta dall'adempimento (opinione ripresa nella voce *Indebito (ripetizione dell')*, cit., 2, nella voce *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 1, nonché in ID., *Il pagamento dell'indebito*, cit., 929) e che (43), in ogni caso, prima di ragionare sulla eventuale applicazione di istituti diversi, andrebbe comunque verificata la possibilità di un'applicazione estensiva dell'istituto dell'indebito. Nello stesso senso v. anche E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 155 ss.

dunque capace di fondare la ripetizione non solamente di somme di denaro ma di ogni prestazione non più sorretta da una causa giustificatrice¹⁴⁶.

In sintesi, secondo questa prima interpretazione, le regole sulla ripetizione dell'indebito sono fonte normativa di tutte le restituzioni da caducazione del contratto, essendo in grado di ristabilire lo squilibrio determinato dalla esecuzione di prestazioni non più dovute, quale che sia la natura della prestazione.

Gli elementi che, secondo la dottrina, devono indurre a ritenere che la *condictio indebiti* non si riferisca alle sole prestazioni pecuniarie sono molteplici: anzitutto l'art. 2033, c. 2, c.c. fa riferimento ai «frutti» implicitamente estendendo la portata della norma alle prestazioni di dare in genere (cfr. D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., 187). Ulteriori indici si ricavano dagli artt. 2034 e 2035 c.c. ove il legislatore si esprime genericamente in termini di ripetizione della «prestazione» (questa considerazione induce E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 166 ss. a sostenere che anche le prestazioni di fare sono comprese). U. BRECCIA, voce *Indebito (ripetizione dell')*, cit., 2 (così anche ID., *Il pagamento dell'indebito*, cit., 930) sottolinea peraltro che in quasi tutti i casi in cui l'oggetto dell'istanza restitutoria sia costituito da un *facere*, «per una necessità prima ancora logica che giuridica» l'oggetto della pretesa è costituito da un indennizzo. A giudizio dell'A., nondimeno, un'interpretazione di carattere sistematico suggerisce di non trascurare l'esigenza primaria di assicurare al *solvens* «una tutela tendenzialmente uniforme per tutte le ipotesi di prestazione non dovuta» (E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 168 aggiunge che se la *ratio* dell'istituto è quella di rimuovere uno spostamento patrimoniale ingiustificato «l'elemento diversificatore ... non può dipendere dal contenuto della prestazione»).

In giurisprudenza, v. tra le altre Cass. 2.4.1982, n. 2029, in *Dir. giur.*, 1985, 802 con nota di Selvaggi secondo cui nel termine pagamento deve comprendersi non solo la corresponsione di una somma di denaro, ma anche l'effettuazione di ogni prestazione derivante da un vincolo obbligatorio che risulti a posteriori non dovuto. Sussiste pertanto una sostanziale coincidenza dell'oggetto della *condictio* sia che l'obbligazione da cui deriva l'indebito abbia per oggetto un *dare*, sia che abbia per oggetto un *facere*.

Contra, P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, cit., 1226, il cui pensiero è stato di recente ripreso da D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., 231, secondo cui il nostro legislatore è rimasto fermo ad una concezione della *condictio* orientata alla cosa e perciò limitata alle prestazioni indebite di dare. In senso contrario v. anche gli autori citati alla successiva nota 224.

¹⁴⁶ Così U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 42. Il problema, come si avrà modo di specificare *infra*, investe in maniera significativa le prestazioni di fare e quelle a contenuto negativo.

3. La tesi prevalente è debole? L'insufficienza dell'argomento letterale

È giunto il momento di chiedersi se la tesi che domina in dottrina ha davvero un solido fondamento. I suoi sostenitori, che vedono nella ripetizione dell'indebito la fonte delle obbligazioni restitutorie conseguenti a risoluzione del contratto, non sembrano aver dato adeguato conto degli argomenti a sostegno di questa interpretazione; per alcuni, il collegamento tra risoluzione e ripetizione sarebbe, infatti, a tal punto evidente, da non rendere neppure necessaria una verifica¹⁴⁷.

L'argomento principale su cui si basa l'intero impianto è, in ogni caso, quello - più volte ricordato - del rinvio contenuto nell'art. 1463 c.c.¹⁴⁸

Partendo da questo dato letterale, in dottrina è stato osservato che ogni qualvolta il legislatore ha fatto puntuale riferimento ad un'obbligazione restitutoria conseguente ad un'impugnativa contrattuale ha richiamato la disciplina della ripetizione dell'indebito¹⁴⁹; ciò potrebbe far supporre che il legislatore abbia presupposto il medesimo richiamo

¹⁴⁷ Cfr., ad esempio, R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 671; *contra* A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 247 nota 3 sostiene la ben diversa conclusione per cui la locuzione di retroattività «non può avere il compito di dare ingresso alla normativa della ripetizione dell'indebito».

¹⁴⁸ Tra gli altri, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 236 ss.; E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni*, Artt. 2028 - 2042 c.c., cit., 144 ss. Di recente, v. G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 694 s. secondo cui il rinvio alla disciplina dell'indebito contenuto nell'art. 1463 c.c. sarebbe applicabile, in via analogica, alla risoluzione per inadempimento poiché all'impossibilità indicata nell'art. 1463 c.c. corrisponderebbe l'impedimento dell'art. 1453 c.c. di *mutatio libelli*.

¹⁴⁹ U. BRECCIA, voce *Indebito (ripetizione dell')*, cit., 4 nonché ID., *Il pagamento dell'indebito*, cit., 936.

anche nei casi non espressamente previsti¹⁵⁰. Diversamente, ove la regola contenuta nell'art. 1463 c.c. non fosse riferibile anche alle altre cause generali di risoluzione, risultando così «norma isolata», la stessa – secondo alcuni - «perderebbe qualsiasi senso»¹⁵¹.

Il legislatore avrebbe, dunque, utilizzato talvolta la formula ellittica della retroattività (art. 1458 c.c.), talaltra quella esplicita e non equivoca del rinvio alla disciplina dell'indebito (art. 1463 c.c.)¹⁵². In entrambi i casi le norme sulla ripetizione costituiscono il sostrato su cui ricostruire la disciplina delle obbligazioni restitutorie, non potendo attribuirsi valore alla considerazione secondo cui l'art. 2033 c.c. opererebbe nella sola ipotesi di *solutio ab initio* non giustificata¹⁵³, posto che, una volta accertato che l'obbligazione non sussiste, poco importa che la prestazione sia diretta a dare adempimento ad un contratto ovvero si presenti quale autonoma ed indebita attribuzione patrimoniale¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Così testualmente U. BRECCIA, voce *Indebito (ripetizione dell')*, cit., 4 nonché ID., *Il pagamento dell'indebito*, cit., 932.

¹⁵¹ Nuovamente U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 242. *Contra* A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 247 secondo cui una simile interpretazione finisce con rimettere al lettore «l'ingrato compito di individuare le ragioni che avrebbero indotto il legislatore ad utilizzare due diversi enunciati (art. 1458: retroattività; art. 1463: rinvio alla disciplina dell'indebito) per dettare un'identica regola e a privilegiare poi, ai fini degli effetti della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, dinanzi al ben più chiaro enunciato dell'art. 1463 c.c., quello certamente più oscuro dell'art. 1458 c.c. (l'art. 1467, c. 1, c.c. rinvia, appunto, all'art. 1458 e non all'art. 1463 c.c.)».

¹⁵² Sempre U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 243. Gli argomenti su cui si basa questa ricostruzione sono dunque quello letterale (il più volte citato rinvio contenuto nell'art. 1463 c.c.), quello sistematico (il riferimento all'art. 1422 c.c.) e quello logico (una diversa soluzione sarebbe priva di senso). *Contra* A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 247 e, in partic., 320 ss.

¹⁵³ Come, invece, sostiene F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, cit., 495.

¹⁵⁴ Così E. MOSCATI, in L. ARU – E. MOSCATI – P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni*, Artt. 2028 - 2042 c.c., cit., 149 secondo cui non è giustificabile una contrapposizione sulla base

Queste argomentazioni non si sottraggono a profili di (quantomeno parziali) criticità.

In primo luogo, può ben dubitarsi che il riferimento dell'art. 1422 c.c. alle «azioni di ripetizione» sia da leggere come rinvio all'istituto della ripetizione dell'indebito¹⁵⁵. Come avremo modo di vedere oltre, nel codice sono più volte menzionate ipotesi di «ripetizione», senza che sia espresso il richiamo alla disciplina contenuta negli artt. 2033 e ss. c.c.¹⁵⁶

In secondo luogo, il disposto dell'art. 1443 c.c. dimostra che il collegamento tra disciplina delle impugnazioni e pagamento dell'indebito non è affatto scontato: posto che quest'ultima disposizione detta la disciplina a cui rifarsi ogni qualvolta esistono esigenze di restituzione contro un contraente incapace, è legittimo interrogarsi sul perché il legislatore abbia avvertito la necessità di riproporre nell'art. 1443 c.c. una norma speculare a quella (già) prevista nell'art. 2039 c.c.

Continua, inoltre, a rimanere senza risposta¹⁵⁷ l'interrogativo se il richiamo contenuto nell'art. 1463 c.c., norma che disciplina una particolare ipotesi di risoluzione - quella per impossibilità sopravvenuta - possa ritenersi applicabile anche alla risoluzione per inadempimento, o se,

dell'origine negoziale, o non, della pretesa del *solvens*, difettando - al riguardo - una *ratio* su cui ricostruire una diversificazione.

¹⁵⁵ In altri termini se di rinvio si tratta lo stesso è implicito. Sul punto v. però G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, I, 2, Milano, 1987, 138 il quale ritiene che la presunzione a favore della costanza terminologica operi soltanto all'interno del singolo settore disciplinare.

¹⁵⁶ Si pensi, a mero titolo di esempio, all'art. 196 c.c. in materia di diritto di famiglia o all'art. 627 c.c. in materia successoria.

¹⁵⁷ Si pone il problema U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 243.

invece, non si riveli arbitrario supporre che tale riferimento sia generalizzabile¹⁵⁸.

Esistono, in altre parole, dubbi e perplessità messi in luce dalla stessa dottrina maggioritaria senza che siano stati dissipati; a dispetto di ciò, e non senza qualche contraddittorietà, il riferimento contenuto nell'art. 1463 c.c. all'istituto della *condictio indebiti* è stato letto come indice sufficiente per creare un collegamento tra risoluzione e ripetizione.

Che questo rinvio non possa (come, invece, si sostiene) da solo costituire le basi di questo ragionamento, è reso ben evidente dalla considerazione di una norma di grande rilievo in materia, della quale non sembrano essere state adeguatamente indagate le implicazioni ai fini che qui rilevano: il riferimento è all'art. 1189 c.c., ovvero all'unica disposizione che, oltre al più volte ricordato art. 1463 c.c., richiama in modo (apparentemente) diretto la disciplina della *condictio*.

Le regole sull'adempimento dell'obbligazione prevedono che il pagamento deve essere fatto al creditore, al suo rappresentante ovvero ad un soggetto indicato dall'interessato o autorizzato dalla legge. L'art. 1189 c.c. dispone al riguardo che il debitore che esegue un pagamento a chi, in base a circostanze univoche, appare legittimato, è liberato se prova di

¹⁵⁸ Secondo P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, cit., 42-43 la diversa formulazione della disposizione in materia di risoluzione per impossibilità sopravvenuta assume un senso in quanto ipotesi di risoluzione di diritto; l'A. precisa, infatti, che il pagamento è, al momento dell'esecuzione, «sicuramente dovuto» e che la qualifica di indebito «si può riferire soltanto all'attribuzione». In altri termini, «indebita, ingiustificata, sarà la ritenzione dell'acquisto da parte dell'altro contraente, nonostante che il trasferimento sia stato prodotto da una fattispecie perfettamente valida ed efficace». Cfr. anche A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998,

essere in buona fede. Se, da una parte, la tutela dell'affidamento determina la liberazione del *solvens* (comma 1), dall'altra, esigenze di giusta causa dell'attribuzione fanno sì che l'*accipiens* sia tenuto alla restituzione verso il vero creditore «secondo le regole stabilite per la ripetizione dell'indebito» (comma 2).

Questo spunto si rivela assai utile perché, come ha avuto modo di mostrare la dottrina¹⁵⁹, a dispetto dell'esplicito rinvio che l'art. 1189 c.c. effettua agli artt. 2033 e ss. c.c., al vero creditore non spetta una *condictio* in senso tecnico: mentre il *solvens ex indebito* agisce in forza di un titolo che gli deriva dall'aver eseguito una prestazione non dovuta, il vero creditore può agire sulla base di un titolo preesistente nei confronti di un soggetto diverso dall'*accipiens*.

In altre parole, pur in presenza di un espresso riferimento, l'art. 1189 c.c. non fonda un'azione di ripetizione ex art. 2033 c.c., la quale in quanto rimedio di natura personale non può essere concessa ad un soggetto rimasto estraneo alla fattispecie solutoria, talché il richiamo all'azione di ripetizione sembra soltanto implicare l'assunzione di questo elemento ad «archetipo» su cui è modellato il rimedio a favore del creditore¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Tra gli altri si rinvia allo studio di E. MOSCATI, *Indebito soggettivo e attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 72 ss., in particolare 104. Tale interpretazione risulta già sviluppata in ID., voce *Indebito (pagamento dell')*, cit., 88-89 ed è stata successivamente ripresa in E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 146, nota 8. Sul punto v. anche U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 287.

¹⁶⁰ Così E. MOSCATI, voce *Indebito (pagamento dell')*, cit., 89.

Alla base di questo ragionamento sembra porsi la seguente condivisibile opinione: l'esistenza di un richiamo non può, in quanto tale, impedire all'interprete di superare l'argomento letterale. In tal senso, dunque, il riferimento testuale alla disciplina dell'indebito contenuto nell'art. 1189 c.c. deve essere interpretato in senso atecnico¹⁶¹.

Appare allora singolare che quegli stessi autori che hanno rifiutato un'esegesi testuale dell'art. 1189 c.c., abbiano poi posto a principale fondamento della loro interpretazione dell'art. 1463 c.c. l'argomento letterale; posto che le due norme menzionate risultano le sole nel panorama codicistico a richiamare *expressis verbis* le regole sulla ripetizione dell'indebito, non pare persuasiva la scelta di negare, talvolta, rilevanza al mero dato letterale per correggerne la portata (così, almeno, nel caso dell'art. 1189 c.c.), e quella di porre, talaltra (come nell'ipotesi dell'art. 1463 c.c.), a fondamento di un complesso ragionamento giuridico lo stesso mero argomento letterale.

Se dunque il richiamo che l'art. 1189, c. 2, c.c. fa alla disciplina dell'indebito (unico altro caso, oltre all'art. 1463 c.c.) viene ritenuto richiamo «non tecnico»¹⁶², ne deriva, quale conseguenza naturale e logica, che per affermare un legame normativo tra risoluzione e ripetizione, non basti un mero richiamo, come quello enunciato nell'art. 1463 c.c.

¹⁶¹ Ancora E. MOSCATI, voce *Indebito (pagamento dell')*, cit., 89.

¹⁶² Sempre E. MOSCATI, voce *Indebito (pagamento dell')*, cit., 89.

4. *Segue. L'art. 1463 c.c.: «rinvio normativo» o «mero richiamo» al principio causalistico?*

L'indagine può dunque spostarsi – sia pure senza pretesa di completezza – sul senso e sui significati dei «richiami», che, in più di una occasione, il legislatore codicistico utilizza come tecnica di normazione.

La teoria generale del diritto da tempo si occupa del fenomeno delle cd. metanorme¹⁶³, ovvero di tutti quegli enunciati legislativi che fanno riferimento ad altri enunciati. In particolare, per quanto qui rileva, al più vasto *genus* delle norme su norme appartiene la *species* delle cd. norme di rinvio, tali intendendosi quelle disposizioni che dettano una disciplina non in maniera diretta, ma indicandola mediante il richiamo ad altre disposizioni.

Da questa diversa angolazione, ci si deve allora domandare se l'art. 1463 c.c., che certamente rientra nella categoria delle metanorme, identifichi (anche) un'ipotesi di (vera e propria) norma di rinvio.

¹⁶³ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto, Artt. 1-9 disp. prel.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1977, 92 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 137 ss.; T. MAZZARESE, *Metanorma e linguaggio deontico. Un'analisi logica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1982, *passim*; ID., *Metanorme. Rilievi su un concetto scomodo alla teoria del diritto*, in P. Comanducci – R. Guastini, *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996, *passim*; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, 175 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, I, 2, 1998, 30 ss. e 425 ss.; R. PAGANO, *Introduzione alla legistica: l'arte di preparare le leggi*, Milano, 2001, 146 ss.; M. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004, 67 ss.

Come è stato osservato, il richiamo che una disposizione effettua ad un'altra, non può essere concettualizzato in una figura unitaria¹⁶⁴, ma va analizzato e classificato a seconda delle funzioni che di volta in volta svolge: si ha una norma di rinvio recettizio (o materiale)¹⁶⁵ quando la disposizione rinviante richiama una disposizione o un complesso di disposizioni determinate; si ha, invece, una norma di rinvio non recettizio (o formale)¹⁶⁶ quando è richiamato non un testo, bensì una fonte e quindi tutte le possibili norme da questa derivabili. In entrambi i casi, il rinvio serve ad identificare, rispettivamente nella disposizione o nella fonte, la disciplina della fattispecie¹⁶⁷.

La scienza civilistica, che pur non sembra aver analizzato adeguatamente questo profilo¹⁶⁸, guarda l'art. 1463 c.c. come norma di rinvio materiale¹⁶⁹; esso andrebbe letto come se ivi fossero trascritte le norme relative alla ripetizione dell'indebito.

¹⁶⁴ A. BERNARDINI, *Produzione di norme di giuridiche mediante rinvio*, Milano, 1960, *passim*.

¹⁶⁵ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Artt. 1-9 disp. prel., cit., 92 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 426.

¹⁶⁶ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Artt. 1-9 disp. prel., cit., 92 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 426.

¹⁶⁷ La distinzione rinvio materiale/rinvio formale è strettamente legata al fenomeno della successione delle leggi nel tempo; di qui l'ulteriore denominazione della classificazione in termini di rinvio statico (quello materiale) e rinvio mobile (quello formale). Il rinvio materiale è statico in quanto comporta una sorta di incorporazione della disposizione richiamata in quella richiamante, così che le vicende della prima non si riflettono sul rinvio stesso. Il rinvio formale è, invece, dinamico poiché - al contrario - la modificazione o abrogazione della norma (contenuta nella fonte) richiamata comporta una variazione che si riflette sul rinvio stesso.

¹⁶⁸ Emblematico il fatto che in alcuni *Commentari* manchi addirittura la trattazione sub art. 1463 del rinvio alle norme sull'indebito (Cfr. ad esempio F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Art. 1463-1466, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003).

¹⁶⁹ Cfr. L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Art. 1463-1466, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2002, 132.

Le disposizioni di rinvio (siano esse o meno recettizie) non descrivono però, come dicevamo, tutte le ipotesi di richiamo tra norme. La dottrina¹⁷⁰ afferma che esistono ipotesi in cui il legislatore non compie un rinvio ad una fonte normativa, né tantomeno ad una singola disposizione, ma, poiché la conosce e la presuppone, cita e ricollega una determinata disciplina ad un'altra, lasciando all'interprete più ampi margini di ricostruzione.

Per esempio, secondo alcuni¹⁷¹ nel nostro ordinamento è rinvenibile una tipologia di metanorma che si limita ad accostare due istituti, lasciando all'interprete il compito di leggere il richiamo non alla luce dell'istituto richiamato, bensì in armonia con le regole ed i precetti dell'istituto contemplato dalla norma richiamante¹⁷².

Ebbene, se leggessimo l'art. 1463 c.c. in quest'ottica, potremmo, non senza una qualche forzatura, ritenere che il collegamento che esso crea con la ripetizione dell'indebito sia non un rinvio alle singole disposizioni, o al complessivo regime, ma un mero richiamo del *proprium* che identifica l'istituto, ovvero - più semplicemente - del principio causalistico. Così

¹⁷⁰ F. BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963, 165 ss. definisce questa metanorma «rinvio intraistituzionale formale». L'esistenza nel linguaggio giuridico di riferimenti «con funzione normativa» e riferimenti «senza funzione normativa» è testimoniata anche dagli artt. 52 e ss. del documento *Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi*, redatto da un gruppo di studiosi sotto la direzione scientifica del prof. Ugo Rescigno, rinvenibile nella sua più recente edizione (2° ed., 2002) sul sito internet www.consiglio.regione.toscana.it. Per le caratteristiche e l'origine del documento v. M. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, cit., 142, nota 60 oltre che, naturalmente, U. RESCIGNO, *Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi. Presentazione*, in *Pol. dir.*, 1992, 351 ss.

¹⁷¹ Cfr. sempre F. BASSI, *La norma interna*, cit., 165 ss.

¹⁷² Sembra attendibile che l'art. 1189 c.c., di cui meglio *supra*, possa ricondursi a questa categoria.

interpretato, il riferimento al pagamento dell'indebito fonderebbe la *ratio* delle obbligazioni restitutorie, senza disciplinarne i singoli aspetti.

Non si possono nascondere le difficoltà che si pongono dietro una simile pur suggestiva interpretazione¹⁷³; ad ogni buon conto la stessa sembra però confermare l'insufficienza di un'analisi condotta su profili meramente testuali.

Se, dunque, l'art. 1463 c.c. concretizzi non un'ipotesi di rinvio normativo ma di mero richiamo del principio causalistico sarà possibile dirlo una volta effettuata quella generale verifica di compatibilità sostanziale tra norma di rinvio richiamante e norma di rinvio richiamata, cui l'interprete non può sottrarsi.

5. Il difficile rapporto tra ripetizione dell'indebito e risoluzione nell'individuazione dello stato di buona o mala fede dell'*accipiens*

Ai sensi dell'art. 2033 c.c. «chi ha ricevuto un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato»¹⁷⁴. Alcuni interpreti¹⁷⁵,

¹⁷³ In particolare da un punto di vista della estrema difficoltà di dimostrare che il legislatore abbia risentito nella redazione della norma in esame di una certa qual influenza ambientale che lo abbia indotto a collegare risoluzione per impossibilità sopravvenuta e ripetizione dell'indebito.

¹⁷⁴ Per approfondimenti si rinvia, su tutti, alla monografia di U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit. ed al contributo di E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., in partic. 223 ss.

¹⁷⁵ M. LIBERTINI, voce *Interessi*, cit., 115; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 236 ss.; E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 61 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, cit., 290; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 181 ss.; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e*

come abbiamo visto, ritengono applicabile questa regola al più specifico tema delle obbligazioni restitutorie conseguenti al venir meno del vincolo contrattuale, in virtù del richiamo dell'art. 1463 c.c. e, quindi, ricostruiscono il significato di questo enunciato affermando che chi ha eseguito una prestazione cui era obbligato in virtù di un rapporto contrattuale poi risolto ha diritto ad ottenerne la restituzione.

Mentre la prima parte dell'articolo citato, se riferita alle restituzioni conseguenti a risoluzione del contratto, non presenta, come avremo modo di vedere, profili di incompatibilità, lo stesso non sembra, invece, potersi facilmente affermare rispetto alla seconda proposizione.

Sempre il primo comma dell'art. 2033 c.c. prevede, infatti, che il *solvens* avrà altresì diritto alla restituzione di frutti ed interessi da computarsi, a seconda che l'*accipiens* fosse in buona o mala fede, rispettivamente dal giorno della domanda giudiziale, ovvero dal giorno del pagamento. Il problema che si pone può essere espresso in maniera molto semplice: è possibile distinguere nell'*accipiens* uno stato di buona fede e uno stato di mala fede quando egli ricevette la prestazione (da restituire) in forza di un valido rapporto contrattuale, poi venuto meno?

Il sistema del pagamento dell'indebito vede tra le sue direttive principali¹⁷⁶ la distinzione tra buona e mala fede soggettiva¹⁷⁷ di colui che

restituzioni, cit., 31-76; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, cit., 674.

¹⁷⁶ In questo senso E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 87 il quale precisa che solo nel caso in cui l'*accipiens* sia in mala fede «la realizzazione dell'interesse del *solvens* riacquista un'assoluta preminenza, nel senso che qui l'azione di ripetizione è diretta a ripristinare, almeno per equivalente, la situazione preesistente tra le due sfere giuridiche»; v. anche ID., *Tutela della buona fede e mala fede sopravveniente nella disciplina dell'indebito*, in *Raccolta di scritti in*

riceve la prestazione non dovuta. Se nell'art. 2033 c.c. buona e mala fede incidono sui soli accessori del diritto di credito, essendo previsto un diverso *dies a quo* per il computo di interessi e frutti a seconda – appunto – che l'accipiente sia a conoscenza o meno del fatto che la prestazione non è dovuta¹⁷⁸, in altre norme lo stato soggettivo dell'*accipiens* influisce sulle vicende dell'obbligazione restitutoria in maniera ben più determinante.

memoria di Raffaele Moschella, Perugia, 1985, 306 ove l'A. precisa che la buona fede in senso soggettivo «assolve ad una funzione che può dirsi in un certo senso primaria poiché ora vale ad incidere sulla misura della restituzione, ora impedisce addirittura che venga ad esistenza una pretesa del solvens nei confronti dell'*accipiens indebiti*». Sul punto cfr. anche il recente contributo di M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *I Rimedi-II*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 379 che si esprime in termini di «rilevanza decisiva» dello stato soggettivo dell'*accipiens*.

¹⁷⁷ P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebitto*, cit., 1233 s. definisce rispettivamente la buona e la mala fede come «l'ignoranza del fatto che il pagamento non era dovuto» e «la conoscenza dell'inesistenza dell'obbligazione». V. anche U. BRECCIA, *La buona fede nel pagamento dell'indebitto*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 128 e spec. 161-173.

In giurisprudenza, cfr. Cass. 9.4.2003, n. 5575, in *Arch. civ.*, 2004, 264, secondo cui in tema di indebitto oggettivo, la mala fede ex art. 2033 c.c. si sostanzia in uno stato soggettivo di conoscenza dell'insussistenza di un diritto al pagamento da parte di chi riceve l'indebitto.

¹⁷⁸ E. MOSCATI, *Tutela della buona fede e mala fede sopravveniente nella disciplina dell'indebitto*, cit., 317 al riguardo afferma: «se l'obbligazione restitutoria ha la sua fonte nel fatto obiettivo del pagamento dell'indebitto è proprio da tale momento che dovrebbe sorgere anche il diritto ai frutti ed agli interessi, che sono in fondo gli accessori della res oggetto della prestazione non dovuta. La restituzione dei frutti e degli interessi si inquadra in un concetto in senso lato di restituzione tanto più che solo recuperando il capitale con tutti gli accessori è possibile al solvens ripristinare nella sua pienezza la situazione patrimoniale preesistente al pagamento dell'indebitto». Poco oltre (318) «la discrasia tra la disciplina degli interessi nell'acceptio di buona fede ed i criteri ispiratori dell'art. 1282, 1 comma, c.c. risulta evidente».

Si pensi al disposto dell'art. 2037 c.c.¹⁷⁹ Se l'*accipiens* è in buona fede, e dunque inconsapevole di ricevere una prestazione non dovuta, in caso di perimento o di deterioramento, anche per fatto proprio, della *res tradita*, lo stesso risponderà nei soli limiti del suo arricchimento¹⁸⁰. Se è in mala fede, e dunque consapevole di ricevere una prestazione non dovuta, in caso di perimento, pur dipendente da caso fortuito, l'*accipiens* invece sarà tenuto a corrisponderne il valore; si applicherà la regola della corresponsione del valore anche in caso di deterioramento, salvo che il *solvens* non preferisca ottenere la restituzione del bene oltre ad un'indennità.

Anche le regole previste dall'art. 2038 c.c. partecipano della medesima struttura bipartita: mentre l'*accipiens* che alieni la cosa ricevuta in buona fede deve restituire il corrispettivo eventualmente ricevuto e, se l'alienazione è a titolo gratuito, è esonerato da responsabilità, l'*accipiens* in mala fede è obbligato a restituire la cosa in natura o a corrisponderne il valore e, se l'alienazione è a titolo gratuito, è comunque obbligato nei limiti del suo arricchimento¹⁸¹.

¹⁷⁹ E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 225 ritiene le regole contenute negli artt. 2037 e 2038 (di cui *infra* nel testo) c.c. «manifestazione dello stesso criterio» che informa la disciplina della *condictio indebiti*. ID., *Tutela della buona fede e mala fede sopravveniente nella disciplina dell'indebito*, cit., 310, sottolinea come la «funzione di rottura nel sistema della *condictio*» operata dalla buona fede si evidenzia particolarmente nell'ipotesi di cui all'art. 2037 c.c. ove la tutela della buona fede «si manifesta attraverso l'esonero dell'*accipiens* indebiti da ogni responsabilità per aver reso impossibile, in tutto o in parte, la restituzione in natura».

¹⁸⁰ Secondo lo stesso U. BRECCIA, *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, cit., 139 questa regola costituisce «deroga al sistema della responsabilità per inadempimento, come tale non estendibile ad altre ipotesi».

¹⁸¹ E. MOSCATI, *Tutela della buona fede e mala fede sopravveniente nella disciplina dell'indebito*, cit., 314, afferma che la liberazione incondizionata dell'*accipiens* indebiti in caso di alienazione in buona fede «appare in contrasto con i principi sulla responsabilità per inadempimento»; in questa disposizione, infatti, la buona fede (315) «preclude qualsiasi pretesa al pagamento del valore».

In altri termini, l'analisi degli artt. 2033, 2037 e 2038 c.c.¹⁸² conferma che il modello restitutorio del pagamento dell'indebito prevede un aggravio o un alleggerimento del contenuto dell'obbligazione restitutoria a seconda che colui che ha ricevuto la prestazione sia, o meno, a conoscenza del carattere indebito della prestazione ricevuta¹⁸³. Buona e mala fede soggettiva sono, dunque, riferimenti cardine da cui muovere per modulare le restituzioni.

Torniamo ora alla domanda iniziale ed interroghiamoci, utilizzando un esempio, se sia possibile attribuire lo *status* di *accipiens* in buona o mala fede alle parti di un contratto valido poi risolto.

Supponiamo che il soggetto A, dopo aver stipulato con il soggetto B un contratto preliminare con effetti anticipati, versi la prima *tranche* convenuta e che, contestualmente, B immetta regolarmente il promittente

¹⁸² Per completezza va osservato che la buona o mala fede rileva, per tramite del richiamo ex art. 2040 c.c., anche ai fini del rimborso di spese e miglioramenti (per approfondimenti v. E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni*, Artt. 2028 - 2042 c.c., cit., 565 ss.).

¹⁸³ Cfr. nuovamente E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni*, Artt. 2028 - 2042 c.c., cit., 87, 227 e 469. L'opinione è ribadita in ID., *Tutela della buona fede e mala fede sopravveniente nella disciplina dell'indebito*, cit., 309 ove l'A., a chiare lettere, afferma che nelle ipotesi in cui viene in considerazione la buona fede «la legge non ha voluto assumere un atteggiamento neutrale». La buona fede, secondo l'A., «assolve ad una funzione di rottura del sistema della *condictio*, nel senso che attraverso la tutela della buona fede si introduce un limite a quella rigida correlazione tra pretesa del solvens ed oggetto della prestazione non dovuta, che caratterizza la ripetizione dell'indebito, distinguendola da altri rimedi restitutori, prima tra tutti l'azione di arricchimento».

Negli stessi termini, già U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 263 (argomentazione riproposta in ID., voce *Indebito (ripetizione dell')*, cit., 7) nonché ID., *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, cit., 161, ove l'A. evidenzia il «ruolo peculiare che la buona e la mala fede dell'*accipiens* svolgono nel senso di offrire una precisa dimensione al rapporto di cui è titolare il soggetto passivo della *condictio* e talvolta, quando quest'ultimo sia in buona fede, finanche nel senso di escludere la responsabilità (o comunque di limitarla all'arricchimento)».

acquirente nel godimento dell'immobile. Avviene, non di rado e per i più svariati motivi, che, prima della stipula del definitivo, una delle due parti si renda gravemente inadempiente costringendo l'altra ad agire per ottenere la risoluzione del contratto.

Disinteressiamoci di quale sia il contraente fedele, quale l'inadempiente e, in ottica puramente restitutoria, focalizziamo la nostra attenzione sul loro stato soggettivo¹⁸⁴.

Abbiamo definito in mala fede il soggetto che riceva una prestazione, consapevole che la stessa non è dovuta. Nel nostro esempio sia A che B non sono in mala fede: entrambi ricevono una prestazione che ritengono dovuta, non indebita¹⁸⁵.

Abbiamo definito in buona fede il soggetto che riceva una prestazione, ritenendo - erroneamente - che la stessa sia dovuta. Nel nostro esempio - a rigore - A e B neppure sono in buona fede¹⁸⁶: entrambi ricevono una prestazione (non solo ritenuta ma) effettivamente dovuta.

¹⁸⁴ U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 262 ss. conduce un'analisi dettagliata. Secondo l'A. (263) la condizione di buona e mala fede non può essere valutata con riferimento al momento in cui la *solutio* è stata eseguita. La *fictio* della retroattività non sarebbe, infatti, utilizzabile per accertare un dato di fatto, qual è la condizione psicologica delle parti. Al tempo stesso è però arbitrario (264) attribuire rilevanza, in difetto di dati normativi in tal senso, ad altri momenti quale quello in cui l'*accipiens* ha cognizione «del maturare dei presupposti».

¹⁸⁵ Secondo G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 697 è ipotizzabile una situazione di mala fede soggettiva e (al tempo stesso) oggettiva nel caso di un contraente che, ricevuta una prestazione inesatta, la consumi o la trasferisca a terzi e, contestualmente, agisca per ottenere la risoluzione del contratto.

¹⁸⁶ In questo senso v. C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 217; Secondo A. BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione dell'indebito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 181 una simile interpretazione condurrebbe a risultati «aberranti». In giurisprudenza per analoghe considerazioni v. T. Milano, 6.10.1998, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 529 (s.m.).

Siffatta ricostruzione è in contrasto con l'idea maggiormente condivisa in dottrina; cfr., da ultimo, M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., 380 (ed ivi gli ampi ulteriori

In altre parole e fuor d'esempio, il fatto che, nel momento in cui vengono effettuate, le prestazioni siano dovute in base ad un contratto valido ed efficace induce a ritenere che non sia possibile ricostruire in termini di buona o mala fede lo stato soggettivo di colui che riceve la prestazione¹⁸⁷. Né, peraltro, può avere senso ricercare un momento diverso dalla *traditio*, rispetto al quale indagare lo stato soggettivo dell'*accipiens*, in mancanza di una qualsivoglia indicazione codicistica¹⁸⁸ e di una *ratio* che possa giustificare tale operazione.

Deve invero riconoscersi che il fulcro su cui ruota il meccanismo restitutorio proprio della restituzione di indebito è che la prestazione non dovuta sia tale nel momento in cui viene effettuata; solo rispetto ad una simile fattispecie ha senso verificare l'eventuale contrasto tra la realtà

riferimenti) il quale afferma che entrambe le parti, al ricevimento della prestazione, sono «necessariamente in buona fede».

¹⁸⁷ Questa considerazione trova conforto in U. BRECCIA, *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, cit., 164 il quale, proprio con riferimento alle ipotesi di difetto sopravvenuto della *causa solvendi*, dubita che «sia consentito procedere ad una ricostruzione unitaria dell'oggetto dello stato intellettuale di buona o mala fede dell'*accipiens* ... poiché per definizione all'atto della *solutio* tali presupposti non sono ancora integralmente maturati».

Come abbiamo visto nel Capitolo 1, interessa la buona fede oggettiva, non quella soggettiva; sul punto cfr. C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 216, nonché A. NICOLUSSI, *Appunti sulla buona fede soggettiva con particolare riferimento all'indebito*, in *Riv. critica dir. privato*, 1995, 265 ss., in partic. 294 e 295, che esamina buona fede soggettiva e buona fede oggettiva quali, rispettivamente, requisiti di scienza e qualificazione della condotta. Si veda altresì A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 350 il quale sottolinea che il regime dell'indebito sembra presupporre che tra i soggetti non sussista alcun precedente rapporto. Il che, secondo l'A., «spiega la rilevanza assegnata allo stato soggettivo (buona o mala fede) del percipiente»; se, invece, si prende in considerazione un contratto, «la posizione delle parti non può non essere *neutrale* e *indifferente* rispetto alla (successiva) caducazione di esso». Condivide, da ultimo, i segnalati profili di dubbia compatibilità anche E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*» e *ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 102-103.

¹⁸⁸ Su tale arbitrarietà v. già U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 264. Più di recente v. A.M. BENEDETTI, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, cit., 522.

giuridica e realtà putativa, tra esistenza di un diritto di credito e rappresentazione soggettiva dell'*accipiens*¹⁸⁹.

Se la prestazione è dovuta, e le parti sanno che è dovuta, non esiste contrasto tra situazione di diritto e situazione di fatto, tra assetto contrattuale e foro interno dell'accipiente cosicché - a giudizio di chi scrive - un giudizio in termine di buona o mala fede soggettiva pare non pertinente, inappropriato e, in ogni caso, privo di significato.

E ciò accade nel caso in cui la prestazione sia stata eseguita in adempimento di un contratto valido ed efficace prima che si verifichi la causa di risoluzione dello stesso.

A conferma di quanto sopra, si consideri un ulteriore aspetto.

In dottrina è stato osservato¹⁹⁰ che il regime differenziato che le regole sulla ripetizione predispongono pare ispirarsi all'idea per cui il decorso di un lasso di tempo dal pagamento dell'indebito a quello della restituzione è imputabile all'approfittamento dell'*accipiens*, se questi è in mala fede, o all'inerzia del *solvens*, ove l'*accipiens* sia in buona fede. L'osservazione merita di essere condivisa, ed allora può affermarsi che la valenza attribuita dal legislatore alla buona e mala fede è indice di una consapevole contaminazione, in ottica sanzionatoria, tra istanze

¹⁸⁹ Cfr. U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, cit., 936.

¹⁹⁰ D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., 196; nello stesso senso già E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 87 il quale osserva che nel solo caso in cui l'*accipiens* sia in mala fede l'azione di ripetizione è diretta a ripristinare, almeno per equivalente, la situazione preesistente. Oltre (225) l'A. mette ulteriormente in evidenza la tendenza della *condictio* a «contemperare l'interesse del *solvens* con quello dell'*accipiens*».

restitutorie e giudizio di responsabilità¹⁹¹, contaminazione che collide apertamente con la finalità di neutra reintegrazione della situazione di fatto e di diritto affermata dalla regola di retroattività nella risoluzione per inadempimento¹⁹².

In altre parole, allorquando uno o entrambi i contraenti eseguono una o più prestazioni prescritte dal contratto, non esiste alcun approfittamento né alcuna inerzia da punire, ma mere prestazioni da restituire.

Se, in sintesi, quando si debbono restituire cose o prestazioni ricevute in forza di un contratto poi caducato, non può aver senso un giudizio di buona o mala fede dell'*accipiens*, l'idea stessa di un rapporto necessario tra ripetizione dell'indebito e risoluzione per inadempimento pare, dunque, viziata nelle sue fondamenta¹⁹³.

¹⁹¹ Non si vede, infatti, come non possa considerarsi illecita già la mera apprensione di una prestazione che si sappia essere non dovuta. Cfr. P. TRIMARCHI, voce «*Illecito (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 97, 104 e 110.

¹⁹² Nel diritto francese T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, 654 ss. ritiene quello restitutorio un «meccanismo neutro» e del tutto slegato da istanze e logiche risarcitorie.

¹⁹³ Cfr. C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 210. Sostengono la tesi dell'incompatibilità A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 245 ss.; A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1454 c.c.*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1990, 405 ss.; P. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, cit., 389; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 349; ID., *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Europa e dir. privato*, 2001, 546; A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 537 ss.; A.M. BENEDETTI, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, cit., 521. Meno di recente cfr. G. STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 71; F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, cit., 495 nonché P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, cit., 32 il quale ritiene che qualsiasi tentativo di coordinare la disciplina della *condictio* con quello del rimedio della nullità (ma il rilievo sembra potersi estendere a tutti i rimedi contrattuali) conduca a risultati «aberranti e contraddittori».

6. *Segue. Gli «adattamenti» proposti nelle elaborazioni di dottrina e giurisprudenza*

La verifica di compatibilità tra il regime della ripetizione e quello di risoluzione del contratto non è nuova. Anche gli autori che hanno ritenuto di superarla positivamente, non hanno mancato di osservare come le norme sull'indebito non possano essere applicate «meccanicamente»¹⁹⁴. L'idea che pervade gli studi della dottrina e le massime della giurisprudenza è, tuttavia, che, pur non potendosi parlare – a stretto rigore – di buona e mala fede dell'*accipiens*, così come fanno gli art. 2033 e ss. c.c., sarebbero comunque possibili degli adattamenti capaci di salvaguardare il rinvio alla disciplina del pagamento dell'indebito¹⁹⁵.

L'interpretazione adeguatrice che ha avuto più seguito è quella secondo cui la valutazione sulla buona o mala fede dovrebbe per analogia trasformarsi in giudizio sull'imputabilità all'*accipiens* del fatto che dà luogo a risoluzione¹⁹⁶. Conseguentemente sarebbe *accipiens* in buona fede il contraente fedele, *accipiens* in mala fede il contraente inadempiente.

¹⁹⁴ Così M. LIBERTINI, voce *Interessi*, cit., 115 nonché U. BRECCIA, *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, cit., 165.

¹⁹⁵ Secondo U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 264, l'indagine deve rivolgersi ad un diverso ordine di conoscenze dell'*accipiens* «eventualmente idonee a far ritenere esistente, su altro piano, la buona o mala fede di quest'ultimo». Cfr. anche A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 255 ss.

¹⁹⁶ In questo senso sempre M. LIBERTINI, voce *Interessi*, cit., 115; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 267 appare più cauto laddove afferma «a titolo di indicazione generale» che «potrebbe» essere decisivo il ruolo dell'imputabilità dell'*accipiens* e che resta confermata «l'opportunità di tenere presente la distinzione» tra buona e mala fede. La cautela con cui si muove l'A. in questo punto delicato è ancor più evidente nella successiva nota 215 dove, a chiare lettere, lo stesso avverte che «non vi è dubbio che nel suo complesso questa materia attende ancora una sistemazione adeguata e coerente».

Questa corrente, che pur vanta l'opinione favorevole di parte della dottrina ed è stata applicata senza (o quasi) soluzione di continuità dalla giurisprudenza sino ai primi anni novanta¹⁹⁷, è stata oggetto di dure critiche¹⁹⁸.

Da una parte, è stato osservato che l'equiparazione «contraente fedele = *accipiens* in buona fede» risulta inficiata da una contaminazione tra buona e mala fede in senso soggettivo e buona e mala fede in senso oggettivo¹⁹⁹. Più precisamente, secondo alcuni, ogni tentativo di caricare di valenza oggettiva i requisiti soggettivi previsti nelle norme sul pagamento dell'indebito finirebbe col risultare «oggettivamente privo di senso»²⁰⁰ posto che un giudizio in termini di imputabilità si colloca in un momento diverso e successivo a quello in cui la prestazione viene ricevuta.

Altri autori, d'altra parte, hanno evidenziato che l'applicazione di questa regola dà luogo ad un'alterazione delle regole restitutorie, che

¹⁹⁷ Cfr. ad esempio Cass. 23.8.1985, n. 4510, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 665 con nota di R. De Matteis; Cass. 26.2.1986, n. 1203, in *Arch. civ.*, 1986, 745; Cass. 12.6.1987, n. 5143, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2222; Cass. 27.8.1990, n. 8834, in *Arch. civ.*, 1991, 31. Al riguardo non sembra inadeguato ricordare che proprio nel 1990 veniva pubblicato nel *Commentario Scialoja-Branca* lo studio sulla *Risoluzione per inadempimento* di A. LUMINOSO, in cui l'A. stigmatizza i vantaggi ingiustificati che una simile impostazione verrebbe ad ammettere a favore del risolvete nonché le conseguenti commistioni tra obbligazioni restitutorie e risarcitorie.

¹⁹⁸ A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 258.

¹⁹⁹ Sulla incompatibilità tra un giudizio di buona/mala fede ed uno di imputabilità/colpa/responsabilità v. già F.D. BUSNELLI, *Buona fede e responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, 427 ss.

²⁰⁰ Cfr. C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 216, nonché A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 350. A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione ed arricchimento*, cit., 105 sottolinea che l'obbligo di restituzione nasce «a prescindere» dal comportamento del debitore.

finiscono per acquisire «valenze» e «funzioni» criptorisarcitorie²⁰¹, e ad una conseguente situazione di disparità²⁰² a danno del contraente inadempiente.

A tale riguardo, riprendiamo il caso-modello del precedente paragrafo²⁰³ e supponiamo che sia B (ovvero il promittente alienante) a rimanere inadempiente al contratto preliminare²⁰⁴. Questi i pretesi effetti restitutori: A avrebbe diritto ad ottenere la restituzione della somma pagata, oltre agli interessi già a far data dalla *traditio*; B avrebbe invece diritto alla restituzione dell'immobile, oltre ai frutti (civili, e dunque il valore di godimento) solo a far data dalla domanda giudiziale.

Una simile ricostruzione si risolve ad evidente vantaggio del contraente adempiente il quale finisce col cumulare²⁰⁵ il diritto a trattenere

²⁰¹ A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1454 c.c.*, cit., *passim*, in partic. 421; il tema è affrontato anche da A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 319 ss.

²⁰² A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 250 sostiene che un siffatto sistema non potrebbe non dare luogo a situazioni stridenti. L'A. altrove (252) precisa che la disciplina della *condictio*, se puntualmente applicata, non è in grado di assicurare risultati equi.

²⁰³ Per semplicità si riporta di seguito il caso: supponiamo che il soggetto A, dopo aver stipulato con il soggetto B un contratto preliminare con effetti anticipati, versi la prima *tranche* convenuta e che, contestualmente, B immetta regolarmente il promittente acquirente nel godimento dell'immobile. Avviene, non di rado e per i più svariati motivi, che, prima della stipula del definitivo, una delle due parti si renda gravemente inadempiente costringendo l'altra ad agire per ottenere la risoluzione del contratto.

²⁰⁴ Come sottolinea A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1454 c.c.*, cit., 407 gli "inconvenienti" sono maggiori nei casi in cui il contraente infedele sia tenuto a restituire la prestazione di denaro.

²⁰⁵ Lo stesso M. LIBERTINI, voce *Interessi*, cit., 115, nota 92 si dichiara consapevole della necessità di apportare un correttivo alla soluzione proposta. A giudizio dell'A., in simili ipotesi, la regola contenuta nell'art. 1499 c.c. impedirebbe il decorso degli interessi fino al momento in cui il titolare del credito alla restituzione non abbia a sua volta restituito la controprestazione.

i frutti della controprestazione con il diritto ad ottenere la restituzione dei frutti di quella effettuata²⁰⁶.

In altri termini, siffatta interpretazione colora di una luce risarcitoria-sanzionatoria le obbligazioni restitutorie, così snaturando la valenza di neutra rimozione dello stato di fatto e diritto generata dal contratto risolto, propria delle restituzioni²⁰⁷.

Dubbi, critiche e perplessità sollevate rispetto a questa prima rielaborazione hanno portato dottrina e giurisprudenza a percorrere altre soluzioni interpretative, onde evitare di concludere per l'incompatibilità tra ripetizione e risoluzione.

Alcuni autori hanno proposto di adottare a regola cardine delle restituzioni, in sostituzione della bipartizione buona/mala fede, la distinzione tra «conoscenza e non conoscenza dell'obbligo di restituzione» prevista dall'art. 2038 c.c.²⁰⁸ Questa teoria equipara i contraenti all'*accipiens* di buona fede fino al momento in cui non hanno consapevolezza

²⁰⁶ A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 241.

²⁰⁷ In più, come è stato osservato (cfr. nuovamente A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1454 c.c., cit. 411 e 422), ove agisca anche per il risarcimento, il contraente fedele finirebbe per cumulare l'integrale risarcimento del danno positivo con le poste di danno negativo.

²⁰⁸ C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 218; *contra*, Cass. 4.5.1978, n. 2087, in *Foro it.*, 1979, I, 180, secondo cui l'art. 2038 c.c., per la specificità del riferimento alla *res* e all'ipotesi della sua alienazione, ha evidente carattere di norma speciale, in deroga alla disciplina generale dell'art. 2033 c.c., che non prevede - ed anzi implicitamente esclude - sia il subentro del *solvens* nell'esercizio delle azioni eventualmente spettanti all'*accipiens* nei confronti dei terzi in rapporto alle somme ricevute, sia l'autonoma pretesa di rimborso contro costoro da parte dello stesso *solvens*, indipendentemente dall'ipotesi di un loro ingiusto arricchimento, e non è quindi suscettibile di interpretazione analogica.

dell'obbligo di restituire, all'*accipiens* di mala fede dal momento in cui acquistano tale consapevolezza.

Se, da una parte, non può negarsi alla presente rielaborazione il merito di aver superato il dogma «inadempimento = mala fede soggettiva» alla ricerca di regole capaci di garantire un trattamento uniforme dei contraenti, dall'altra permangono due severe perplessità.

Costituisce *ius receptum* l'orientamento della Suprema Corte²⁰⁹ secondo cui per la decorrenza degli interessi dovuti dall'*accipiens* in buona fede non è sufficiente una qualsiasi richiesta di restituzione della somma, ma è necessaria, in applicazione della tutela prevista dall'art. 1148 c.c. per il possessore di buona fede, la proposizione di una domanda giudiziale, così che, per il periodo anteriore, gli interessi non sono dovuti.

La tesi sopra esposta, la cui dichiarata finalità è di mantenere le restituzioni da caducazione contrattuale nell'alveo della ripetizione dell'indebito, allorquando afferma che lo stato soggettivo di conoscenza dell'obbligo restitutorio coincide con qualunque «notizia» che provenga da controparte²¹⁰, finisce per porsi in aperto contrasto con una regola cardine di quel medesimo sistema che vorrebbe salvaguardare.

Si consideri, inoltre, un secondo aspetto: rispetto ad eventi rovinosi della *res* (quali il perimento e il deterioramento), sviluppatosi nell'arco temporale antecedente il momento di conoscenza dell'obbligo di

²⁰⁹ Cfr. Cass. 2.8.2006, n. 17558, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 626; Cass. 4.3.2005, n. 4745, in *Guida al dir.*, 2005, XV, 89; v. altresì Cass., sez. un., 5.8.1994, n. 7269, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1017 con nota di Scarlatelli. Per una recente applicazione nella giurisprudenza di merito v. T. Genova, 4.6.2007, cit.

²¹⁰ C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 219.

restituzione, i contraenti sarebbero tenuti a rispondere nei soli limiti dell'arricchimento. Si finirebbe, dunque, per applicare a questi casi una disciplina - quella dell'art. 2041 c.c. - non richiamata dall'art. 1463 c.c., che fa riferimento alle sole norme sulla ripetizione dell'indebito, e che, come meglio avremo modo di approfondire, basandosi su di una concezione meramente patrimoniale e non reale²¹¹, comporta una significativa diminuzione di tutela.

In conclusione, gli adattamenti proposti non sembrano colpire nel segno.

Di questo fatto sembra parzialmente consapevole la giurisprudenza che, da quando ha abbandonato l'assioma «inadempimento = mala fede», continua a dichiarare applicabile ai casi in esame l'art. 2033 c.c. e, senza punto fornire giustificazioni al riguardo, si limita a ritenere presuntivamente, e salva prova contraria, in buona fede entrambi i contraenti²¹². L'incapacità (o forse l'impossibilità²¹³) di rinvenire adattamenti ed interpretazioni adeguati ha - pertanto - condotto i giudici proprio a quella «applicazione meccanica» della disciplina dell'indebito che la dottrina intera ritiene da tempo del tutto inadeguata.

²¹¹ Si rinvia agli autori citati alla nota 247.

²¹² V. da ultimo Cass. 15.1.2007, n. 738 in *Contratti*, 2007, 737; Cass. 2.8.2006, n. 17558, in *Contratti*, 2007, 224; Cass. 28.3.2006, n. 7083, in *Contratti*, 2006, 1099; nella giurisprudenza di merito T. Genova, 4.6.2007, *ined.*, T. Milano 6.10.1998, cit. Contesta recisamente questa soluzione A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimenti*, cit., 137.

²¹³ Cfr A. DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, cit., 309; A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1454 c.c.*, cit., 405 ss. Secondo A.M. BENEDETTI, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, cit., 522 il richiamo alla buona/mala fede deve reputarsi sostanzialmente inoperante.

7. Ancora sulle contraddizioni del rapporto tra ripetizione dell'indebito e risoluzione per inadempimento

In dottrina sono stati evidenziati ulteriori problemi di coordinamento che sembrano confutare la visione del pagamento dell'indebito quale sostrato giuridico su cui ricostruire la disciplina delle restituzioni conseguenti a risoluzione del contratto. Approfondiamo i due aspetti più significativi.

L'art. 2037 c.c. al comma 3 prevede che chi ha ricevuto una cosa determinata in buona fede non risponde del perimento o del deterioramento di essa, ancorché dipenda da fatto proprio, se non nei limiti del suo arricchimento²¹⁴.

Al riguardo, ipotizziamo di superare le problematiche sul significato da attribuire al lemma «buona fede» e, in linea con la più recente giurisprudenza, presumiamo in buona fede entrambi i contraenti.

È evidente che questa regola, se applicata a rapporti contrattuali poi risolti, determina un'inammissibile squilibrio dell'allocazione del rischio che si risolve in un sovvertimento del principio consensualistico e della regola *res perit domino*²¹⁵. Mentre, come è noto, sulla base del combinato disposto degli artt. 1376 e 1465 c.c., ove il bene vada accidentalmente distrutto, la perdita grava sull'acquirente, in quanto proprietario,

²¹⁴ Per approfondimenti si rinvia, su tutti, alla monografia di U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit. ed al contributo di E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., in partic. 467 ss.

²¹⁵ G. VILLA, *La quantificazione del danno*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I *Rimedi-II*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 949 ritiene che l'applicazione, in ambito risolutorio, dell'art. 2037 c.c. comporta un sovvertimento della distribuzione del rischio.

l'applicazione dell'art. 2037 c.c. esclude la responsabilità dell'acquirente, in quanto *accipiens ex indebito* (presuntivamente) in buona fede, e fa salva l'esperibilità nei suoi confronti della sola azione di arricchimento²¹⁶.

Un esempio renderà più chiaro quanto detto.

Ipotizziamo che A e B decidano di permutare due immobili e che, concluso il contratto, A rimanga inadempiente all'obbligazione di consegna. Supponiamo, poi, che B preferisca agire per la risoluzione del contratto e chieda la condanna di A a restituire il bene.

Se nel corso del giudizio l'immobile oggetto della domanda di restituzione va distrutto, una puntuale applicazione dell'art. 2037 c.c. porterebbe a concludere che A - a meno che non venga dimostrata la sua mala fede - non risponderebbe del perimento, se non nei limiti del proprio arricchimento.

La disciplina prevista nell'art. 2037 c.c. presenta, dunque, difetti di coordinamento²¹⁷ in quanto collide con il principio per cui la perdita della *res* deve gravare sul soggetto che ne è proprietario al momento della distruzione, a prescindere da qualunque valutazione in termini di buona o mala fede soggettiva e di arricchimento dello stesso.

²¹⁶ Analizzano questa discrasia U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 248; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 349; C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 214; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, cit., 35.

²¹⁷ Lo stesso E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 527 non manca di bollare come «inadeguata» questa disciplina, se trasfusa in ambito contrattuale; medesime considerazioni anche in C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 215. Per una lettura sistematica degli artt. 1221 e 2037 c.c. v. U. BRECCIA, *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, t. 1, Milano, 1978, 199 ss. (pubblicato anche in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 130 ss.).

Prendiamo, infine, in esame l'art. 2038 c.c. prestando attenzione ai profili di responsabilità del terzo avente causa dall'*accipiens indebiti*²¹⁸. La norma richiamata prevede che quest'ultimo: (i) ove abbia acquistato a titolo oneroso la *res* e non abbia ancora provveduto al saldo, sia obbligato per il pagamento del corrispettivo nei confronti del *solvens*; (ii) ove abbia acquistato a titolo gratuito la *res*, sia obbligato per il pagamento di un'indennità nei limiti del suo arricchimento a favore del *solvens*.

Tralasciando la surroga del *solvens* nei diritti dell'*accipiens*, interessa rilevare che il profilo di responsabilità eventuale (nel limite dell'arricchimento) del terzo acquirente per le ipotesi di acquisto non oneroso collide nettamente con il disposto dell'art. 1458, c. 2.²¹⁹

Per maggior chiarezza, torniamo al precedente esempio²²⁰ del contratto di permuta ed aggiungiamo un dato, immaginando che A, ricevuto il bene, lo doni a C.

Risulta evidente che, ove ritenessimo applicabile a questa fattispecie il disposto dell'art. 2038 c.c., con conseguente affermazione di responsabilità del terzo donatario C, finiremmo per ricostruire una regola non compatibile con il dettato dell'art. 1458, c. 2, secondo cui, salvi gli

²¹⁸ Per approfondimenti si rinvia, su tutti, alla monografia di U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit. ed al contributo di E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., in partic. 483 ss.

²¹⁹ U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, cit., 936 ritiene «inammissibile» che il terzo subisca, in applicazione di questa regola, un trattamento peggiore rispetto a quello previsto nella disciplina delle impugnazioni contrattuali.

²²⁰ Si riporta per semplicità il caso: ipotizziamo che A e B decidano di permutare due immobili e che, concluso il contratto, A rimanga inadempiente all'obbligazione di consegna. Supponiamo, poi, che B preferisca agire per la risoluzione del contratto e chieda la condanna di A a restituire il bene.

effetti della trascrizione della domanda, la risoluzione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi²²¹.

Anche l'art. 2038 c.c. è, dunque, norma non facilmente coordinabile e che, se adoperata, finisce per indebolire la tutela riconosciuta al terzo dalla regola sugli effetti della risoluzione²²².

In conclusione, esiste una pluralità di argomenti che indirizzano l'interprete ad affermare che il rinvio che l'art. 1463 c.c. effettua alle norme relative alla ripetizione dell'indebita vada letto come mero richiamo del principio causalistico, risultando pressoché del tutto incompatibile l'applicazione delle singole norme di cui agli artt. 2033 e ss. c.c. alle fattispecie risolutorie²²³.

²²¹ *Contra* v. C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 229 secondo cui l'art. 2038 non prevede un effetto contraddittorio ma integra e corregge la previsione di inopponibilità ai terzi di cui all'art. 1458 c.c.; nello stesso senso v. anche M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., 407-408 secondo cui la compatibilità della disposizione dell'art. 2038 c.c. con quella della risoluzione è da porsi in relazione con l'orientamento del legislatore secondo cui le attribuzioni patrimoniali gratuite «risentono di un certo grado di precarietà».

²²² Sul punto v. U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebita*, cit., 246 che definisce siffatta conseguenza «certamente incongrua»; ID., voce *Indebito (ripetizione dell')*, cit., 4; E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 131; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, cit., 34; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 173; *contra* C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 229 e M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., 407-408.

²²³ V. *infra* § 10 per le ulteriori conseguenze.

8. Ripetizione dell'indebito e arricchimento senza causa quali fonti (rispettivamente) delle obbligazioni restitutorie di dare e fare

La più recente ed ormai maggioritaria dottrina²²⁴ ha sottoposto a parziale critica l'orientamento sopra esposto, secondo cui l'istituto della ripetizione dell'indebito è fonte sostanziale di tutte le obbligazioni restitutorie derivanti da caducazione contrattuale; si è venuta così creando una seconda corrente interpretativa che, operando un distinguo sulla base della natura dell'oggetto della prestazione, ritiene che la disciplina prevista all'art. 2033 e ss. c.c. vada confinata all'ipotesi di restituzione di prestazioni di dare, trovando, invece, spazio nelle altre ipotesi, ed in particolare per le prestazioni di fare, l'art. 2041 c.c.

Siffatta esegesi prende le mosse dall'interpretazione del termine «pagamento» contenuto nell'art. 2033 c.c.: mentre taluni autori, come abbiamo visto, ritenendo questo termine sinonimo di «adempimento»²²⁵, identificano nell'indebito un istituto capace di fondare la restituzione di

²²⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 949; R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, cit., 669 ss.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in AA.VV., *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, 1526; D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., 230 ss. (ove vengono delineate ragioni storiche ed esegetiche); M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., 391-392.

Isolata è l'idea di P. D'ONOFRIO, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 596 secondo cui, venuto meno con effetto retroattivo il contratto risolto, sarebbe l'arricchimento senza causa a regolare tutti gli effetti restitutori.

²²⁵ Cfr. R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, cit., 554; A. DI MAJO, voce *Pagamento*, cit., 548; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 39 ss. (opinione ripresa nella voce *Indebito (ripetizione dell')*, cit., 2, nonché nella voce *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, cit., 1); E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 155 ss.

ogni genere di prestazione non più sorretta da causa giustificatrice, altri reputano, per converso, che l'espressione «pagamento», che normalmente andrebbe riferita alla sola consegna di somme di denaro, possa al più essere esteso ad identificare prestazioni di dare una cosa certa e determinata²²⁶. In altre parole, secondo la dottrina da ultimo citata, ogni qual volta la domanda di restituzione abbia ad oggetto non una *res* specifica e identificata ma un'opera, un servizio o, più in genere, un'attività, il problema di riequilibrio delle sfere patrimoniali dei contraenti, specie a fronte dell'impossibilità di restituzione in forma specifica della prestazione effettuata²²⁷, riveste caratteri del tutto particolari e va risolto attraverso un istituto diverso. Non potendosi applicare a siffatte fattispecie le regole del pagamento dell'indebito, l'unico regime residuale cui ancorare esigenze di tipo restitutorio sarebbe pertanto l'azione generale di arricchimento.

L'analisi del diritto applicato non permette, a cagione della scarsità di pronunce edite, di rinvenire una casistica significativa da cui emerga se la giurisprudenza ritenga, o meno, applicabile l'art. 2041 c.c. ad ipotesi di restituzione di prestazioni di fare conseguenti a risoluzione del contratto²²⁸. Ciò non di meno, a dispetto di quanto affermano talune

²²⁶ P. RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, cit., 1226, secondo cui il nostro legislatore è rimasto fermo ad una concezione della *condictio* «orientata alla cosa» e, dunque, limitata alle prestazioni indebite di dare. Opinione recentemente ripresa da D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., 231.

²²⁷ Si evidenzia che questa interpretazione, laddove ritiene che la disciplina delle obbligazioni restitutorie di cose non restituibili vada rinvenuta nell'art. 2041 c.c., finisce col disapplicare quanto espressamente previsto dall'art. 2037 c.c.

²²⁸ Sembrano negarlo la recente Cass. 15.1.2007, n. 738, cit., ove i giudici della Suprema Corte ritengono formalmente applicabile l'art. 2033 c.c. sotto forma di restituzione per

ricognizioni²²⁹, la via dell'arricchimento senza causa viene spesso seguita in presenza di domande restitutorie conseguenti all'impiego di altre impugnative contrattuali, specie di nullità²³⁰.

equivalente nonché T. Roma 1.7.2004, cit., sul diverso presupposto dell'impossibilità di restituire una prestazione di *facere*.

²²⁹ Secondo A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., 100 la giurisprudenza prevalente avrebbe accolto l'interpretazione più ampia secondo cui alla disciplina della ripetizione dell'indebito è assoggettata ogni tipo di prestazione non dovuta.

²³⁰ Relativamente alla restituzione di una prestazione professionale effettuata da un agente, conseguente a pronuncia di nullità del contratto di agenzia per mancata iscrizione nell'apposito ruolo istituito dalla l. 12 marzo 1968 n. 316, v. Cass., sez. un., 3.4.1989, n. 1613 in *Foro it.*, 1989, I, 1420 con nota di Pardolesi ove, pur in un *obiter dictum*, si afferma che detta restituzione è disciplinata dai «principi generali in tema di prestazioni non dovute di fare» (più oltre identificati nell'azione di arricchimento senza causa); più esplicitamente cfr. Cass. 13.11.1991, n. 12093, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Agenzia*, n. 12; Cass. 10.6.1992, n. 7112, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Agenzia*, n. 24; Cass. 19.8.1992, n. 9675, in *Foro it.*, 1993, I, 428 con nota di Pardolesi; Cass. 4.11.1994, n. 9063, in *Contratti*, 1995, 172 con nota di Franceschelli; Cass. 30.5.1997, n. 4798, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Agenzia*, n. 12 nonché Cass. 18.7.2002, n. 10427, in *Arch. civ.*, 2003, 519 che, aventi ad oggetto la medesima fattispecie, affermano che l'agente può esperire l'azione generale di arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., per farsi indennizzare delle prestazioni svolte a favore del preponente.

In materia di restituzione di una prestazione lavorativa autonoma (ingegnere) Cass. 29.3.2005, n. 6570, in *Giust. civ.*, 2006, I, 936 ha ritenuto ammissibile l'azione di arricchimento senza causa.

Per la restituzione di una prestazione di fare oggetto di un contratto di appalto (attività di raccolta e pagamento delle scommesse sulle corse di cavalli) v. anche Cass. 8.11.2005, n. 21647, in *Contratti*, 2006, 552 secondo cui la ripetibilità è condizionata dal contenuto della prestazione e dalla possibilità concreta di ripetizione, secondo le regole degli artt. 2033 e ss. c.c., operando altrimenti, ove ne sussistano i presupposti, in mancanza di altra azione, l'azione generale di arricchimento prevista dall'art. 2041 c.c. (nello stesso senso anche Cass. 27.10.2005, n. 20933, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Arricchimento senza causa*, n. 28 e Cass. 28.10.2005, n. 21096 in *Contratti*, 2006, 387 aventi ad oggetto la medesima questione).

Per restituzione ex art. 2041 c.c. di prestazioni sanitarie non dovute da parte di un soggetto indebitamente assicurato v. infine Cass. 18.7.2005, n. 15109, in *Prev. Forense*, 2006, 86, con nota di Sassoli Della Rosa.

Per le prestazioni (di fare) del lavoratore subordinato l'art. 2126 c.c. fa salvi gli effetti del contratto di lavoro per il periodo in cui la prestazione di lavoro risulti di fatto essere stata esercitata, salvo che per le ipotesi di nullità per illiceità dell'oggetto o della causa. In dottrina v. il recente contributo di A. ALBANESE, *Le prestazioni compiute in favore della Pubblica amministrazione in esecuzione di contratti irregolari*, in *Corr. giur.*, 2007, 265 ss.

L'analisi di queste pronunce induce peraltro a credere che la scelta dei giudici per l'azione di arricchimento non debba essere vista solo attraverso le argomentazioni ed i profili di interpretazione cui sopra abbiamo fatto cenno. Non sembra infatti avventato affermare che, con ogni probabilità, uno dei motivi che induce la giurisprudenza a scegliere la via dell'arricchimento senza causa quando un contraente richiede la restituzione di prestazioni di fare, o comunque non restituibili²³¹, è da ricondursi alla difficoltà che si riscontra nell'attribuire a queste un determinato valore²³².

Se l'obbligazione ha ad oggetto un *facere*, un *non facere*²³³, o ancora, non è più restituibile, la restituzione può avvenire solo per equivalente. Ma qui sorge il problema di come operare la "conversione" e, soprattutto, di quali criteri seguire per la liquidazione²³⁴.

²³¹ Cfr. Cass. 8.11.2005, n. 21647, cit. nonché Cass. 29.5.1986, n. 3627, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Arricchimento senza causa*, n. 6 secondo cui in favore di chi abbia venduto merci alla p.a. in base ad un negozio nullo per difetto di forma *ad substantiam* e non possa conseguire la restituzione, per avere l'amministrazione già utilizzato irreversibilmente quelle cose, deve riconoscersi, nonostante il rigetto della domanda di adempimento contrattuale pronunciato per effetto della predetta nullità, la facoltà di proporre l'azione sub art. 2041 c.c., nei limiti in cui l'amministrazione consumando od utilizzando le merci in questione abbia ricevuto ed implicitamente riconosciuto un proprio arricchimento, al fine di ottenere il pagamento, a titolo di indennizzo, di una somma corrispondente al prezzo di mercato delle merci stesse, da adeguarsi (vertendosi in tema di debito di valore) al potere di acquisto della moneta al momento della decisione.

²³² Ostacolo pratico già segnalato da U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 42; per una diffusa analisi del problema si veda E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 169-176.

²³³ La particolarità di simili casi induce a evidenziare un possibile esempio: si pensi ad un patto di non concorrenza ex art. 2125 c.c. a cui l'imprenditore rimanga inadempiente; si ritiene che il prestatore di lavoro che voglia liberarsi dello stesso non solo possa agire in risoluzione, ma debba poter ottenere la restituzione per equivalente della propria prestazione di *non facere*.

²³⁴ La recente Cass. 15.1.2007, n. 738, cit., relativamente alla domanda di restituzione di una prestazione di *facere* conseguente a risoluzione di un contratto di appalto, opta per il criterio contrattuale (ammontare del corrispettivo pattuito maggiorato dell'importo

Ecco che la via dell'arricchimento senza causa, in quanto rimedio a carattere patrimoniale e non reale, sfugge agevolmente²³⁵ a simili complesse problematiche, ad oggi non particolarmente approfondite²³⁶.

In conclusione, va dunque registrato un secondo e più recente orientamento dottrinale, di cui si non rinvencono riscontri nelle sentenze

dovuto per revisione prezzi in quanto espressamente previsto); nello stesso senso (in una fattispecie questa volta di annullamento del contratto) anche Cass. 2.4.1982, n. 2029, cit.

Cass. 29.3.2005, n. 6570, cit., che pur afferma che «l'indennizzo dovuto ex art. 2041 c.c. al professionista va liquidato, nei limiti dell'arricchimento dell'ente, con riguardo alla entità dell'effettiva perdita patrimoniale subita dal professionista, da accertarsi tenendo conto delle spese anticipate per l'esecuzione dell'opera e del mancato guadagno, da determinarsi eventualmente anche ex art. 1226 c.c., che lo stesso avrebbe ricavato dal normale svolgimento della sua attività professionale nel periodo di tempo dedicato invece all'esecuzione dell'opera utilizzata dall'ente pubblico, senza la possibilità di far ricorso a parametri contrattuali, stante la carenza di un valido vincolo contrattuale, o di commisurare, "sic et simpliciter", la perdita patrimoniale alla "utilitas" derivatane all'ente sotto il profilo della spesa risparmiata», ha ritenuto conforme a diritto una liquidazione percentuale in termini di 2/3 dell'importo delle parcelle fatturate.

Cass. 29.5.1986, n. 3627, cit. (questa volta in un caso di nullità) identifica, invece, l'indennità dovuta ex art. 2041 c.c. attraverso il riferimento al prezzo di mercato.

Cass. 24.5.2007, n. 12162, *ined.*, infine, liquida a favore dell'appaltatore adempiente una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno «tramite computo del valore venale dell'opera stessa ai prezzi di mercato».

In dottrina ritiene il corrispettivo un ottimo punto di riferimento P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 136. *Contra*, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 458. Sul punto v. anche D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., 85 ss.

²³⁵ D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., 69 dà atto di una tendenza giurisprudenziale ormai consolidata che «ricostruisce l'indennizzo ex art. 2041 in termini sostanzialmente analoghi al debito restitutorio ex art. 2033; cioè facendo coincidere l'indennizzo ex art. 2041 con il valore di mercato della prestazione resa». Poco oltre (76), qualificato come «vischioso» il richiamo al modello dell'arricchimento senza causa, conclude affermando che la giurisprudenza finisce con l'applicare la disciplina della *condictio* «sotto le mentite spoglie dell'art. 2041 c.c.».

²³⁶ Secondo E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*» e *ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, cit., 119 l'analisi delle soluzioni praticate dalla giurisprudenza mostra come sia «solo apparentemente pacifico il principio della riconducibilità di tutti gli effetti restitutori derivanti da un contratto inefficace (ma in tutto o in parte eseguito) alla disciplina dell'indebito. Vengano o meno richiamati gli artt. 2037 e 2038 c.c., le soluzioni della giurisprudenza paiono ispirate a scelte intuitivamente equitative: non sempre accompagnate da una chiara percezione delle questioni teoriche, da una visione globale (e non settoriale) del sistema delle restituzioni e dalla consapevolezza delle loro conseguenze economiche effettive».

della Suprema Corte, secondo cui fonte delle obbligazioni restitutorie è la ripetizione dell'indebito e l'azione generale di arricchimento a seconda che, rispettivamente, l'oggetto della prestazione da restituire sia denaro o una prestazione di dare, ovvero una prestazione di fare o comunque non restituibile in natura.

9. *Segue. Punti di criticità: sussidiarietà dell'azione ed indennizzo*

La dottrina più recente, come abbiamo visto, ha proposto una sorta di correttivo al sistema restitutorio fondato sulle norme relative alla ripetizione dell'indebito, ipotizzando uno spazio di applicazione per l'istituto dell'arricchimento senza causa²³⁷.

Rispetto ad una simile ricostruzione non possono che ribadirsi, avuto riguardo all'impiego dell'indebito quale fonte delle obbligazioni restitutorie aventi ad oggetto prestazioni di dare, le problematiche e le perplessità già evidenziate nelle precedenti pagine. È però opportuno evidenziare che questa interpretazione, laddove rinvia un ambito di applicazione per l'art. 2041 c.c., appare ancora più debole ed infondata di quella che riconduce al solo art. 2033 c.c. l'intero mondo delle restituzioni. Analizziamone le ragioni.

Anzitutto l'art. 1463 c.c. effettua un richiamo alla disciplina dell'indebito; a prescindere dal fatto che si opti per un'interpretazione di

²³⁷ Come detto la recente Cass. 15.1.2007, n. 738, cit. potrebbe però segnare un inversione di tendenza.

quell'enunciato come norma di rinvio normativo o di mero richiamo del principio causalistico, non può non osservarsi che l'azione di arricchimento non vanta (né potrebbe) suddetto riferimento.

La ragione, peraltro, è nella natura dell'art. 2041 c.c. Come è noto, l'azione di arricchimento, in quanto sussidiaria, è proponibile nel solo caso in cui il danneggiato non possa conseguire l'indennizzo per il pregiudizio subito, esercitando altra azione²³⁸.

Se riteniamo, come dottrina e giurisprudenza ritengono, che le regole sulla ripetizione dell'indebito, in virtù del disposto dell'art. 1463 c.c., pongono le basi delle obbligazioni restitutorie, è evidente che il ricorso all'azione generale di arricchimento difetta del suo presupposto principe, ossia l'impossibilità di rimuovere altrimenti il pregiudizio²³⁹.

La contraddizione è, per così dire, interna alla stessa ricostruzione: non sembra ammissibile sostenere che l'ordinamento identifica nell'indebito l'azione che, rimuovendo la situazione di fatto e di diritto

²³⁸ Cfr. P. SCHLESINGER, voce «*Arricchimento (Azione di)*», in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 1008; A. TRABUCCHI, voce «*Arricchimento (azione di)*», in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 74. In giurisprudenza v. da ultimo Cass. 11.6.2007, n.13862, in *Guida al dir.*, 2007, XXIX, 73.

Questa idea è stata di recente contestata da P. PISANI, *Vecchi e nuovi itinerari oltre la frontiera aquilana: l'art. 2041 cod. civ.*, in *Riv. dir. privato*, 1999, 382 secondo l'A. la «giusta causa» cui si riferisce l'art. 2041 c.c. costituirebbe una clausola generale. Interessante la prospettiva di P. SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 105, secondo cui non vi sarebbe ragione per negare che il soggetto tutelato possa «scegliere di esercitare l'azione di arricchimento senza causa non solo in alternativa di un altro rimedio ugualmente spettantegli (concorso alternativo), ma anche complementariamente all'esercizio di quest'ultimo, nel caso in cui la riparazione del pregiudizio patrimoniale subito non sia stata integrale (concorso integrativo)». Sul punto v. anche P. GALLO, *Arricchimento senza causa. Artt. 2041-2042, in Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2003, 86 nonché A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 338 ss.

²³⁹ Così la *Relazione al progetto del c.c. del 1936* testualmente riportata da P. SCHLESINGER, voce «*Arricchimento (Azione di)*», cit., 1008.

generata dal contratto, ritrasferisce ricchezza, e poi, al tempo stesso, correggere il tiro ritenendo altresì applicabile una disciplina il cui presupposto è che lo spostamento patrimoniale ingiustificato non possa essere restituito, poiché al di fuori del campo di applicazione dei rimedi tipici²⁴⁰.

Più semplicemente: se la fonte è l'indebito, in applicazione dell'art. 2042 c.c., l'esperibilità di questo rimedio (tipico) esclude l'esercizio dell'azione di arricchimento²⁴¹.

In secondo luogo, la tutela che l'art. 2033 c.c. appresta è ben più efficace²⁴² di quella prevista dall'art. 2041 c.c. Mentre, da una parte, la ripetizione dell'indebito, che si basa sul dato oggettivo dell'esecuzione di una prestazione non sorretta da causa giustificatrice²⁴³, prevede la

²⁴⁰ Cfr. nuovamente la *Relazione al progetto del c.c. del 1936* (riportata sempre in P. SCHLESINGER, voce «*Arricchimento (Azione di)*», cit., 1007 s.) in cui si afferma, dapprima, che l'arricchimento senza causa «è uno di quei precetti ampi ed elastici, che è bene siano formulati in un codice, appunto per la loro elasticità, la quale permette di ricondurre sotto di essi nella pratica applicazione della legge una quantità di casi, che il legislatore non sarebbe in grado di prevedere tutti singolarmente, quando volesse sostituire al precetto generale norme particolari». Successivamente la *Relazione* aggiunge che l'azione può essere esercitata solo in via sussidiaria: «è ovvio infatti, che, là dove si possa eliminare una situazione anormale con l'applicazione di una norma particolare, il ricorso all'azione generale mancherebbe del suo presupposto». *Contra*, si ricordano nuovamente le pagine di P. SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, cit., *passim*.

²⁴¹ In questo senso v. D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., 29. Cfr. anche A. TRABUCCHI, voce «*Arricchimento (azione di)*», cit., 65 secondo cui la disciplina positiva riconosce «concrete conseguenze obbligatorie a quegli squilibri economici che, implicando insieme un arricchimento ed un impoverimento senza adeguata giustificazione, non trovino un espresso rimedio in qualche specifica norma del sistema positivo».

²⁴² Cfr. su tutti E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 88.

²⁴³ E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 97 sottolinea anche la diversità dei presupposti delle due azioni: rispettivamente il dato oggettivo di aver effettuato una prestazione non dovuta e l'esistenza di un eventuale depauperamento.

restituzione dello spostamento patrimoniale in quanto tale, dall'altra, l'azione di arricchimento, appresta invece una tutela più modesta²⁴⁴ laddove commisura l'oggetto dell'obbligazione restitutoria alla minor somma fra arricchimento ed impoverimento.

Approfondiamo il punto proprio con riferimento alla restituzione delle prestazioni di fare: se, con l'interpretazione più tradizionale, riteniamo a queste applicabili la disciplina dell'indebito, concluderemo che l'*accipiens* deve restituire una somma che rappresenti l'equivalente della prestazione posta in essere²⁴⁵; se, con l'interpretazione più recente, riteniamo applicabile l'azione di arricchimento, concluderemo che l'*accipiens* deve restituire un mero indennizzo²⁴⁶. Mentre, infatti, l'art. 2033 c.c. si ispira ad una concezione «reale»²⁴⁷ e prevede la restituzione della

²⁴⁴ E. MOSCATI, voce *Indebito (pagamento e ripetizione dell')*, cit., 85 definisce l'indebito mezzo di tutela assai più «snello ed efficace» dell'azione di arricchimento senza causa (analisi confermata anche in ID., in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 88). In questo senso anche U. BRECCIA, voce *Indebito (ripetizione dell')*, cit., 2-3. In giurisprudenza esprime in motivazione questa problematica Cass. 2.4.1982, n. 2029, cit.

²⁴⁵ U. BRECCIA, voce *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, cit., 3 conferma che nel caso in cui, come per le prestazioni di fare, non sia possibile la restituzione in natura della *eadem res* o del *tantundem*, si potrà procedere alla restituzione per equivalente. Per i problemi di conversione che ne conseguono e le relative proposte cfr. la precedente nota 234.

²⁴⁶ D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., 64 osserva che «a termini dell'art. 2033 il *solvens* ha diritto all'equivalente del valore di mercato, a termini dell'art. 2041 il *solvens* ha diritto alla minor somma tra il suo impoverimento e l'arricchimento dell'*accipiens*. La pretesa all'indennizzo si rivela dunque in astratto meno vantaggiosa per il *solvens*».

²⁴⁷ Così P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 118 ss.; E. MOSCATI, voce «*Arricchimento (Azione di)* nel diritto civile», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 449; nonché ID., *Concezione «reale» e concezione «patrimoniale» dell'arricchimento nel sistema degli artt. 2037-2038 del codice civile*, in *Scritti in memoria di Domenico Pettiti*, II, Milano, 1973, 993 ss in parte trasfuso in ID., in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 447 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 319 ss.; U. BRECCIA, voce *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, cit., 1 ove l'A. identifica negli artt. 2033 e 2041 c.c. quattro «moduli» restitutori.

prestazione in natura, del *tantundem* o del valore, l'art. 2041 c.c. si ispira ad una concezione di tipo «patrimoniale»²⁴⁸ tale per cui è la valutazione complessiva e comparativa dei due patrimoni dell'*accipiens* e del *solvens* a permettere la determinazione del *quantum* della pretesa dell'impovertito.

Quanto esposto rende evidente l'irragionevole non uniformità delle conseguenze che deriverebbero dal ritenere applicabile le norme sull'indebito e sull'arricchimento a seconda della natura della prestazione oggetto di restituzione. Rende altresì evidente che, come è stato osservato, il preteso fondamento comune delle azioni ex artt. 2033 e ss. e 2041 c.c. si esaurisce nel postulare una conformità ad un medesimo principio equitativo²⁴⁹; ma mentre l'indebito è istituito che fonda esigenze di tipo restitutorio, l'arricchimento fonda esigenze più propriamente indennitarie in quanto risultanti dalla valutazione dei reciproci pregiudizi ed incrementi patrimoniali²⁵⁰.

²⁴⁸ Valgano i richiami agli autori menzionati nella nota precedente.

²⁴⁹ Così P. SCHLESINGER, voce «*Arricchimento (Azione di)*», cit., 1005 ripreso da cfr. E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 98; ID., voce *Indebito (pagamento dell')*, cit., 95 riferisce di una connessione tra i due istituti meramente apparente.

²⁵⁰ Così S. DI PAOLA - R. PARDOLESI, voce «*Arricchimento: I) Azione di arricchimento (dir. civ.)*», in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 2. Per un'ulteriore differenza tra azione di arricchimento senza causa e ripetizione dell'indebito impostata su considerazioni concernenti la causa dell'attribuzione patrimoniale v. A. TRABUCCHI, voce *Arricchimento (diritto civile)*, cit., 67.

10. Spunti conclusivi

Come abbiamo visto, l'argomento del richiamo testuale alla disciplina dell'indebito per tramite dell'art. 1463 c.c., principale baluardo della dottrina classica, non è scevro da elementi di debolezza: l'art. 1189 c.c. attesta l'esistenza di richiami tecnici (proprio) all'istituto della *condictio*. Inoltre, un'analisi che si proponga di effettuare un giudizio di compatibilità tra disciplina dell'indebito e restituzioni da caducazione contrattuale conduce a ritenere che esistono numerosi riferimenti contenuti negli artt. 2033 e ss. c.c. che ben difficilmente, come abbiamo cercato di dimostrare, possono essere coordinati con le regole della risoluzione per inadempimento²⁵¹.

La dottrina prevalente, che pure non ignorava questi profili di debolezza, non ha sviluppato questi ragionamenti e si è limitata ad affermare che la disciplina dell'indebito sarebbe applicabile «nei soli limiti di compatibilità» con il singolo rimedio contrattuale²⁵². Risulta, invece, interessante compiere un'ultima considerazione per verificare cosa, in concreto, rimane della disciplina richiamata, una volta «depurata»²⁵³ degli elementi non conciliabili.

²⁵¹ Infatti A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 349 parla di inconciliabilità tra le due discipline.

²⁵² U. BRECCIA, voce *Indebito (ripetizione dell')*, cit., 4; lo stesso E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 527 nota 1 non manca di affermare che trasporre rigidamente le norme della *condictio* in ambito contrattuale significa «creare situazioni di grave scompenso economico tra le parti».

²⁵³ Cfr. A.M. BENEDETTI, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, cit., 525.

Procediamo, anzitutto, a scartare quei riferimenti di cui non si riesce a fornire – se non a costo di eccessive forzature - un'interpretazione coerente con la *ratio* della risoluzione per inadempimento²⁵⁴. Abbiamo individuato come incompatibile:

(i) la seconda proposizione dell'art. 2033, il secondo ed il terzo comma dell'art. 2037 nonché gli artt. 2038 e 2040 c.c. in quanto prevedono una disciplina improntata sulla distinzione tra buona e mala fede, a cui l'interprete non riesce ad attribuire un significato adeguato;

(ii) il terzo comma dell'art. 2037 c.c. perché contrastante con il principio *res perit domino*;

(iii) l'art. 2038 c.c., relativamente ai profili di responsabilità del terzo, perché contrastante con il disposto dell'art. 1458, comma 2.

Proviamo, dunque, a ritenere non operativo il rinvio a questi articoli (o parte di articoli) che non hanno superato il vaglio di compatibilità.

A questo punto l'art. 1463 c.c. rinvierebbe a due sole norme: «chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato» (art. 2033 c.c., prima proposizione); «chi ha ricevuto indebitamente una cosa determinata è tenuto a restituirla» (art. 2037, comma 1, c.c.).

²⁵⁴ U. BRECCIA, voce *Indebito (ripetizione dell')*, cit., 8 afferma che soltanto nel caso di inefficacia originaria la normativa dell'indebitato non entra in contraddizione con altre direttive. Nel caso di inefficacia successiva gli artt. 2033 e ss. c.c. potranno applicarsi «soltanto a condizioni di interpretarli in funzione dell'esistenza dell'obbligo all'atto del pagamento». Secondo l'A. la buona o mala fede dell'*accipiens* potrà essere rilevante «esclusivamente con riguardo ad un eventuale conoscenza o perfino corresponsabilità, nel momento della *solutio*, in merito alle circostanze di fatto che sono state determinanti ai fini del successivo difetto della giustificazione originaria del pagamento».

A giudizio di chi scrive, nel limite in cui si condivide l'analisi condotta in termini di incompatibilità tra disciplina della *condictio* e risoluzione per inadempimento²⁵⁵, non rimangono che due soluzioni²⁵⁶: la prima è quella di ritenere applicabili i soli artt. 2033, prima proposizione, e 2037, comma 1, c.c.²⁵⁷ L'interprete che ritenga valida questa scelta avrà salvato il fulcro²⁵⁸ dell'istituto della *condictio* ma dovrà comunque darsi carico di formare regole che completino le numerose lacune esistenti²⁵⁹.

Si tratta di un'ipotesi che tutela il rinvio contenuto nell'art. 1463 c.c. solo nominalmente, posto che la disciplina dettata dagli artt. 2033, prima

²⁵⁵ Gli autori cui si è fatto riferimento nelle precedenti note modulano in maniera affatto diversa, e non sempre evidente, il loro giudizio. Si passa da giudizi di rigida incompatibilità (A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 325 e 349; P. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, cit., 385 ss.; A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 247, 381 e 389 e A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., 136 ss., in partic. 144), ad altri di parziale incompatibilità (C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, cit., 217 e 222; A. BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione dell'indebito*, cit., 205), ad altri ancora più sfumati (per riprendere le parole di U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 264, l'incompatibilità si basa sul fatto che l'indagine non è riuscita ad identificare «un diverso ordine di conoscenze dell'*accipiens*» eventualmente idonee a far ritenere rilevante, su altro piano, la distinzione tra buona e mala fede»), sino a quelli di chi ritiene che la disciplina della *condictio* sia integralmente applicabile (D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., 190 ss.).

²⁵⁶ In questo senso già A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, cit., 541.

²⁵⁷ Sembra la via scelta da A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, cit., 542 che ritiene il rilievo della buona o mala fede contenuto negli artt. 2033 e ss. c.c. mero «correttivo ad un obbligo restitutorio (che dovrebbe altrimenti essere) integrale». Sul punto v. anche F.D. BUSNELLI, *Buona fede e responsabilità*, cit., 439 ss.

²⁵⁸ Così definisce il principio della causalità del pagamento E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, cit., 109.

²⁵⁹ Si pensi ai ben noti problemi del perimento, alienazione o, più in genere, non restituibilità della *res*.

proposizione, e 2037, comma 1, c.c. costituisce, senza dubbio, un principio generale²⁶⁰.

La seconda via consiste, invece, nel ritenere del tutto inappagante questo risultato²⁶¹ e nel constatare l'insufficienza degli strumenti logici tradizionalmente utilizzati dall'interprete. In particolare, nel prossimo capitolo, cercheremo di affrancarci, per i già delineati motivi, dalla disciplina della ripetizione per verificare se possa ragionevolmente indirizzarsi verso nuovi percorsi interpretativi.

²⁶⁰ Cfr. G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1993, 28 e 86 nonché già M. GIORGIANNI, voce «Causa», in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 569.

²⁶¹ Cfr. la recente analisi di E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*» e *ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, cit., 118 la quale, dopo aver effettuato una disamina della giurisprudenza, afferma che «la disciplina dell'indebito risulta tendenzialmente disapplicata in due ipotesi generali: una riguardante la natura della prestazione eseguita, l'altra il tipo di impugnativa contrattuale. Da una parte, infatti, il riferimento anche solo nominale agli artt. 2033 ss. c.c. tende a mancare nei settori contrattuali in cui il cui oggetto sia costituito da prestazioni di fare o di lasciar godere [...] dall'altra una tendenziale disapplicazione della disciplina dell'indebito si può verificare a proposito di almeno un tipo di impugnativa contrattuale: la risoluzione per inadempimento».

CAPITOLO TERZO

ALLA RICERCA DI NUOVE REGOLE RESTITUTORIE: NELLA COMPRAVENDITA ...

SOMMARIO: 1. Dalla *pars destruens* alla *pars costruens*. - 2. Il cuore dell'indagine. - 3. Gli effetti restitutori della risoluzione del contratto di compravendita (art. 1493, c. 1, c.c.): restituzione del prezzo e restituzione della *res tradita*. - 4. *Segue*. L'art. 1493, c. 2, c.c.: non va restituita la *res tradita* che nel corso del giudizio perisce per i vizi. - 5. L'art. 1492, c. 3., prima proposizione, c.c.: neppure va restituita la *res tradita* che perisce per i vizi ancor prima del giudizio. - 6. *Segue*. L'art. 1492, c. 3., seconda proposizione, c.c.: restituzione per equivalente della prestazione viziata. - 7. *Segue*. Il criterio del «valore contrattuale». - 8. Restituzione per equivalente della prestazione non viziata: il criterio del «prezzo contrattuale». - 9. Vecchie e nuove restituzioni «*in action*».

1. Dalla *pars destruens* alla *pars costruens*

L'indagine critica sin ora mossa rischierebbe di risultare scarsamente efficace ove non fosse accompagnata da un'adeguata proposta ricostruttiva²⁶². In particolare, la nuova lettura che si presenta si prefigge lo scopo di decifrare il significato della formula, da taluni ritenuta

²⁶² Cfr., da ultimo, il lavoro di R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, Padova, 2004, ove (67 ss.) viene indagato se le ripetizioni conseguenti a risoluzione del contratto debbano intendersi regolate in base agli artt. 2033 e ss. c.c., o in modo autonomo. L'A., dopo aver sollevato severi profili di criticità della tesi tradizionale (v. in partic., 77-82), e dopo aver constatato che i tentativi della dottrina volti ad adattare la disciplina dell'indebito in questo ambito non sono approdati ad una soluzione soddisfacente, dichiara «d'altra parte la presenza dei riferimenti normativi precedentemente ricordati (v. artt. 1422 e 1463 c.c.) non pare in ogni caso consentire all'interprete di fare capo ad una disciplina diversa da quella di cui agli artt. 2033 ss. c.c.". Tale affermazione è emblematica dell'atteggiamento dell'interpretazione dominante che, pur consapevole delle (insormontabili) difficoltà che vengono a crearsi collegando restituzioni ex art. 1458 c.c. e indebito, continua a professare la soluzione dell'applicabilità della *condictio* sulla base di un argomento letterale debole e ben poco convincente.

laconica²⁶³, di retroattività e di identificare le possibili applicazioni concrete che da questa possano derivare nel più circoscritto ambito restitutorio, riconducendole, ove possibile, ad un sistema di regole.

Gli autori che, ad oggi, hanno respinto ogni collegamento tra effetti restitutori della risoluzione per inadempimento e ripetizione dell'indebito²⁶⁴, hanno visto nella oscurità della formula di retroattività un limite²⁶⁵ rispetto ad interpretazioni che mirino ad affermare la diretta autosufficienza²⁶⁶ o, quantomeno, l'emancipazione dell'art. 1458 c.c dalle regole sulla *condictio*.

È, tuttavia, possibile identificare una giustificazione per quella formula.

Il diritto applicato testimonia che possiamo trovarci dinanzi a mille forme²⁶⁷ di inadempimento di innumerevoli tipi contrattuali e, conseguentemente, ad effetti restitutori che involgono svariate tipologie di

²⁶³ Cfr. A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II, Milano, 1988, 275.

²⁶⁴ Come già osservato nel precedente Capitolo si tratta, in particolare, delle tesi sostenute da A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 325 e 349; A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 245 ss.; A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1454 c.c.*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1990, 405 ss.; P. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, 389.

²⁶⁵ Cfr., ad esempio, A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 247 e 275 nonché, più di recente, B. SCHMIDLIN, *La caducità del contratto e le azioni di restituzione: il contratto risolto: caduco o sopravvivate?*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, a cura di L. Vacca, Torino, 2006, 161 ss. che (170) definisce l'art. 1458 c.c. disposizione «sibillina».

²⁶⁶ Parla di «autosufficienza» della risoluzione dalla ripetizione dell'indebito anche T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, 662.

²⁶⁷ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 953 ove l'A. parla, più precisamente, dei «mille volti» dell'inadempimento.

obbligazioni differenti, che hanno fonte in quei contratti, e, ad oggetto, le più diverse prestazioni.

Per limitarci alla più tradizionale tripartizione²⁶⁸, le restituzioni conseguenti alla risoluzione possono riguardare obbligazioni di dare, di fare, e non fare; il riferimento alle obbligazioni di dare permette di osservare che la prestazione può avere ad oggetto denaro, cose generiche, o cose determinate; riducendo l'esemplificazione alla restituzione di una cosa determinata, in astratto la più lineare, non dobbiamo omettere di considerare che la *res tradita* potrebbe non essere più restituibile in natura perché perita (accidentalmente, o, magari, perché viziata), consumata o alienata, o, ancora, che la stessa potrebbe essere di diversa consistenza, in quanto, ad esempio, danneggiata.

Questa breve campionatura²⁶⁹ delle fattispecie che possono verificarsi permette di anticipare un'ipotesi di lavoro alla cui verifica è tesa la presente ricerca: così come il codice, per dare concretezza e contenuto al grado di inadempimento che legittima la pronuncia di risoluzione del contratto, si è avvalso nell'art. 1455 c.c. della clausola generale²⁷⁰ di «non scarsa importanza», espressione che involge una

²⁶⁸ Cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, 144 ss.

²⁶⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1993, 107 conferma che questa tripartizione non esaurisce la materia ed è utile come un «primo inquadramento sintetico». Non bisogna, peraltro, dimenticare che l'adempimento potrebbe essere avvenuto solo in parte. Quest'ultimo tema è al centro del recente studio di A. FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, Milano, 2005 ove viene analizzata la nozione di parte (47 ss.) all'interno dei diversi possibili oggetti della prestazione (87 ss.).

²⁷⁰ In questo senso M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, 11, 24, M. GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998, 56, nonché M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, 170. Sul requisito dell'importanza dell'inadempimento v., da ultimo, G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione*:

complessa valutazione delle prestazioni dedotte in contratto e degli interessi corrispettivi delle parti, allo stesso modo, nel disciplinare gli effetti della risoluzione per inadempimento, è stata inserita nell'art. 1458 c.c. una formula (solo a prima vista criptica ma, in realtà) fortemente elastica; la retroattività, va, infatti, letta quale unica regola capace di contenere *a priori*, cioè in sede di disciplina generale del contratto, un'indicazione degli effetti che possono conseguire allo scioglimento del rapporto, l'unica idonea ad adattarsi alle innumerevoli variabili che diversificano le fattispecie concrete.

Si tratta, dunque, di un enunciato che si caratterizza per la complessità²⁷¹ degli effetti che da questo possono derivare; di un enunciato che affida all'interprete, e nel caso concreto al giudice, di specificare, articolare ed adattare, attraverso una valutazione della singola fattispecie, le più opportune conseguenze restitutorie.

Prima di identificare alcune regole-tipo, operazione che sarà preceduta dalla valorizzazione di fondamentali norme del Titolo III del Libro IV («Dei singoli contratti»), è però necessario rendere meno incerta²⁷² la formula di retroattività, accertandone la funzione.

la *fattispecie*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *Rimedi-2*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 119 ss.

²⁷¹ Cfr. le pagine di A. FALZEA, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 201 ss. in particolare 212 ove l'A. valorizza, ai fini della determinazione del contenuto regolativo delle norme giuridiche, la funzione «normativa» della prassi attuativa.

²⁷² U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitto*, Milano, 1974, 267, nota 215, dichiara che «non vi è dubbio che nel suo complesso questa materia attende ancora una sistemazione adeguata e coerente».

Come è stato osservato²⁷³ da molti autori, i modelli restitutori circolanti si differenziano in quanto, taluni, si propongono quale obiettivo primario «l'azzeramento in via specifica dei primitivi termini di scambio», altri, invece, poiché valorizzano un approccio sostanziale e perseguono la finalità di «impedire che il contratto, pur dissolto, costituisca fonte di vantaggi e benefici ormai non più giustificati per (entrambe) le parti»²⁷⁴.

Non sembra possibile negare il rapporto di filiazione tra *code civil* francese e codice italiano del 1865, così come il conseguente *status* di (stretta) parentela tra il vigente codice civile italiano e quello d'oltralpe²⁷⁵; ciò, tuttavia, non significa che così come l'art. 1184 *code civil*, che prevede la regola della condizione risolutiva implicitamente apposta ai contratti

²⁷³ Cfr. le pagine di A. DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, 411 (pubblicato anche in *Riv. critica dir. privato*, 1994, 291 ss.); C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, in *Il contratto inadempito*, a cura di L. Vacca, Torino, 1999, 208 ss.; E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma*, Atti del convegno di Treviso, 23-25 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 459 ss.; ID., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 435 ss.

²⁷⁴ Si veda, tra gli altri, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 351 e 352 cui sono da attribuirsi le parole riportate nel testo.

²⁷⁵ La letteratura in materia è molto ampia. Tra gli altri, v. le pagine di D. CORRADINI, *Garantismo e statalismo: le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano, 1971; G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successivi*, in «*Napoleone e l'Italia*», Atti del convegno organizzato dall'Accademia dei Lincei, Roma, 1973, 175 ss.; P. RESCIGNO, *Introduzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, *Premesse e Disposizioni Preliminari*, Torino, 1982, 1 ss.; R. BONINI, *Premessa storica*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, *Premesse e Disposizioni Preliminari*, Torino, 1982, 53 ss.; A. PADOA-SCHIOPPA, *Dal codice napoleonico al codice civile del 1942*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, 923; R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano: dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942*, Bologna, 1996; F. MARINELLI, *La cultura del code civil. Un profilo storico*, Padova, 2004; G. ALPA, *La lettura del code civil in Italia e le proposte di ricodificazione in Francia*, in *Nuova giur. civ.*, 2005, II, 6 ss. Per una diffusa analisi delle influenze del pensiero francese sulla dottrina italiana v. G. ALPA, *La cultura delle regole: storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000.

bilaterali²⁷⁶, indirizza a classificare il sistema francese tra quelli che ritengono che, intervenuta la risoluzione, il rapporto contrattuale perda qualunque rilevanza²⁷⁷, medesima soluzione debba essere adottata anche ad esito dell'analisi dell'art. 1458 c.c.

È opportuno anticipare²⁷⁸ che le più significative compilazioni di diritto uniforme dei contratti si muovono in senso opposto; a ciò si aggiunga una considerazione che promana dalla teoria generale delle obbligazioni. La classificazione per fonti delle obbligazioni è stata recentemente sottoposta ad una revisione critica che ha messo in rilievo la funzione che queste ultime assolvono²⁷⁹. Si è così definita contrattuale

²⁷⁶ Cfr. C. GUELFUCCI THIEBERGE, *Nullité, restitutions et responsabilités*, Paris, 1992; J. GHESTIN, *La résolution pour inexécution*, in *Il contratto inadempito*, a cura di L. Vacca, Torino, 1999, 109 ss.; J. BEAUCHARD, *Les restitutions après la résolutions du contrat. L'expérience du droit français*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, a cura di L. Vacca, Torino, 2006, 119 ss. nonché le successive *Riflessioni conclusive* di C.A. CANNATA ove l'A. (177) dimostrato come l'art. 1184 *code civil* abbia tratto spunto dalla lettura di un passo (n. 636) del *Traité des Obligations* di Pothier, dichiara «si può sicuramente desumere che ad un effetto retroattivo egli non pensava affatto».

²⁷⁷ Ma il punto è oggetto di recente discussione: cfr. Y.M. SERINET, *L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit française*, in *Les sancions de l'inexécution des obligation contractuelles*, Brussel-Paris, 2002, 589; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., 579 ss.

²⁷⁸ Sul punto si tornerà nel par. 7 del Capitolo 4. In questo senso cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 352.

²⁷⁹ Cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, Art. 1173 - 1176*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 234 ss. Non mancano, anche nella giurisprudenza, indici di un possibile ripensamento del sistema delle fonti. Emblematico, a questo proposito, appare l'uso della figura del cd. contatto sociale, strumento attraverso il quale la Suprema Corte interpreta (o, meglio, modifica) la natura della responsabilità da extracontrattuale a contrattuale. Oltre al ben noto indirizzo in materia di responsabilità medica su cui, da ultimo, si veda R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari: modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano, Padova, 2007, *passim*, cfr la recentissima Cass., sez. un., 26.6.2007, n. 14712, in *Danno e resp.*, 2008, 165 ss. con nota di A.P. BENEDETTI, *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?* concernente la responsabilità della banca che abbia negoziato un assegno non trasferibile in favore di una persona non legittimata.

quell'obbligazione che protegge l'aspettativa di beni e concrete utilità di carattere economico²⁸⁰; extracontrattuale quella che pone il soggetto nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato se l'illecito non si fosse verificato²⁸¹; restitutoria quella che, infine, impedisce che un soggetto si arricchisca o consegua utilità a spese di un altro soggetto, senza che ciò trovi alcuna giustificazione²⁸².

È stato osservato che gli interessi che sottendono e, dunque, qualificano le diverse obbligazioni possono presentare reciproche interferenze, risultando irrealistico, ad esempio, e per quanto qui rileva, cancellare dall'area contrattuale, l'interesse alla restituzione della prestazione eseguita in base ad un contratto poi risolto²⁸³.

Ecco, dunque, la nostra seconda ipotesi di lavoro su cui si incentra il presente capitolo: verificare se l'interpretazione (attualizzata) della regola di retroattività induca, dunque, a considerare le prestazioni che devono essere oggetto di restituzione, non tanto, e non solo, come attribuzioni o attività da prendere in esame singolarmente, bensì quali comportamenti

Molto interessanti, infine, le pagine di D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 15, Napoli, 2004, 71 ss. sul problema della mobilità delle fonti e sulla relazione tra rapporti contrattuali di fatto e l'antica categoria dei quasi contratti.

²⁸⁰ Così A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173 - 1176, cit., 245 il quale sottolinea che il rimedio deve porre il soggetto «nella stessa situazione in cui esso si sarebbe trovato se il contratto fosse stato eseguito».

²⁸¹ Cfr. nuovamente A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173 - 1176, cit., 246; l'A. precisa che in questo caso è tutelato, non il «conseguimento di aspettative, ma il mantenimento dello *status quo*», ossia delle condizioni preesistenti l'illecito.

²⁸² Sempre parole di A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173 - 1176, cit., 246.

²⁸³ Ancora una volta A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173 - 1176, cit., 247.

che mantengono una stretta connessione con il contratto da cui dipendono, anche nella fase di estinzione del rapporto²⁸⁴.

2. Il cuore dell'indagine

Il (vero) problema interpretativo, che non pare ad oggi essere stato risolto, non è quello di abbandonare l'ormai secolare collegamento tra effetti della risoluzione per inadempimento e *condictio*; se, da una parte, la dottrina ha esplicitato in maniera ben chiara i numerosi profili di incompatibilità esistenti fra i due istituti²⁸⁵, dall'altra, nelle stesse decisioni della Suprema Corte, il richiamo all'istituto dell'indebito è un mero omaggio formale ad una tradizione che neppure si misura con le regole concretamente deriverebbero dall'applicazione di questa disciplina²⁸⁶.

²⁸⁴ Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 352, nonché ID., *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173 - 1176, cit., 247, ma già M. BESSONE - And. D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 346.

²⁸⁵ Cfr. l'analisi svolta nel precedente Capitolo 2.

²⁸⁶ Si legga, a titolo di esempio, Cass., 15.1.2001, n. 489, in *Contr.*, 2001, 645, con nota di Besozzi. Conferma la nostra idea E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*» e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 107 secondo cui, pur a fronte di un'abbondanza di decisioni in cui viene in rilievo l'impossibilità di restituire una cosa determinata in natura, è facile constatare la «scarsità di pronunce che applicano la norma - l'art. 2037 c.c. - dettata in materia di indebito». Secondo l'A. (109), le decisioni (neppure tutte) che affrontano il problema dell'applicazione dell'art. 2037 c.c. «o non richiamano le norme sulla ripetizione dell'indebito o - se lo fanno - si limitano ad una citazione vaga e non dettagliata nei contenuti». In altre parole (117), «l'affermazione non problematica ripetuta nelle massime della Suprema corte - secondo la quale gli effetti restitutori di qualsiasi invalidità o impugnativa contrattuale sono pacificamente riconducibili alla disciplina dell'indebito - è contraddetta dalle regole effettivamente applicate nella prassi giudiziaria».

Neppure è ostacolo insormontabile il rinvenire regole che diano applicazione alla formula, a prima vista muta, di retroattività. Già alla fine degli anni sessanta, in occasione del fiorire dei primi studi sul rapporto tra ripetizione e risoluzione, l'autore della voce «*Risoluzione del contratto*» per il *Novissimo Digesto Italiano*, giungendo ad occuparsi del profilo delle conseguenze dello scioglimento affermava: «la restituzione, quando sarà dovuta, dovrà avvenire *in idem corpus*, se la prestazione ha avuto per oggetto una cosa determinata e questa è ancora presente e identificabile presso il soggetto passivo dell'obbligo di restituzione; *per tantundem* se si trattò di una prestazione di genere; e, nella peggiore delle ipotesi, *per equivalente*, se l'obbligato non è in grado di attuarla in uno dei due modi predetti»²⁸⁷.

In altre parole, il nocciolo duro del problema, l'interrogativo ad oggi rimasto senza risposta non è tanto (e solo) il «cosa» restituire, ma il «perché» ed il «se» restituire, essendo, peraltro, evidente che si potrà analizzare la prima questione nel solo limite in cui venga fornita una soluzione alle seconde due, che costituiscono un *prius* logico²⁸⁸.

La tesi esposta propone una lettura (forse) in linea con un generale senso di giustizia ed equità sostanziale che tuttavia non può appagare,

²⁸⁷ A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 145.

²⁸⁸ L. AYNÈS, *Rapport introductif*, in *L'anéantissement rétroactif du contrat*, Actes du colloque du 22 octobre 2007, in *Revue des contrats*, 2008, 9 ss. indica (11) che la prima domanda cui l'interprete deve rispondere è quella relativa al fondamento giuridico, al «perchè restituire».

difettando di un sostrato normativo, di una giustificazione codicistica in grado di tenere in piedi questo o altri nuovi e diversi sistemi restitutori²⁸⁹.

L'ulteriore e più complesso profilo che andrà analizzato in questo capitolo è dunque quello di individuare il passaggio tra regola generale di retroattività e sue applicazioni specifiche, ricordando che quest'ultime, come sopra abbiamo osservato, dovranno essere in grado di adattarsi alle più diverse caratteristiche delle prestazioni eseguite in base al contratto risolto.

Questa operazione richiede un nuovo approccio il cui punto di partenza è rappresentato dalla riscoperta di una norma (che sembra quasi essere) morta: l'art. 1493 c.c. Solo dopo aver ricostruito la disciplina delle restituzioni nel contratto di compravendita potremmo ipotizzare una valorizzazione dei risultati ottenuti e valutare se, e come, questi possano orientare verso nuovi percorsi interpretativi²⁹⁰.

²⁸⁹ Si consideri, inoltre, un secondo non meno rilevante dato: la tesi sopra esposta non chiarisce quale sia il riferimento cui parametrare il giudizio di equivalenza.

²⁹⁰ L'idea di prendere le basi dalla disciplina del contratto di compravendita trova significativa conferma in G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 50 ss.

3. Gli effetti restitutori della risoluzione del contratto di compravendita (art. 1493, c. 1, c.c.): restituzione del prezzo e restituzione della *res tradita*

L'art. 1493 c.c., rubricato²⁹¹ «effetti della risoluzione del contratto», a dispetto della più ampia indicazione fornita, si occupa essenzialmente dei profili restitutori conseguenti allo scioglimento del contratto di compravendita, rinvenendosi nel successivo art. 1494 c.c. le regole attinenti al risarcimento del danno.

Lo scarso studio e la pressoché inesistente applicazione di questa norma rappresentano un dato che non può essere taciuto. Chi voglia effettuare una verifica (non scientifica ma) particolarmente significativa, avvalendosi di una qualunque banca dati informatizzata, si imbatte in una ventina di massime²⁹², di cui metà pronunciate dalla Suprema Corte²⁹³, un pugno delle quali soltanto davvero significative²⁹⁴; né un esito

²⁹¹ Sul valore della *rubrica legis* v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1980, 101; M. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004, *passim*, in partic. 98 ss.

²⁹² Ad esempio utilizzando il DVD-UTET 2008-2 tramite consultazione dell'articolo 1493 c.c. si rinvencono ventuno massime.

²⁹³ Più precisamente quindici nell'arco temporale che va dal 1972 all'ottobre 2007.

²⁹⁴ Di estremo interesse è, solamente, Cass., 29.5.1998, n. 5309, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Contratto in genere*, n. 521, su cui v. successiva nota 301. Parrebbe, inoltre, rilevante Cass., 20.2.2003, n. 2566, in *Arch. civ.*, 2003, 1346, massimata come segue: «in tema di risoluzione del contratto di compravendita per inadempimento del venditore, l'accoglimento della relativa domanda introdotta dall'acquirente comporta, per quest'ultimo, l'obbligo *ex lege* (art. 1493 c.c.) di restituzione della cosa eventualmente ricevuta, senza che sia, all'uopo, necessaria alcuna specifica pronuncia da parte del giudice di merito adito». In realtà, la lettura del testo della sentenza consente di negare ogni rilevanza a questa massima, essendo l'affermazione oggetto del principio sopra trascritto un mero *obiter dictum* pronunciato dalla Suprema Corte in merito ad un motivo del ricorso per giunta dichiarato inammissibile in quanto dedotta per la prima volta in

diverso arriderà a chi si riproponga di consultare con metodo il *Repertorio del Foro Italiano*, o altro strumento per la ricerca di massime giurisprudenziali e voci dottrinali²⁹⁵. L'esito permane quello sopra accennato: disapplicazione e non sufficiente studio dell'unica norma che disciplina gli effetti restitutori del più importante, diffuso, disciplinato, se non paradigmatico²⁹⁶, contratto di scambio.

Constatato il silenzio²⁹⁷ da parte della dottrina, specie quella che si occupa di restituzioni, si rende opportuno analizzare le indicazioni che questa disposizione offre.

L'art. 1493, c. 1, prende in esame la seguente fattispecie astratta: stipulato un contratto di compravendita, il compratore paga il prezzo convenuto, riceve dal venditore un bene viziato e, nel rispetto di tutti i presupposti ex artt. 1490 e ss. c.c., domanda la risoluzione del contratto.

sede di legittimità (sul punto v. quanto già osservato nella precedente nota 40 del Capitolo 1). Risulta, infine, significativa Cass., sez. un., 4.12.1992, n. 12942, in *Corriere giur.*, 1993, 322 (con nota di di Majo) che qualifica l'obbligazione restitutoria avente ad oggetto una somma di denaro debito di valuta, e non di valore.

²⁹⁵ La consultazione per indice variabile del *Repertorio del Foro italiano* dall'anno 2007 al 1980 *sub* art. 1493 c.c. permette di rinvenire due sole opere di dottrina: si tratta di R. SACCO, voce «*Risoluzione per inadempimento*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 56 (cfr. volume del 1999) e di F. ROSSI, *Profili giuridici del mercato degli swaps di interessi e di divise in Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, I, 602 (cfr. volume del 1993). Davvero marginale è, peraltro, lo spazio dedicato a questa disposizione nei più noti ed utilizzati commentari, trattati, monografie ed opere collettanee, su cui v. la successiva nota 299.

²⁹⁶ Così A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2006, 2.

²⁹⁷ È, infatti, opportuno osservare che gli autori che si occupano di restituzioni conseguenti a caducazione del contratto non hanno fornito una spiegazione al disinteresse mostrato per questa norma che è, forse, da rintracciarsi nell'idea di una pretesa eccezionalità della disposizione. In questo senso, sembrano muoversi R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., 70 nonché L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 283 ss.

Ecco gli effetti restitutori²⁹⁸: «il venditore deve restituire il prezzo» contrattuale (c. 1) e «il compratore deve restituire la cosa» consegnata (c. 2).

La linearità e l'immediatezza con cui questa disposizione prevede che allo scioglimento del contratto conseguano due obbligazioni restitutorie tipiche ben definite non impediscono alla giurisprudenza di rinviare, anche in questo caso, alla non richiamata, né utile, disciplina della *condictio*²⁹⁹. Non mancano pronunce in cui si definisce obbligazione

²⁹⁸ Ci si limita, per ora, ad indicare gli effetti della risoluzione attinenti alle prestazioni principali.

²⁹⁹ Cfr. a mero titolo di esempio, Cass. 15.1.2001, n. 489, cit., nonché la meno recente Cass., 6.12.1972, n. 3533, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce *Vendita*, n. 84, ove esplicitamente si afferma: «come in ogni altro caso di risoluzione, gli effetti restitutori previsti, nell'ambito della garanzia per vizi della cosa venduta, dall'art. 1493 c.c., sono da regolare secondo le norme sull'indebito oggettivo (art. 2033 c.c. e ss.), cioè non solo con la restituzione della cosa e dei suoi frutti, ma anche con l'accredito al possessore di determinati rimborsi, in relazione al suo stato soggettivo di buona o di mala fede (art. 2040 c.c., in rel. artt. 821 e 1149 c.c.). Il giudice, però, non può emettere di ufficio provvedimenti restitutori che non siano stati richiesti dalla parte interessata».

L'atteggiamento della dottrina è davvero particolare. Come abbiamo avuto modo di osservare nel precedente Capitolo, le principali opere dedicate al contratto in genere, proprio in sede di commento dell'art. 1458 c.c., affermano che, una volta intervenuta la risoluzione del contratto, le obbligazioni restitutorie seguano la via della ripetizione dell'indebito (tra gli altri v. M. LIBERTINI, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 115; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 236 ss.; E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1981, 61 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 290; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Il diritto nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, *I contratti in generale*, XIII, Torino, 2000, 181 ss.; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, 31-76; ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, Padova, 2004, 419 ss; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2007, 674) e, talvolta, dell'arricchimento senza causa (V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 949; R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 669 ss.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in AA.VV., *I contratti in generale*, 2, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, 1769 ss.; D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., 230 ss.; M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *Rimedi-2*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 391-392); è singolare osservare che nessun riferimento circa la possibile

restitutoria ex art. 2033 c.c. quella avente ad oggetto il prezzo, e obbligazione restitutoria ex art. 2037, c. 1, c.c. quella avente ad oggetto la cosa determinata³⁰⁰.

Un rapido raffronto tra il disposto dell'art. 1493, c. 1, c.c. e le conseguenze che derivano dall'applicazione dell'istituto della ripetizione dell'indebitto a questa prima, e più semplice, fattispecie consente di affermare che, pur nella diversità dei richiami codicistici, le soluzioni risultano, di solito³⁰¹, accidentalmente omogenee³⁰²: le due prestazioni vanno restituite.

riconduzione delle restituzioni ex art. 1493 c.c. all'interno dell'istituto della *condictio* o dell'*actio de in rem verso* sia, invece, contenuto nei principali contributi in materia di compravendita. A questo proposito cfr. P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita, Artt. 1470-1547 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna Roma, 1981, 268; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, VII, 1, Torino, 1993, 967-968; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII, Milano, 1971, 816; S. FERRERI, in A.M. MUSY- S. FERRERI, *I singoli contratti. 1. La vendita*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2006, 228; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2006, 277. Costituiscono eccezione L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., 283 ss. e R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., 70 che sembrano propendere per la tesi dell'autosufficienza delle obbligazioni restitutorie ex art. 1493 c.c. Va, peraltro, precisato che quest'ultimo A., volendo offrire una valutazione di più ampio respiro, non manca di precisare (73) che «una volta constatato che, se si eccettua la previsione dell'art. 1493 c.c., non esistono norme in materia di azioni di caducazione del contratto, dirette a disciplinare i profili restitutori [...] dovrebbe apparire evidente l'impossibilità di condividere l'impostazione secondo cui le azioni di impugnativa contrattuale risulterebbero (viceversa) in grado di fondare le obbligazioni di restituzione successive allo scioglimento del contratto indipendentemente dal ricorso alla disciplina dell'indebitto».

³⁰⁰ Per limitarci alla più recente giurisprudenza, cfr. Cass., 2.8.2006, n. 17558, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 626; T. Genova, 4.6.2007, *ined.*; T. Genova, 22.3.2007, n. 1077, in *Nuova giur. ligure*, 2007, 217, con nota di Ghigliotti.

³⁰¹ Per una fattispecie in cui tale omogeneità viene meno v. Cass., 29.5.1998, n. 5309, cit., secondo cui l'obbligo di restituzione del prezzo conseguente alla risoluzione di un contratto gravava esclusivamente sul contraente che tale prezzo abbia ricevuto, e che è tenuto a risponderne verso la controparte per l'intero, a nulla rilevando che parte di esso sia stata percepita da terzi, in ragione di rapporti intercorrenti tra i medesimi ed il contraente obbligato alla restituzione. Nel caso di specie, un promissario acquirente aveva corrisposto una quota del prezzo convenuto nel preliminare di vendita di un fondo

4. *Segue. L'art. 1493, c. 2, c.c.: non va restituita la res tradita che nel corso del giudizio perisce per i vizi*

Il secondo comma dell'art. 1493 c.c. contiene una prescrizione di sicura importanza e che consente di dubitare ulteriormente del legame tra risoluzione e ripetizione dell'indebito. Esso prevede, infatti, che «il compratore deve restituire la cosa, se questa non è perita in conseguenza dei vizi».

Mentre la restituzione del prezzo, avendo tipicamente³⁰³ ad oggetto cose fungibili non pone problemi di sorta³⁰⁴, l'art. 1493 c.c. dispone che se la cosa viziata, che dovrebbe essere oggetto di restituzione, perisce, nel

rustico in parte al promittente venditore, in parte a terzi affittuari del medesimo fondo. La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi se, intervenuta la risoluzione del contratto preliminare per inadempimento, il promittente venditore fosse obbligato a restituire l'intera somma complessivamente versata (e dunque anche quella corrisposta agli affittuari) o solo quella direttamente percepita ha optato per la prima soluzione. A parere di chi scrive, il caso in esame rende evidente l'esigenza di valorizzazione del contratto, anche nella sua fase di scioglimento: ove si utilizzasse il solo istituto della *condictio*, si dovrebbe, infatti, concludere che il promittente venditore è obbligato a ripetere esclusivamente ciò che gli è stato pagato, e non anche la parte ricevuta da terzi.

³⁰² L'assoluta accidentalità è dimostrata dal fatto che, tendenzialmente, si avranno esiti coincidenti anche in applicazione dell'art. 2041 c.c.

³⁰³ Il prezzo, anziché da denaro, potrebbe essere rappresentato da assegni circolari o bancari (sulla cui efficacia estintiva, in difetto di appositi accordi tra le parti, v. la recentissima Cass., sez. un., 18.12.2007, n. 26617, in *Guida al dir.*, 2008, III, 30, analizzata alla successiva nota 461). Sul punto v., da ultimo, F. MACARIO - A. MASTROLITO, *Il prezzo. Il pagamento*, in AA.VV., *I contratti di vendita*, II, a cura di D. Valentino, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2007, 945 ss.

³⁰⁴ Come osserva G. VILLA, *Impossibilità, imputabilità e contenuto del rapporto obbligatorio*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *Rimedi-2*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 787 è da escludersi ogni eventualità del perimento del denaro, diversa dalla perdita di corso legale; in questo caso, peraltro, il debito si converte ex art. 1277, c. 2, c.c. in moneta nuova.

corso del giudizio³⁰⁵, proprio a causa dei vizi³⁰⁶, il compratore non dovrà restituire alcunché.

L'art. 1493 c.c. contiene, dunque, nel suo secondo comma un primo correttivo ad una delle due regole restitutorie sopra esaminate: la cosa determinata va restituita, nel limite in cui la stessa non sia venuta meno a causa di quei medesimi vizi che giustificano la domanda e la conseguente pronuncia di risoluzione. Se la *res* perisce nel corso del procedimento, alla risoluzione conseguirà un effetto restitutorio *ex uno latere*.

Confrontare l'esegesi di questa norma con i risultati che, questa volta, deriverebbero dall'applicazione dell'istituto della *condictio* significa infliggere un duro colpo all'interpretazione tradizionale.

Chi ritenga che la restituzione di una cosa determinata, quale effetto della risoluzione di un contratto di compravendita, avvenga ex art. 2037, c. 1, c.c. non potrà ragionevolmente esimersi dall'applicare anche la disciplina contenuta nei successivi commi 2 e 3³⁰⁷.

³⁰⁵ P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita, Artt. 1470-1547 c.c.*, cit., 272 chiariscono che l'ipotesi di perimento, sempre a causa dei vizi, della *res*, anteriore all'instaurazione del giudizio è disciplinata dall'art. 1492, c. 3, su cui *infra* par. 5.

³⁰⁶ Per le diverse ipotesi di perimento del bene (non per vizio ma) per caso fortuito o per causa imputabile, nel corso del processo cfr. P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita, Artt. 1470-1547 c.c.*, cit., 272; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 968-969; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 805 ss.; R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., 43 ss; L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., 259 e 269 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 8.11.1991, n. 11892, in *Corriere giur.*, 1992, 295, con nota di Salomoni. Per l'ipotesi di danneggiamento o deterioramento del bene, sempre nel corso del giudizio cfr. P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita, Artt. 1470-1547 c.c.*, cit., 273; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 972-973; R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., 57. Per l'ipotesi di alienazione (anteriore o successiva) v., infine, la successiva nota 325.

³⁰⁷ Formula la medesima ipotesi P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996, 154.

Gli esiti sono significativamente differenti: ai sensi dell'art. 1493, c. 2, c.c. il compratore non restituisce alcunché, senza che il perimento del bene incida in modo alcuno sulla sua sfera soggettiva; ai sensi dell'art. 2037 c.c., l'*accipiens* è, invece, tenuto a restituire il valore del bene (se in mala fede), o, quantomeno, l'equivalente del suo arricchimento (se in buona fede)³⁰⁸.

Per raggiungere soluzioni non manifestamente irragionevoli, gli interpreti, come osservavamo nel capitolo precedente, sono costretti ad affermare che l'*accipiens* è per definizione in buona fede³⁰⁹ e ad aggiungere che, in questo caso, egli non si avvantaggia di alcun arricchimento, essendo pari a zero il valore della *res perita*³¹⁰.

In altre parole, anche se con qualche acrobazia, le sentenze offrono direttive (che sembrano errate in punto di diritto, ma) di fatto accettabili; tuttavia, come vedremo immediatamente, più le ipotesi si complicano e più il rischio di trovarci dinanzi a regole che stridono con un comune senso di logica e giustizia sostanziale si moltiplicano.

³⁰⁸ Il precedente rappresentato da Cass. 15.1.2001, n. 489, cit., è esemplare delle diverse ricadute che derivano dall'applicazione dei due modelli restitutori. I giudici, in modo - a nostro avviso - del tutto errato, giustificano, infatti, la possibilità di agire in risoluzione da parte dell'acquirente di un bene viziato, poi perito, proprio sulla base della considerazione secondo cui «d'altra parte, dove la restituzione del bene in natura è impossibile, nulla esclude che possa restituirsì il *tantundem*, secondo le norme dell'indebito oggettivo, per cui alla restituzione specifica della cosa può sostituirsi la restituzione per equivalente (artt. 2037 e 2038 c.c.)».

³⁰⁹ Cfr. T. Genova, 4.6.2007, cit.

³¹⁰ Concorda, tuttavia, con l'impostazione offerta R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., 86.

5. L'art. 1492, c. 3., prima proposizione, c.c.: neppure va restituita la *res tradita* che perisce per i vizi ancor prima del giudizio

Risulta interessante analizzare il disposto dell'art. 1492, c. 3, prima proposizione, c.c. Esso recita: «se la cosa è perita in conseguenza dei vizi, il compratore ha diritto alla risoluzione del contratto».

La dottrina, che pure ha mostrato interesse per questa disposizione, si è limitata ad interpretare la norma sul perimento della cosa per vizi anteriormente alla proposizione della domanda di risoluzione, quale correzione del principio della ripartizione del rischio contrattuale³¹¹.

Uno sguardo attento permette, però, di intravedere un'altra regola restitutoria: se, ai sensi della disposizione in esame, il compratore che acquista un bene rivelatosi viziato, e che perisce prima ancora di intraprendere un'azione giudiziale, può ottenere la risoluzione del contratto, appare evidente che, intervenuta la pronuncia giudiziale, in virtù di un'interpretazione sistematica del medesimo art. 1492, c. 3, prima proposizione, in combinato disposto con l'art. 1493, c. 2, c.c., lo stesso non dovrà restituire alcunché.

Ulteriormente affinati i risultati sin'ora raccolti, possiamo, dunque, affermare che, in generale, alla risoluzione di un contratto di compravendita per vizio della cosa venduta consegue, a carico del compratore, l'obbligazione restitutoria di riconsegnare al venditore il bene ricevuto; laddove, però, lo stesso perisca, prima o dopo la proposizione

³¹¹ Cfr., tra gli altri, P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita, Artt. 1470-1547 c.c.*, cit., 272 nonché A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 277.

della domanda giudiziale, per i vizi lamentati, il compratore nulla dovrà restituire.

L'analisi condotta permette un breve approfondimento: se gli articoli menzionati, da una parte, confermano che l'effetto restitutorio, in via di prima approssimazione, è di per sé neutro e deve garantire alle parti un trattamento uniforme³¹², dall'altra, testimoniano anche che tale uniformità non è spezzata dall'eventualità che le restituzioni siano disposte a favore di un solo contraente.

Il fatto che il nostro ordinamento sopporti ed, anzi, talvolta espressamente preveda ipotesi di non restituzione di un bene o di una prestazione, senza che ciò incida sulla facoltà dei contraenti di agire in giudizio richiedendo la risoluzione, è dato che merita di essere adeguatamente sottolineato, sia perché aggiunge un tassello al panorama restitutorio che non sembra essere stato adeguatamente percepito³¹³, sia perché la *ratio* sottesa alla disposizione (art. 1493, c. 2, c.c.) potrebbe rivelarsi utile strumento interpretativo in casi simili.

³¹² LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1454 c.c.*, cit., 421.

³¹³ Si rivela in tutta la sua erroneità l'indirizzo T. Roma, 1.7.2004, in *Danno e resp.*, 2005, 517, con nota critica di A.M. BENEDETTI, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, nonché in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 1121 con nota critica di D. MAFFEIS, *Responsabilità medica e restituzione del compenso: precisazioni in tema di restituzioni contrattuali*, (su cui meglio *infra*) ove alla base della mancata restituzione il Tribunale pone il seguente ragionamento: «quando una delle due prestazioni è ontologicamente irripetibile (com'è la prestazione resa dal medico), il corrispettivo pecuniario versato dalla controparte è anch'esso irripetibile, pena l'alterazione del vincolo sinallagmatico che governa le obbligazioni restitutorie».

La *ratio*, ad avviso di chi scrive, è questa: l'acquirente non è tenuto a restituire alcunché in quanto quella prestazione non aveva alcun valore³¹⁴, già nel momento in cui era stata compravenduta³¹⁵. Il fatto che questa sia addirittura perita per i vizi, e dunque risulti non restituibile, non muta i termini sostanziali della fattispecie che rimangono i seguenti: così come lo scambio del bene contro il prezzo non ha in nulla accresciuto la sfera patrimoniale dell'acquirente, al tempo stesso, la mancata restituzione della *res* perita non influisce negativamente su quella del venditore.

6. Segue. L'art. 1492, c. 3., seconda proposizione, c.c.: restituzione per equivalente della prestazione viziata

La lettura sin ora proposta trova conferma nei più significativi contributi forniti dalla dottrina in materia di compravendita³¹⁶, i quali sembrano porsi su una linea di obiettiva continuità. Tutt'altro che

³¹⁴ Più precisamente il valore di un bene che perisce a causa dei vizi è zero sia che si utilizzi quale strumento di conversione il prezzo di mercato, sia che si ritenga opportuno riferirsi (come si cercherà di dimostrare *infra*) al prezzo contrattuale. In quest'ultimo caso, infatti, l'effetto reale avente ad oggetto il trasferimento di un bene a tal punto viziato che perisca non realizza neppure in minima parte l'interesse contrattualmente dedotto dall'acquirente.

³¹⁵ In questo senso cfr. M.G. FALZONE GALVISI, *La garanzia per vizi*, in *La vendita*, a cura di M. Bin, IV, *Garanzie e inadempimento*, 1, Padova, 1996, 530 secondo cui non potendo, in ipotesi di perimento per vizi, l'acquirente trarre alcuna forma di utilità, «lo scioglimento del vincolo costituisce il rimedio necessario a ristabilire l'equilibrio delle posizioni dei contraenti».

³¹⁶ Ferma la precisazione di cui alla precedente nota 299 ci si riferisce a P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita, Artt. 1470-1547 c.c.*, cit., 268; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 967-968; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 816; S. FERRERI, in A.M. MUSY- S. FERRERI, *I singoli contratti. 1. La vendita*, cit., 228; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 277; L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., 283 ss.

omogenee sono, invece, le posizioni di quegli stessi autori, allorché si tratti di interpretare l'art. 1492, c. 3, seconda proposizione, c.c.³¹⁷

Secondo una prima tesi³¹⁸, questa disposizione sarebbe da leggersi quale (mera) conferma ed (ipotesi di) applicazione del più generale principio *res perit domino* proclamato dall'art 1465 c.c. Deporrebbe in questo senso quella parte dell'enunciato normativo ove è previsto che, nel caso in cui, prima della proposizione dell'azione edilizia, la cosa viziata perisce «per caso fortuito» o «per colpa» del compratore³¹⁹, lo stesso non può che domandare la riduzione del prezzo³²⁰.

³¹⁷ Per una recente diffusa analisi del problema cfr. R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., 3 ss.

³¹⁸ P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita, Artt. 1470-1547 c.c.*, cit., 271 sottolineano che l'elencazione di ipotesi contenuta nella disposizione in commento si pone in linea con il più generale principio *res perit domino*; nello stesso senso A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 277, nonché R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., 48. In giurisprudenza, Cass. 15.1.2001, n. 489, cit., afferma che l'impossibilità della restituzione, di per sé, non osta alla risoluzione e che «la preclusione della risoluzione nelle ipotesi di perimento della cosa per caso fortuito o per colpa del compratore si spiega in base principio *res perit domino*».

³¹⁹ Per le diverse ipotesi di perimento di bene non viziato per colpa o caso fortuito, prima dell'esperimento dell'azione in giudizio, v. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 966. R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., tratta gli ulteriori aspetti del perimento parziale (48), del perimento della cosa priva delle qualità essenziali (57), nonché del perimento di *aliud pro alio* (58).

³²⁰ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 967 giustifica la preclusione del rimedio demolitivo con l'esigenza che la risoluzione «non divenga strumento per trarre vantaggio dall'altrui inadempimento e, in particolare, per addossare alla parte inadempiente il rischio di un danno non connesso all'inadempimento stesso».

Altri autori³²¹, forse nel tentativo di fornire un'interpretazione in grado di giustificare l'esperibilità della sola *actio quanti minoris*, oltre che nei prescritti casi di perimento, anche nelle ulteriori ipotesi di «alienazione» e «trasformazione», hanno, invece, ricavato da questa disposizione la regola secondo cui il contraente non potrebbe agire in risoluzione ove non sia in grado di riconsegnare la prestazione ricevuta; la restituibilità della *res* contrattualmente scambiata costituirebbe, insomma, una sorta di (impropria) *condicio iuris* per l'operatività del rimedio risolutorio.

Quest'ultima proposta è stata oggetto di forti critiche³²²; ci si limita ad osservare che una simile lettura appare palesemente viziata da un equivoco di fondo consistente nel sovrapporre il piano dei requisiti con il ben diverso piano degli effetti³²³.

³²¹ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 804 sostiene la tesi, ormai superata, secondo cui l'esclusione della risoluzione in tutti i casi previsti ex art. 1492, c. 3, c.c. avrebbe un unico fondamento rappresentato dall'impossibilità di restituire il bene. In questo senso v., più di recente, L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., 266 il quale afferma che «qualunque evento precluda al compratore la restituzione della cosa nella sua iniziale integrità [...] impedisce la risoluzione del contratto, venendo a mancare uno dei presupposti del corrispondente diritto soggettivo». In giurisprudenza, v. T. Cagliari, 3.4.1995, in *Riv. giur. sarda*, 1996, 454, con nota di Fadda, secondo cui «il compratore non può ottenere la risoluzione del contratto di compravendita per i vizi della cosa acquistata quando, in conseguenza dell'uso della stessa, sia impossibile l'integrale ripristino in natura della situazione di fatto precedente alla conclusione del contratto».

³²² Tra le altre v. quelle di C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 960 secondo cui la disposizione, allorché esclude il rimedio della risoluzione per le ipotesi di alienazione e trasformazione, risponde al più generale principio secondo cui la parte non può invocare lo scioglimento del contratto quando abbia definitivamente utilizzato la prestazione spettategli.

³²³ In questo senso, da ultimo, R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., 11.

Condividere pienamente le contestazioni mosse alla tesi (minoritaria) da ultimo menzionata, non significa, però, sposare incondizionatamente la prima (maggioritaria) ricostruzione che, a sua volta, pur corretta, pare incompleta. Più precisamente, ad avviso di chi scrive, nell'art. 1492, c. 3, seconda proposizione, c.c. convivono due regole: una sul rischio ed una che coinvolge presupposti e conseguenze della risoluzione³²⁴.

A quest'ultimo riguardo, giova osservare che le più recenti decisioni della Suprema Corte si peritano di evidenziare un opportuno e convincente distinguo: l'«alienazione» e la «trasformazione» avvenute prima dell'esperimento delle azioni edilizie³²⁵ sono comportamenti che

³²⁴ Condividono siffatta impostazione R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., 11; L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., 262 ma già U. GRASSI, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996, 105.

³²⁵ Il riferimento in questo paragrafo è sempre all'alienazione e all'utilizzazione del bene avvenute prima dell'esperimento delle azioni edilizie. Risulta interessante valutare il caso dell'alienazione effettuata dopo l'azione in giudizio. A tale proposito è utile un esempio. Il soggetto A acquista dal concessionario B una vettura usata; l'autoveicolo presenta un vizio redibitorio (es. malfunzionamento di parti meccaniche); A agisce per ottenere la risoluzione del contratto. In casi come questo l'attore si trova nella particolare situazione per cui non può utilizzare la vettura (perché non funzionante), e deve sopportare dei costi per il ricovero della stessa. È, inoltre, un dato di fatto che nella durata del procedimento il bene mobile registrato continuerà a perdere valore. Il profilo di interesse è proprio questo: ha il compratore una qualche possibilità per limitare gli effetti negativi che potrebbero derivare da un rigetto della domanda di risoluzione? Sappiamo che se, nel corso del giudizio, A vende il bene, questa attività potrebbe identificare una causa di sopravvenuta preclusione alla domanda di risoluzione. La soluzione potrebbe essere quella di dare luogo, nel corso del giudizio, ad un accertamento tecnico preventivo e concedere all'acquirente ex art. 1513 c.c. di effettuare una vendita per conto di chi spetta (in questo senso v. già P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*, Artt. 1470-1547 c.c., cit., 274 nonché D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 808). Se la domanda di A risulterà infondata (ad esempio, per decadenza) il giudice respingerà la risoluzione ma l'attore avrà fortemente limitato le (altrimenti ancor più) negative ricadute in termini economici. Se la domanda verrà invece accolta, l'alienazione non impedirà che sia dia luogo alla restituzione, da una parte, del prezzo e, dall'altra, del valore come identificato in conseguenza del ricorso cautelare proposto. Si segnala che, secondo C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 964

escludono la proponibilità della domanda di risoluzione, lasciando spazio alla sola azione estimatoria, nel solo limite in cui manifestino e dimostrino la cosciente volontà dell'acquirente di accettare il bene nonostante i vizi³²⁶. Quando, invece, l'utilizzazione della *res tradita* non si presenti come inequivocabilmente indicativa di una rinuncia all'azione, tale preclusione non opera³²⁷.

Allora il problema è: rispetto a queste ipotesi, cosa dovrà eventualmente restituire il compratore che, alienato o trasformato il bene viziato ricevuto, agisca in risoluzione?

Tace la disposizione in esame. Occorre trovare altri punti di riferimento normativi per ricostruire, tramite le più opportune argomentazioni le basi per una risposta.

l'alienazione per evitare l'aggravarsi dei vizi o delle spese, non costituente utilizzazione del bene, potrebbe essere fatta anche prima dell'instaurazione del giudizio.

³²⁶ Cfr. Cass., 29.11.2004, n. 22416, in *Contr.*, 2005, 597: «la regola dettata dall'art. 1492, c. 3, c.c., che esclude la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto di compravendita nei casi di alienazione o trasformazione della *res* venduta affetta da vizi redibitori, deve essere ricondotta non tanto alla impossibilità obiettiva di ripristinare la situazione delle parti anteriore al contratto quanto alla volontà dell'acquirente, manifestata attraverso l'uso della cosa, di accettarla nonostante i vizi in quanto l'utilizzazione di essa si presenti come inequivocabilmente indicativa della predetta volontà». (cfr anche Cass., 25.5.2006, n. 12382, in *Contr.*, 2007, 148; Cass., 24.5.2002, n. 7619, in *Notariato*, 2003, 150, con nota di Malavasi; Cass., 15.1.2001, n. 489, cit.; Cass., 4.4.1998, n. 3500, in *Contr.*, 1999, 381, con nota di Mullace; Cass., 8.6.1994, n. 5552, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Vendita*, n. 57).

³²⁷ In dottrina v. P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita, Artt. 1470-1547 c.c.*, cit., 273-274, nonché C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 963 il quale valorizza la rilevanza della definitiva e consapevole utilizzazione della cosa e l'incongruità di un rimedio volto a rimuovere la situazione giuridica di cui il compratore si sia avvantaggiato.

7. *Segue. Il criterio del «valore contrattuale»*

Per meglio avviare il ragionamento, può essere utile tirare un poco le fila del discorso sin qui condotto, per evidenziare alcune coordinate all'interno delle quali iniziamo a muoverci:

(i) alla risoluzione conseguono tendenzialmente effetti omogenei³²⁸ costituiti dalla nascita di obbligazioni restitutorie aventi ad oggetto le prestazioni principali;

(ii) l'interpretazione minoritaria che vede nella restituzione in forma specifica della prestazione ricevuta una condizione per la proponibilità dell'azione di risoluzione si rivela assolutamente fallace³²⁹. La Suprema Corte ammette, in presenza di determinati requisiti, che l'acquirente chieda lo scioglimento del contratto, anche se il bene è stato trasformato, utilizzato, o è perito;

(iii) parimenti inadeguata è quella dottrina che ritiene che alla risoluzione debbano necessariamente conseguire effetti restitutori per ambo le parti³³⁰. Come abbiamo visto, se la prestazione da restituire perisce per i vizi, prima o dopo la proposizione della domanda, l'acquirente non deve restituire alcunché³³¹ e questo perché, a nostro

³²⁸ A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1454 c.c.*, cit., 421 afferma che il congegno restitutorio deve essere bilanciato «in modo tale da garantire ad entrambe le parti del rapporto risolto un trattamento (quanto più possibile) uniforme».

³²⁹ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 804; L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, cit., 266.

³³⁰ Sul punto cfr. P. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, 385 ss.

³³¹ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 1098.

avviso, tale *res*, in quanto immediatamente perita, non aveva alcun valore³³².

Quest'ultima considerazione, come già dicevamo³³³, sembra contenere la spia di una possibile più generale logica delle restituzioni che appare la seguente: tutte le volte in cui il bene viziato non è restituibile in natura, lo stesso va restituito per equivalente al (minor) valore contrattuale. Se, nel caso di perimento per vizi, quel valore è fatto coincidere dal codice in zero, negli altri casi, dovrà, invece, essere accertato e lo stesso corrisponderà - in linea di massima - ad un'indicazione percentuale del prezzo identificato dalle parti³³⁴.

³³² R. OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, cit., 26 la restituzione *ex uno latere* disposta dall'art. 1492, c. 3, c.c. si basa sulla inidoneità della cosa a soddisfare l'interesse del compratore «rispondendo, invero, senz'altro ad equità che in tanto detto soggetto sopporti gli *incomoda* relativi alla prestazione traslativa, in quanto tale prestazione sia effettivamente in grado di procurargli i *comoda* che alla stessa tipicamente conseguono».

³³³ Cfr. *supra* par. 5.

³³⁴ In questo senso si muove, peraltro, la più recente giurisprudenza; cfr. la fondamentale Cass. 15.1.2007, n. 738, in *Contr.*, 2007, 738, con nota di Pianese e Nezi secondo cui «nella fattispecie, in cui la risoluzione del contratto di appalto è stata pronunciata per inadempimento della società committente ed in cui la restituzione in natura della costruzione, parzialmente eseguita, all'impresa appaltatrice, non è configurabile, per riportare la situazione patrimoniale di quest'ultima, a quella preesistente al contratto di appalto, il contenuto dell'obbligo restitutorio a carico della committente va determinato in relazione al valore dell'immobile (che rimane nel patrimonio di quest'ultima) definito in relazione all'ammontare del corrispettivo sulla base del quale la volontà dell'appaltatrice si è determinata a concludere il contratto, e che, per la stessa, è idoneo a coprire le spese, i costi di materiali e mano d'opera, affrontati nell'eseguire la costruzione, nonché a soddisfare le aspettative di guadagno. *Contra*, v. la meno recente Cass. 28.4.1992, n. 5065, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Vendita*, n. 39 secondo cui «qualora la compravendita venga risolta per i vizi della cosa compravenduta, il compratore, a norma dell'art. 1493, c. 2, c.c., deve restituire la *res vendita*, se questa non è perita in conseguenza dei vizi. Quando la cosa sia stata trasformata o alienata dal compratore, o sia perita per fatto dello stesso o per caso fortuito, e non sia tuttavia preclusa, ai sensi dell'art. 1492, c. 3, seconda parte, c.c. l'azione di risoluzione (per riguardare tali eventi solo alcune delle cose compravendute), all'obbligo della restituzione specifica si sostituisce l'obbligo della restituzione per equivalente, mediante corresponsione di una somma di denaro pari al suo valore (prezzo) contrattuale.

Per meglio intendere il criterio che proponiamo di utilizzare è opportuno un esempio.

Ipotizziamo che un soggetto acquisti, con due distinti contratti, due beni identici, ciascuno al prezzo nominale di 10, ma, in quanto entrambi viziati, e dunque corrispondenti solo in parte all'interesse dell'acquirente, del ridotto valore di 6. Supponiamo, poi, che il compratore, incolpevolmente ignaro dei vizi, trasformi il primo dei due beni compravenduti e, solo dopo l'utilizzo, scopra l'esistenza del difetto.

Anche nel caso in cui il nostro acquirente fosse stato consapevole dei vizi, e nell'ipotesi non lo è, la giurisprudenza ammette l'esperimento di una domanda di riduzione del prezzo, domanda cui conseguirebbe, a fronte dei dati di partenza, la restituzione di 4, quale minor valore del bene in conseguenza dell'incidenza del vizio sulla *res*³³⁵.

Dell'eventuale incidenza negativa, su tale valore, dei vizi, non può e non deve tenersi alcun conto in sede di adempimento di quest'ultimo obbligo, essendo ogni possibile ragione di pregiudizio - sotto il corrispondente profilo - per l'acquirente, tutelabile esclusivamente con l'azione di risarcimento del danno sofferto a causa dei vizi, ex art. 1494 c.c.».

³³⁵ In dottrina è pacifico che la riduzione del prezzo del bene compravenduto ove i vizi abbiano determinato una riduzione del valore della merce vada effettuata in misura percentuale avuto quale riferimento il prezzo contrattuale. Cfr., tra gli altri, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 278 secondo cui con l'azione estimatoria «si riduce il prezzo nella stessa misura percentuale in cui il difetto incide sul valore del bene integro, al fine di mantenere proporzionalmente inalterato l'iniziale rapporto di equivalenza tra cosa e prezzo contrattuale»; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 954 afferma: «occorre accertare non qual valore abbia il bene difettoso ma in quale misura percentuale il difetto incida sul valore del bene integro: il prezzo deve allora essere diminuito in ragione della stessa percentuale»; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 1099 precisa che l'azione estimatoria «mira a mantenere integro il sinallagma e cioè l'equilibrio delle prestazioni. L'accertamento riguarderà quindi la misura di incidenza percentuale del vizio sul valore del bene al fine di diminuire il prezzo nella stessa percentuale». Nello stesso senso G. GORLA, voce «Azione redibitoria», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 880; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 812; P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita, Artt. 1470-1547 c.c.*, cit., 268; S. FERRERI, in A.M. MUSY- S. FERRERI, *I singoli contratti. 1. La vendita*, cit., 225; C. TERRANOVA, *La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta*, in AA.VV., *I contratti di*

Con riferimento al secondo bene, a fronte della domanda di risoluzione del contratto si avrebbero, invece, i seguenti effetti restitutori: obbligo di restituzione del bene viziato (anch'esso del minor valore di 6) e obbligo di restituzione del prezzo contrattuale, cioè 10.

Non è senza rilievo osservare che sia la domanda di risoluzione che l'*actio quanti minoris* consentono all'acquirente di recuperare, direttamente o indirettamente, l'ingiustificato arricchimento del venditore, corrispondente - in generale - alla differenza tra prezzo contrattuale e (minor) valore contrattuale del bene a causa della presenza del vizio e - nello specifico - alla somma di 4.

Ipotizziamo ora che lo stesso acquirente proponga, invece, sulla base del cennato pacifico orientamento giurisprudenziale, un'unica domanda di risoluzione, avente ad oggetto anche il contratto il cui bene è stato trasformato.

A nostro avviso, questi sono i complessivi effetti restitutori: il venditore deve restituire entrambi i prezzi contrattuali, e cioè 20; il compratore deve restituire il bene non utilizzato e, in vece di quello trasformato, la somma di 6, quale restituzione per equivalente al ridotto valore contrattuale del bene viziato³³⁶ trasformato.

Questa proposta interpretativa trova conferma nel combinato disposto degli artt. 1453 e 1492 c.c. laddove il codice, affidata al contraente

vendita, II, a cura di D. Valentino, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2007, 1134.

³³⁶ Relativamente alle obbligazioni pecuniarie restitutorie opererà evidentemente una compensazione legale parziale tale per cui, nel nostro esempio, si avrà un'unica restituzione di 14.

fedele la scelta³³⁷ tra domanda di adempimento, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto, pone il vincolo del divieto di *mutatio libelli*.

La regola di irrevocabilità della scelta giudiziale ha, come effetto, quella di tutelare il contraente inadempiente da possibili abusi che si realizzino tramite repentine modificazioni delle domande³³⁸, ma, al tempo stesso, presuppone che la scelta per l'una o l'altra delle azioni esperibili in giudizio³³⁹, pur dando luogo a conseguenze formalmente diverse, risulti sostanzialmente omogenea³⁴⁰. In altre parole, le scelte processuali non

³³⁷ G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 16 sottolinea la reciproca alternatività tra la domanda di adempimento, di risoluzione e (17) di riduzione proporzionale della prestazione.

³³⁸ Questa l'interpretazione usualmente fornita dalla dottrina; su tutti si veda V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 956 e 972. Il punto risulta particolarmente approfondito, di recente, da M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., 224 ss.

³³⁹ G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 21 ritiene che alla base della scelta tra tutela satisfattiva e risolutoria vi sia una «valutazione di efficienza (congruità al proprio interesse) riservata comunque al contraente fedele». V. anche M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 1736.

³⁴⁰ Affronta simili profili la dottrina del cd. risarcimento sostitutivo su cui v., da ultimo, G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 114 ss. Il problema che viene posto è se il contraente fedele abbia il potere di sostituire il diritto alla prestazione originaria con il diritto al risarcimento del danno per equivalente alla prestazione medesima. L'A. da ultimo citato ritiene (117) che debba riconoscersi al creditore il «potere di sostituire l'oggetto della pretesa originaria con il suo equivalente pecuniario», ma precisa che, «se l'idea posta a base della costruzione è quella della *sostituibilità* dell'oggetto della pretesa, per il quale il creditore [...] non sia in grado di realizzare in forma specifica, con un *equivalente pecuniario*, si potrebbe dubitare che il paradigma concettuale più idoneo sia quello del risarcimento del danno». Adattata alle nostre esigenze questa riflessione sembra confermare la nostra ipotesi della «sostituibilità», per mantenere il termine dell'A., della prestazione oggetto dell'obbligazione restitutoria non effettuabile in natura in equivalente pecuniario parametrato al valore contrattuale della stessa. Sembra propendere per la natura risarcitoria ex art. 1218 c.c. dell'obbligazione secondaria che si sostituisca a quella avente ad oggetto una prestazione non eseguibile in natura per colpa del debitore, A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1454 c.c., cit., 130 che offre un'ampia ricostruzione del problema. La tematica è affrontata anche da A. BELFIORE, *Inattuazione dello scambio per causa imputabile al debitore e tecniche di tutela del creditore: la conversione della prestazione in natura in prestazione per equivalente*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987, 227 ss.; A. DI MAJO, *La tutela dei diritti*, cit., 280 ss. nonché G. VILLA, *La quantificazione del danno*, in

debbono rappresentare una variabile a favore (e a danno) di una (e conseguentemente anche dell'altra) delle parti in giudizio; anzi, in casi come quello in esame, le pronunce che conseguono a fronte di talune domande possono essere utilizzate per orientare l'interprete ad identificare il contenuto di altre.

Ecco, dunque, che assume importanza l'analisi dell'azione estimatoria³⁴¹ la cui finalità è ripristinare l'equilibrio del contenuto delle obbligazioni contrattuali³⁴², nel caso in cui la parte tutelata scelga la via di trattenere o comunque si avvantaggi della prestazione (pur) viziata. A fronte dell'esperimento in giudizio dell'*actio quanti minoris*, il giudice, onde ridurre il prezzo della prestazione viziata, effettua una valutazione che ha ad oggetto proprio il proporzionale minor valore contrattuale della *res* consegnata³⁴³. Con la riduzione del prezzo, il giudice tutela il sinallagma facendo sì che ad una prestazione, nel nostro esempio, del valore contrattuale di 6, e non di 10, perché viziata, corrisponda il pagamento di 6³⁴⁴.

Trattato del contratto, diretto da V. Roppo, *Rimedi-2*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 943 ove l'A. ne sottolinea i complessi profili di contiguità tra restituzioni e risarcimento.

³⁴¹ Ritiene l'*actio quanti minoris* rimedio generale A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1454 c.c., cit., 36; nonché A. FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, cit., 201 ss.

³⁴² M.G. FALZONE GALVISI, *La garanzia per vizi*, cit., 560 ricorda come, nella giurisprudenza, lo scopo dell'azione è indicato nell'esigenza di porre l'acquirente nella situazione economica in cui si sarebbe trovato al momento della conclusione del contratto se fosse stato a conoscenza dei vizi.

³⁴³ Cfr., ad esempio, Cass., 6.10.2000, n. 13332, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Vendita*, n. 53.

³⁴⁴ Questa soluzione non risente né si ispira alla tematica del cd. «contratto giusto» su cui v. G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 34 ss; M. BARCELONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 631 ss.; A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 75 nonché, più di recente, V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 599 ss. Cfr. anche N. LIPARI,

Posto che la risoluzione per inadempimento costituisce la manifestazione maggiore del sinallagma contrattuale³⁴⁵, sembra che, in virtù di un'identità di *ratio*, l'unica via che consente di realizzare o, quantomeno, salvaguardare la funzione del vincolo sia quella di disporre che la restituzione della prestazione viziata, che non sia possibile effettuare in natura, vada anch'essa convertita in restituzione per equivalente parametrata al valore contrattuale del bene percentualmente ridotto in considerazione della maggiore o minore gravità del vizio.

8. Restituzione per equivalente della prestazione non viziata: il criterio del «prezzo contrattuale»

Ci siamo per ora soffermati sulla restituzione per equivalente della prestazione viziata. *Quid iuris*, laddove la prestazione non restituibile, invece, non presenti vizi?

Affrontare una simile problematica significa abbandonare il più specifico tema dei vizi della compravendita, per tornare alla disciplina del

Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 711 ss, in partic. 730, ove l'A. identifica nella regola di equità ex art. 1374 c.c. una funzione di «riequilibrio delle posizioni contrattuali al fine di evitare che una parte tragga ingiustificati vantaggi da una situazione di supremazia economica». Come si diceva, non è questo lo sfondo da cui trae spunto il nostro ragionamento. La riduzione del prezzo di cui si parla nel testo ha, infatti, base nell'art. 1492 c.c. e si fonda sul vizio del bene; non è dunque, se non indirettamente, riconducibile alla clausola di buona fede o all'equità.

³⁴⁵ Così A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 127. Più di recente cfr. Cfr. R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 665.

contratto in genere. Pare, però, significativo porsi immediatamente questa domanda, proponendo un altro esempio.

Il soggetto A (grossista) vende e consegna al soggetto B (commerciante al dettaglio) determinati beni. Scaduto inutilmente il termine del pagamento, a fronte del mancato saldo del prezzo, l'art. 1453 c.c. offre le due strade alternative della domanda di adempimento e della domanda di risoluzione del contratto.

Capita che grossisti come A si trovino nella situazione di sapere che commercianti al dettaglio come B navighino in cattive acque, e non siano dunque in grado di pagare il prezzo della merce compravenduta e già consegnata. La notizia della chiusura dell'attività piuttosto che quella dello stato di insolvibilità del compratore potrebbero spingere il venditore ad agire, anziché per il pagamento del prezzo, in risoluzione; alla base di questa scelta potrebbe porsi la considerazione che, in simili casi, ottenere la restituzione della merce che, ipotizziamo, non è stata ulteriormente venduta, costituisce già una soluzione auspicabile.

Ancora: il contratto potrebbe avere ad oggetto più consegne o altre prestazioni ed il venditore potrebbe avere interesse a liberarsene definitivamente. La specificità dei casi concreti può, in altre parole, creare situazioni in cui il creditore può preferire sciogliere il contratto e chiedere la restituzione in natura della prestazione effettuata. Tradotto nei termini in uso nel mondo del diritto, ove non si riesca ad ottenere lo scioglimento per mutuo consenso del contratto di compravendita, non parrebbe

avventata l'azione di quel creditore che agisca chiedendo la risoluzione del contratto per inadempimento³⁴⁶.

Aggiungiamo un ultimo dato: il nostro commerciante al dettaglio, avuta notizia che il venditore vuole giudizialmente ottenere la restituzione della merce già consegnata, decide di venderla immediatamente e, applicando forti sconti, vi riesce³⁴⁷.

Questo esempio ci conferma che la tesi per cui la restituibilità della prestazione è una condizione dell'azione porta a risultati non razionali: il debitore, a seguito dell'intervenuta alienazione, non può ottenere la restituzione in natura del bene e, a fronte del divieto di *mutatio libelli*, nemmeno può più chiedere il pagamento del prezzo.

Secondo questa interpretazione parrebbe (incredibilmente) preclusa ogni (legittima) tutela. Convalidare una simile soluzione significa negare alle regole sulla risoluzione la funzione, che invece è propria, di proteggere il contraente fedele dall'inadempimento della controparte³⁴⁸.

L'unica interpretazione che sembra garantire le ragioni del creditore del nostro esempio e, più in generale, di tutti i contraenti fedeli che non possano ottenere la restituzione della prestazione diligentemente

³⁴⁶ Cfr. E. DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 858 il quale sviluppa ragionamenti in linea con quanto indicato nel testo e sottolinea, in simili ipotesi, la natura preventiva della risoluzione.

³⁴⁷ Per un momento soltanto si torni a considerare quella dottrina che ritiene applicabile la disciplina della *condictio* ed ipotizziamo che, per i motivi addotti, il commerciante al dettaglio abbia venduto parte della merce con uno sconto del 50% prima di ricevere l'atto di citazione e dunque in buona fede: ne deriverebbe ex art. 2038, c. 1, c.c. la nascita di un'obbligazione avente ad oggetto il corrispettivo conseguito e dunque il 50% del prezzo. Soluzione quest'ultima che non pare davvero condivisibile.

³⁴⁸ Cfr. A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1454 c.c., cit., 4 ss.

effettuata è quella di affermare che il soggetto inadempiente cui non sia possibile effettuare la restituzione in natura dovrà restituire la stessa per equivalente, dovendo, anche in questo caso, adoperarsi quale criterio di conversione in moneta lo stesso contratto³⁴⁹; il debitore dovrà, dunque, a titolo di restituzione per equivalente, quella medesima somma che già doveva a titolo di prezzo contrattuale³⁵⁰.

La *ratio* è quella già indicata³⁵¹: non sembra davvero che il nostro ordinamento possa tollerare che la scelta per l'adempimento, piuttosto che per la risoluzione, costituisca una variabile a favore (e a danno) di una (e conseguentemente anche dell'altra) delle parti.

Vale la pena ribadire che la regola sul divieto di *mutatio libelli*, da una parte, offre tutela al contraente inadempiente, disponendo il divieto di mutare in giudizio la domanda di risoluzione in domanda di adempimento³⁵², ma, dall'altra, a garanzia del contraente adempiente, presuppone che tale scelta non produca, in termini patrimoniali, effetti deteriori per la parte fedele.

Se, nell'esempio sopra riportato, il prezzo della merce è 10, e la merce viene alienata proprio per (e con l'astuto scopo di) non restituirla, l'unica somma per equivalente che, a titolo di restituzione tutela e realizza

³⁴⁹ In questo senso già A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 276.

³⁵⁰ Cfr., nuovamente, la teoria del cd. danno sostitutivo cit. alla precedente nota 340 cui si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche. Presenta il «valore convenzionale» quale possibile modello restitutorio di una prestazione non restituibile in natura E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*» e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 100.

³⁵¹ *Ratio* questa volta ricavabile dal 1453, c. 1 e 2, c.c. e, in particolare dall'azione di adempimento e dal divieto di *mutatio libelli*.

³⁵² Si rinvia alle indicazioni già fornite nella precedente nota 339.

il sinallagma contrattuale, è quella che coincide con il prezzo pattiziamente convenuto.

In conclusione³⁵³, l'idea che all'alternatività dei rimedi³⁵⁴ debba corrispondere una tutela sostanzialmente omogenea, costituendo diversamente il divieto di *mutatio libelli* uno strumento più che di garanzia di possibile abuso per i soggetti inadempienti, e l'idea che il contratto debba, anche nella fase della patologia, e più precisamente in quella della sua dissoluzione, continuare a proteggere le aspettative di beni ed utilità che ne costituiscono l'oggetto, sembrano indicare la seguente comune direttiva restitutoria: ogni qual volta un bene non sia restituibile in natura, la restituzione va fatta per equivalente pecuniario sulla base di una valutazione che trova fondamento nel contratto e, più precisamente, nella completa o parziale soddisfazione dell'interesse del soggetto obbligato³⁵⁵. Più precisamente, se il bene non è viziato, la restituzione per equivalente andrà monetizzata tramite riferimento al «prezzo contrattuale»; ove, invece, la *res* sia viziata, il giudice dovrà liquidare una somma che rappresenti una percentuale del prezzo cui d'ora in poi ci riferiremo con l'espressione «valore contrattuale».

³⁵³ Valga, nuovamente, quanto già affermato nella precedente nota 344: le soluzioni proposte non si basano su argomentazioni di carattere equitativo, ma sull'interpretazione combinata delle regole di parte generale e speciale (artt. 1453, 1492 e 1493 c.c.), oltre che sul principio di conservazione del contratto.

³⁵⁴ Da ultimo, in questo senso C. TERRANOVA, *La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta*, cit., 1133.

³⁵⁵ Il punto merita una postilla: l'interpretazione offerta inizia a spianare la strada a quelle due ipotesi di lavoro formulato in apertura del lavoro (cfr. par. 1 del Capitolo 1). Le considerazioni svolte sembrano fornire materiale sufficiente per provare a ripensare il ruolo della risoluzione come mera azione demolitiva, così come per creare una qualche relazione tra gravità dell'inadempimento e contenuto della prestazione dell'obbligazione restitutoria.

9. Vecchie e nuove restituzioni «*in action*»³⁵⁶

L'approccio casistico da ultimo sviluppato pare giustificato dalla particolarità dell'oggetto di indagine: studiare le conseguenze della risoluzione per inadempimento comporta la necessità di misurarsi con una dimensione ben definita, significa riempire di contenuto concreto le regole che si propongono e confrontare i risultati fattuali delle diverse interpretazioni. Occuparsi di tutto ciò non equivale a svilire la funzione del giurista: il diritto nasce dai fatti, risolve interessi contrapposti, e ai fatti deve tornare per essere applicato³⁵⁷.

La necessità di approfondire il passaggio dalla generica formula di retroattività all'effettività delle regole per ora rinvenute induce ad un singolare confronto tra nuove e vecchie restituzioni; tra restituzioni vestite della ripetizione dell'indebito e restituzioni da essa «emancipate». Prendiamo quale spunto per il nostro ragionamento una fattispecie recentemente affrontata da un giudice di merito³⁵⁸.

Il caso è questo: la carrozzeria A acquistava nel corso dell'anno 2000 dal grossista B 240 litri di film trasparente per la verniciatura di

³⁵⁶ Pioniere della distinzione tra «*law in books*» e «*law in action*» è R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, vol. 44, 1910, 12 ss.

³⁵⁷ Sia consentita l'appropriazione di un passo (ben difficilmente noto) di un autorevole autore che ci si permette di utilizzare come piccolo manifesto personale: «mi picco di essere un giurista che cerca di dedicare attenzione alle norme, ma dando anche abbastanza peso alla realtà che le norme sottendono. Diritto e fatto, come dimensioni del fenomeno giuridico che si implicano reciprocamente, e si condizionano l'un l'altra. Sicché, kantianamente: il fatto senza il diritto sarebbe cieco, ma il diritto senza fatto sarebbe vuoto» (si tratta di un estratto della *Prefazione* di V. Roppo ad AA.VV., *Il caso Genoa. Alla ricerca di un giudice*, a cura di A.M. Benedetti, Torino, 2005).

³⁵⁸ Si tratta di T. Varese, R.G. 1065/2003, *ined.*

automezzi; a distanza di circa un anno, i clienti lamentavano la sfogliatura della vernice e, a fronte della minaccia di azioni legali, costringevano il titolare della carrozzeria A ad effettuare nuovamente ed a proprie spese il lavoro. A fronte dei riscontrati (e riconosciuti) vizi, la carrozzeria A agiva nei confronti del grossista B chiedendo la risoluzione del contratto dell'intera fornitura con conseguente condanna alla restituzione del prezzo (ovvero 2.400 euro), oltre al risarcimento del danno.

A fronte dell'azione dell'acquirente del prodotto, il grossista, avendo a sua volta acquistato la vernice dal produttore C, chiamava quest'ultimo in giudizio e domandava anch'egli la risoluzione del contratto, con conseguente restituzione del prezzo (1.500 euro), salvo il risarcimento del danno.

La fattispecie esaminata risulta di particolare interesse poiché implica ragioni di impossibilità di restituzione che dipendono sia dall'uso e trasformazione del bene (rapporto tra A e B), che dall'alienazione dello stesso (rapporto tra B e C); permette, dunque, di prendere in considerazione, mettendoli a confronto, gli effetti ex artt. 1492 e 1493 c.c. con quelli che deriverebbero in applicazione degli artt. 2037 e 2038 c.c.

Premesso che dei 240 litri ne erano stati utilizzati 80, a noi pare che la soluzione appropriata del caso debba essere la seguente:

(i) risoluzione del contratto intervenuto tra A e B con i seguenti effetti restitutori: (α) restituzione del prezzo ex art. 1493, c. 1, c.c. (2.400 euro) da parte di B a favore di A; (β) restituzione della *res* non utilizzata ex art. 1493, c. 1, c.c. (160 litri di film) da parte di A a favore di B; (γ) nessuna

restituzione per equivalente a favore di B relativamente a quella parte di fornitura utilizzata e trasformata (80 litri di film) posto che il vizio del bene era di tale rilevanza da rendere pari a zero l'equivalente valore contrattuale (regola ricavata dalla *ratio* degli artt. 1493, c. 2, e 1492, c. 3, c.c.);

(ii) risoluzione del contratto intervenuto tra B e C con i seguenti effetti restitutori: (α) restituzione del prezzo ex art. 1493, c. 1, c.c. (1.500 euro) da parte di C a favore di B; (β) restituzione della *res* non utilizzata ex art. 1493, c. 1, c.c. (160 litri di film) da parte di B a favore di C; (γ) nessuna restituzione per equivalente a favore di C in quanto, come detto sopra, il bene viziato utilizzato non ha soddisfatto in modo alcuno l'interesse della controparte (regola ricavata dalla *ratio* degli artt. 1493, c. 2, e 1492, c. 3, c.c.)³⁵⁹.

Proviamo, ora, a risolvere il caso alla sola stregua del disposto degli artt. 2037 e 2038 c.c. ed analizziamone le conseguenze:

(i) a fronte della risoluzione del contratto stipulato tra A e B avremmo i seguenti effetti restitutori: (α) restituzione del prezzo ex art. 2033 c.c. (2.400 euro) da parte di B a favore di A; (β) restituzione della merce non utilizzata ex art. 2037, c. 1, c.c. (160 litri di film) da parte di A a

³⁵⁹ Il caso affrontato rende ancor più evidente che il criterio del valore contrattuale, che abbiamo ricavato tramite interpretazione degli artt. 1492 e 1493 c.c., risulta conforme ad un vaglio di ragionevolezza: posto che nell'esempio prospettato il film verniciante presenta vizi a tal punto gravi da rendere necessaria la completa riverniciatura delle auto, non pare senza rilievo osservare che, una volta ottenuta la restituzione delle latte non utilizzate lo stesso produttore C provvederà a disfarsi delle stesse, così come di tutte le altre che facciano parte di quella medesima partita, in quanto prive di valore commerciale. Ecco, dunque, che qualunque soluzione che conduca ad una restituzione per equivalente diversa da zero comporterà un ingiusto arricchimento a vantaggio di C.

favore di B; (γ) restituzione corrispondente all'arricchimento ex art. 2037, c. 3, c.c. a favore di B, ove il giudice applichi la disciplina prevista per l'*accipiens* in buona fede³⁶⁰.

(ii) a fronte della risoluzione del contratto stipulato tra B e C avremmo, invece, i seguenti effetti restitutori: (α) restituzione del prezzo (euro 1.500) ex art. 2033 c.c. da parte di C a favore di B; (β) restituzione per equivalente, a seguito dell'alienazione, identificata ex art. 2038, c. 1, c.c. nel «corrispettivo conseguito» (euro 2.400) da parte di B a favore di C³⁶¹.

Messe a confronto le due interpretazioni gli esiti sono, dunque, nel primo contratto, e sempre che il giudice ritenga di applicare la disciplina propria dell'*accipiens* in buona fede e concluda che non vi è stato arricchimento, di accidentale coincidenza³⁶²; nel secondo contratto a fronte di un'obbligazione restitutoria ex artt. 1492 e 1493 c.c. a favore di B per euro 1.500 (soluzione prospettata), la disciplina della *condictio* fa nascere, previa compensazione parziale, un'obbligazione restitutoria ex art. 2038 c.c. a favore di C per 900 euro. Conduce, dunque, un soggetto che ha alienato un bene viziato, ad arricchirsi ingiustificatamente.

³⁶⁰ Si utilizza l'interpretazione della giurisprudenza maggioritaria (condivisa dalla dottrina) secondo cui si avrebbe una applicazione automatica della regola di buona fede. Come si dirà nel testo, in questo caso l'arricchimento sarebbe pari a zero. Sul punto cfr. quanto esposto nei parr. 5 e ss. del Capitolo 2.

³⁶¹ Non rileva eccepire che il corrispettivo conseguito da B, a fronte della risoluzione del primo contratto e della conseguentemente restituzione, corrisponde anch'esso a zero. È sufficiente, al riguardo, immaginare che nel nostro esempio A sia decaduto dall'azione per concretare nuovamente i risultati sopra descritti.

³⁶² Questo esempio dimostra la debolezza della tesi che vede le obbligazioni restitutorie governate dalle regole della *condictio*: è sufficiente che la prestazione non sia restituibile in natura perché le soluzioni che derivano dall'applicazione degli artt. 2037 e 2038 c.c. si scontrino radicalmente con la logica ed il senso comune.

L'operatività di questa norma porta all'assurdo risultato di impedire a B di restituire a C la merce non utilizzata e, quello ben più grave, di attribuire al produttore di un bene viziato un'azione che gli permetterebbe, non solo di non restituire la somma percepita, ma addirittura di vantare un diritto di credito corrispondente al maggior prezzo a cui il bene sia stato ceduto nella successiva alienazione.

In conclusione appare evidente che la logica contrattuale consente un ragionamento più completo ed appagante in quanto consente di relazionare all'operazione economica i rimedi (e le soluzioni) in concreto utilizzabili; le regole dell'indebito ed il loro riferimento alla sola buona e mala fede soggettiva implicano, invece, considerazioni adattabili alla logica contrattuale solo una certa forzatura. E se queste ultime per recuperare significato devono comunque rapportarsi al contratto, pare più opportuno condurre un ragionamento che utilizzi il contratto quale unico riferimento.

CAPITOLO QUARTO

... E NEI CONTRATTI PER L'ESECUZIONE DI OPERE O SERVIZI. IDEE PER UNA RICOSTRUZIONE

SOMMARIO: 1. Generalità o specialità delle regole individuate? - 2. Gli effetti restitutori della risoluzione del contratto di appalto d'opera. - 3. *Segue*. In particolare: restituzione della prestazione di fare. - 4. *Segue*. Infine: costruzione, restituzione e demolizione di un bene immobile. - 5. Appalto di servizi, contratto d'opera e contratto del professionista intellettuale. - 6. Idee per una ricostruzione. - 7. Alcuni significativi riscontri: risoluzione e restituzioni nel "diritto privato europeo" ... - 8. *Segue*. ... nella riforma dello *Schuldrecht* ... - 9. *Segue*. ... e nelle elaborazioni in divenire: *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* e *Draft Common Frame of Reference*.

1. Generalità o specialità delle regole individuate?

L'analisi compiuta ci ha indotto a ritenere che le obbligazioni restitutorie conseguenti a risoluzione del contratto di compravendita la cui *res* sia viziata vadano disposte sulla base delle seguenti regole: (i) restituzione del prezzo; (ii) restituzione della *res* in natura, ove possibile; (iii) restituzione per equivalente della *res* non restituibile da parametrarsi al (o, meglio, in una percentuale del) valore contrattuale, ove si tratti di prestazione viziata; (iv) nessuna restituzione in caso di perimento a causa di vizi (verificatosi prima o dopo l'esperimento dell'azione in giudizio); (v) restituzione per equivalente della *res* non restituibile corrispondente al prezzo contrattuale, ove si tratti di prestazione non viziata.

La laconicità della formula contenuta nell'art. 1458 c.c. induce a porsi i seguenti interrogativi: i precetti-guida sopra ricostruiti

costituiscono una disciplina *ad hoc* relativa alla sola garanzia per vizi, oppure valgono per tutte le fattispecie di risoluzione per inadempimento di un contratto di compravendita? Inoltre, ove si propenda per la seconda ipotesi: queste regole vanno confinate alla vendita, o possono estendersi (almeno) ai contratti traslativi onerosi se non (addirittura) essere considerate una sorta di archetipo suscettibile di generale applicazione, ancorché da specificare e adattare ai singoli casi?

Anzitutto, sembra di poter concludere che le direttive individuate nella disciplina della garanzia per vizi possono essere utilizzate in altre ipotesi di inadempimento del contratto di compravendita quali, ad esempio, la mancanza di qualità, o *l'aliud pro alio*³⁶³. A favore di questa interpretazione militano sia quegli autori secondo i quali le azioni edilizie sarebbero da ricondurre ed identificare con i rimedi ordinari³⁶⁴, sia coloro che affermano che le norme sulla garanzia³⁶⁵ nella compravendita costituiscono una forma di responsabilità contrattuale diversa da quella ordinaria ex art. 1218 e 1453 c.c., ma non per questo eccezionale³⁶⁶. Per questi ultimi, infatti, gli artt. 1490 e ss. c.c. identificano una responsabilità i

³⁶³ Su queste due fattispecie, v. da ultimo C. TERRANOVA, *La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta*, cit., 1101 e 1147.

³⁶⁴ Sostengono che le azioni edilizie siano da identificare con i rimedi ordinari C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 716 941, 948 e D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 629 ss.

³⁶⁵ Per una diffusa analisi sulla natura giuridica della garanzia v., da ultimo, cfr. B. CARBONI – M. BALLORIANI, *Le garanzie e la vendita di cosa altrui*, in AA.VV., *I contratti di vendita*, II, a cura di D. Valentino, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2007, 1006 ss., nonché C. TERRANOVA, *La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta*, cit., 1087 ss.

³⁶⁶ Così A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 218 e 275. *Contra*, v. G. GORLA, voce «Azione redibitoria», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 879 ss.

cui elementi di specialità concernono i soli profili attinenti i presupposti³⁶⁷, e non gli effetti.

La sostanziale uniformità delle opinioni degli interpreti induce a passare ad analizzare la seconda questione, sicuramente più complessa. Se, da una parte, la compravendita è, tra i contratti di scambio, il più importante per la rilevanza della sua funzione economica³⁶⁸, per la varietà di regole che presenta³⁶⁹, nonché per il valore paradigmatico³⁷⁰ che assume nella teoria dei contratti, con ciò dovendosi propendere per l'applicabilità delle menzionate regole restitutorie agli altri contratti traslativi onerosi³⁷¹, dall'altra, prima di affermare che le direttive identificate costituiscono la base per l'interpretazione delle restituzioni conseguenti - in genere - a risoluzione per inadempimento di qualunque tipo contrattuale è necessario svolgere ulteriori verifiche³⁷².

Non pare, tuttavia, così remota l'ipotesi che il disposto degli artt. 1492 e 1493 c.c. possa, per così dire, illuminare³⁷³ la regola di retroattività, riempiendo di contenuto quella formula, a prima vista, tanto criptica³⁷⁴.

³⁶⁷ Cfr. S. FERRERI, in A.M. MUSY- S. FERRERI, *I singoli contratti. 1. La vendita*, cit., 208 ss., in partic. 218 ove viene proposto un prospetto comparativo.

³⁶⁸ A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 2.

³⁶⁹ D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 1.

³⁷⁰ Cfr, nuovamente D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 1 nonché A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 2.

³⁷¹ In questo senso v. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 54; P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contratto e impr.*, 1988, 809; M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., 170 e 173 che propende per l'estensione della disciplina dettata per un singolo contratto a tutta la classe di contratti tipici e atipici aggregati.

³⁷² F. MACARIO, voce «*Vendita*», in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, 19-20, pur proponendo una soluzione «soltanto interlocutoria» ritiene che la normativa in esame sia «suscettibile di applicazione al di fuori della sua *sedes materiae*».

³⁷³ A questo proposito G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 50 ss. dopo aver sottolineato (51) che nelle codificazioni di tradizione romanistica, tra cui, appunto, il nostro codice

Gli studi di teoria generale del contratto, che più di recente hanno focalizzato la propria attenzione sul collegamento tra codice civile e codici (o leggi) di settore³⁷⁵, già da tempo si occupano di definire il rapporto tra disciplina dei contratti in generale e disposizioni dei singoli tipi³⁷⁶.

civile, la parte generale del contratto «ha una rilevanza ben minore di quanto si potesse ritenere», afferma che (53) «data l'astrattezza della parte generale sul contratto, e dato il trascurabile rilievo della tipizzazione legale delle prestazioni, è nell'elenco dei tipi che si rinviene la sede principale della disciplina legislativa in materia contrattuale».

³⁷⁴ M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., 171 conferma che quando le norme dettate dal legislatore per i singoli contratti non si collocano in posizione di antinomia rispetto alle regole di cui al 1453 e ss. c.c. «concludere per l'estensione della disciplina del tipo legale oltre ai confini del tipo non presenta difficoltà, né di ordine sistematico, né di ordine dogmatico».

³⁷⁵ Da ultimo, cfr. G. ALPA, *Il bicentenario del code de commerce e le prospettive del diritto commerciale*, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 919 ss.; N. IRTI, *Codici di settore: compimento della decodificazione*, in *Dir. e società*, 2005, 131 ss. In particolare sul rapporto tra codice civile e codice del consumo si veda V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. privato*, 2007, 669 ss.; R. ROLLI, *Il «codice» e i codici» nella moderna esperienza giuridica: il modello del codice del consumo*, in *Contratto e impr.*, 2007, 1496 ss.; G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti del rapporto obbligatorio*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma*, Atti del convegno di Treviso, 23-25 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 351 e ss., in partic. 355 e 356; ID., *I diritti dei consumatori e il «Codice del consumo» nell'esperienza italiana*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2006, 1 ss., in partic. 25-27; A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, 159 ss., in partic. 172-173; L. ROSSI CARLEO, *Il Codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2006, 33 ss., *passim*; G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2006, 43 ss., in partic. 61-65; R. CALVO, *Il Codice del consumo tra «consolidazione» di leggi e autonomia privata*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2006, 74 ss., *passim*; L. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 879 ss. Con riferimento alla previgente disciplina introdotta con L. 6.2.1996, n. 52, v. M. NUZZO, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 308 ss.

³⁷⁶ La letteratura è ampia: tra gli altri cfr. i contributi di F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII, Milano, 1973, 708 ss.; G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impr.*, 1988, 327 ss.; G.B. FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 421 ss.; P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, cit., 804 ss.; G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 649 ss.; G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 313; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 379 ss. (prima parte) e 821 ss. (parte seconda); M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., *passim*; E. GABRIELLI, *Il*

Pur a fronte della pluralità di opinioni che sono emerse, si tende ad escludere che il nesso esistente tra Titolo II e Titolo III del Libro Quarto possa essere definito come rapporto tra regola ed eccezione³⁷⁷. Se questa interpretazione può valere ogni qual volta vi siano profili di diretta incompatibilità ed antitesi tra norme sul contratto in genere e regole dettate per il tipo³⁷⁸, ben più numerose sono le ipotesi in cui la disciplina generale non è contraddetta dalle disposizioni dei singoli contratti che, semplicemente, si rivelano più analitiche³⁷⁹.

contratto e le sue classificazioni, in AA.VV., *I contratti in generale*, 1, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, 47 ss. Da ultimo, N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 1 ss sottolinea come l'alternativa tra parte generale e parte speciale sia stia ulteriormente complicando nel contesto europeo (7) «in funzione della costante fluidità del sistema delle fonti, che non consente di determinare a priori la generalità del punto di riferimento, con la conseguenza di un continuo rimpallo tra una previsione di settore che aspira a diventare generale e normative di carattere generale che si vengono frantumando nel rapporto con i diversi contesti nazionali»; sulla medesima problematica v. anche il contributo di F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolamentati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 95.

³⁷⁷ Secondo F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., 708 le norme generali del contratto rappresentano norme comuni per tutti i contratti che si applicano «in concorso» con le norme particolari, combinandosi con queste. *Contra*, G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, cit., 331 ritiene che le norme generali hanno funzione «meramente sussidiaria e residuale». Per un interessante analisi del contesto storico in cui si muovono le rispettive interpretazioni v. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, cit., 385 ss.

³⁷⁸ Per questa ipotesi cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 420: «un contratto di compravendita è prima di tutto un contratto: dunque gli si applicano le norme sul contratto in genere. Ma poi è anche una compravendita: dunque gli si applicano anche le regole dettate per il tipo compravendita. Se i due ordini di regole sono per qualche aspetto incompatibili, prevale la disciplina del tipo».

³⁷⁹ Così E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, cit., 856; M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., 70 ss.

D'altronde non mancano opinioni che affermano la non esaustività della parte generale³⁸⁰, nonché autori che sostengono il valore meramente contingente della collocazione di una disposizione nel Titolo II o III³⁸¹.

Al riguardo, non deve pertanto meravigliare che tra le diverse interpretazioni ne esistano alcune che, percorrendo la via di una lettura coordinata, qualificano le norme di parte speciale «estrinsecazione» e «completamento» di quelle di parte generale³⁸²; altre che ritengono talune norme del Titolo III «adattamento» di quelle di carattere generale, per giunta suscettibili di impiego per altri contratti³⁸³; altre ancora che, infine, si chiedono se l'«esportazione» delle norme del Titolo III possa essere regolarmente armonizzata con la disciplina del contratto in genere così da

³⁸⁰ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, Art. 1321-1352*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, 50 afferma che «ciascun contratto richiede e consegue una disciplina speciale ad integrazione indispensabile di quella detta generale, che nei contratti tipici sarà quella relativa al tipo che si considera, e negli altri casi si potrà determinare (come si è già detto) per analogia».

³⁸¹ Cfr. nuovamente R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, Art. 1321-1352*, cit., 51; P. VIUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, cit., 807 sottolinea la «relatività storica» di questo rapporto.

³⁸² Sembra la via proposta da P. PERLINGIERI, *Il futuro «ius civile» ed il ruolo della dottrina*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, 886 laddove l'A., premesso che la dottrina deve dedicare maggiore attenzione al «superamento di un'ermeneutica, fondata sul sillogismo e sulla sussunzione, che presuppone un tecnica legislativa non più attuale, un appiattimento delle fonti legislative che la gerarchia delle fonti smentisce e un tipo di individuazione delle norme del tutto utopistico», afferma che «la normativa si individua, con una difficile e laboriosa operazione di composizione, prendendone un pezzo ora dalla legislazione speciale, ora dal codice, ora dalla Costituzione e ora dal regolamento comunitario o dalla direttiva». V. anche E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, cit., 861.

³⁸³ G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit., 674; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., 47.

ipotizzare un «sistema aperto fondato sulla possibilità di una combinazione delle norme del tipo con quelle di diritto comune»³⁸⁴.

Quale miglior verifica dell'intuizione che vede negli artt. 1492 e 1493 c.c. il più analitico completamento della formula di retroattività prevista dall'art. 1458 c.c. che quella di provare ad utilizzare regole restitutorie congegnate per la restituzione di prestazioni di dare in un contratto la cui prestazione tipo consiste in un *facere*?

Sembra allora naturale guardare alle norme sul contratto di appalto che – per il fascio di prestazioni di dare/fare che ne caratterizzano l'essenza – può costituire un buon banco di prova su cui sperimentare un nuovo approccio al mondo delle restituzioni.

2. Gli effetti restitutori della risoluzione del contratto di appalto d'opera

Nelle norme sull'appalto, una, in particolare, potrebbe ritenersi utile per la nostra indagine. L'art. 1668 c.c., rubricato «*contenuto della garanzia per difetti dell'opera*», attribuisce al committente che contesti difformità o vizi della prestazione, nei tempi e nei modi prescritti dall'art. 1667 c.c., il diritto ad ottenere l'eliminazione degli stessi, a cura ed a spese

³⁸⁴ M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., 166 (e 259) che richiama (alla nota 25) l'opinione già di F.D. BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1984, 41.

Il rapporto tra regole generali e speciali è stato oggetto di un significativo «*Debàt*» della *Revue des contrats*, dal provocatorio titolo «*Une théorie générale des contrats spéciaux?*» pubblicata sul n. 2 dell'anno 2006 ai cui contributi si rimanda ulteriormente.

dell'appaltatore, ovvero ad esercitare l'azione di riduzione del prezzo. Il secondo comma precisa, inoltre, che laddove tali difformità o vizi rendano l'opera «del tutto inadatta alla sua destinazione», il committente potrà avvalersi dell'ulteriore rimedio della risoluzione del contratto.

Dottrina e giurisprudenza, ricondotta l'obbligazione di garanzia dell'appaltatore all'interno dell'ordinaria responsabilità del debitore ex art. 1218 c.c.³⁸⁵, focalizzano, in genere, la propria attenzione sul rapporto tra gli artt. 1455 e 1668, c. 2, c.c.³⁸⁶; ne deriva la condivisa opinione secondo cui il codice, in materia di appalto, predispone diverse tutele, graduate in ragione della gravità dei vizi, e, più precisamente, predilige l'applicazione di rimedi manutentivi, confinando quelli di carattere demolitivo al solo caso in cui l'opera sia del tutto inadatta³⁸⁷.

³⁸⁵ Cfr. D. RUBINO - G. IUDICA, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2007, 383; M. STOLFI, voce «Appalto», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 660; L.V. MOSCARINI, *L'appalto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XI, *Obbligazioni e contratti*, 3, Torino, 1984, 738; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXIV, t. 2, Milano, 1977, 193; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano, 2002, 85. In giurisprudenza, ritengono che la tutela apprestata al committente dall'art. 1668 c.c. «si inquadra nell'ambito della normale responsabilità contrattuale per inadempimento» Cass. 19.4.2006, n. 9033, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Appalto*, n. 63; Cass., 15.3.2004, n. 5250, in *Corriere giur.*, 2004, 586; Cass., 2.8.2002, n. 11602, in *Contr.*, 2003, 67; Cass., 28.3.1995, n. 3669, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratto in genere*, n. 484; Cass., 10.1.1996, n. 169, in *Contr.*, 1996, 277.

³⁸⁶ In giurisprudenza, cfr. Cass., 20.4.2006, n. 9295, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Appalto*, n. 90; Cass., 20.7.2005, n. 15249, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Appalto*, n. 71; Cass., 15.3.2004, n. 5250, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Appalto*, n. 54; Cass., 29.11.2001, n. 15167, in *Urbanistica e app.*, 2002, 378; Cass., 20.9.1990, n. 9613, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1122 con nota di Musumeci.

³⁸⁷ Nel contratto di appalto il requisito della gravità assume un carattere più spiccato. In dottrina cfr. M. LIPARI, *La garanzia per vizi e le difformità dell'opera appaltata: risoluzione del contratto, mancanza di qualità promesse e aliud pro alio*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2944 afferma che al contrario dell'art. 1455, l'art. 1668 c.c. «stabilisce che la gravità dell'inadempimento - nella particolare forma della totale inidoneità dell'opera - rappresenta un elemento costitutivo interno della fattispecie: una condizione essenziale, di carattere positivo, per produrre l'effetto dello scioglimento del contratto». Secondo

Ai fini della nostra ricerca è opportuno anticipare che l'art. 1668, c. 2, c.c., nel prescrivere più severi requisiti per l'azione di risoluzione, sembra fornire alcune rilevanti indicazioni circa gli effetti che a tale azione conseguono. Per ora, procedendo nell'indagine appena proposta, tentiamo di ricostruire, sulla scorta delle regole identificate nei precedenti paragrafi, gli effetti restitutori che conseguono allo scioglimento del contratto di appalto, non prima di aver svolto una precisazione sulle limitate fattispecie che attribuiscono al contraente fedele il diritto di avvalersi del rimedio della risoluzione.

Del presupposto dell'importanza dell'inadempimento *ex art. 1668, c. 2, c.c.*, la dottrina³⁸⁸ offre un'interpretazione estensiva: il committente può chiedere la risoluzione del contratto, oltre che nel caso in cui l'opera sia «del tutto inadatta alla destinazione», anche nelle ulteriori ipotesi in cui

Cass., 15.3.2004, n. 5250, cit. la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto di appalto è ammessa «nella sola ipotesi in cui l'opera, considerata nella sua unicità e complessità, sia assolutamente inadatta alla destinazione sua propria in quanto affetta da vizi che incidono in misura notevole sulla struttura e funzionalità della medesima sì da impedire che essa fornisca la sua normale utilità» (in questo senso v. anche Cass., 20.4.2006, n. 9295, cit.; Cass., 20.7.2005, n. 15249, cit.; Cass., 29.11.2001, n. 15167, cit.; Cass., 25.1.2002, n. 886, in *Contr.*, 2002, 484; Cass., 20.9.1990, n. 9613, cit.).

³⁸⁸ Cfr. D. RUBINO - G. IUDICA, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, cit., 429-430 ove gli autori precisano altresì che la valutazione circa la totale inidoneità deve essere fatta in base a criteri obiettivi; al criterio subiettivo «deve tuttavia farsi luogo quando particolari qualità, o comunque particolari requisiti della cosa, e ancor più in generale, la possibilità di uno speciale impiego o di un determinato rendimento di essa siano stati dedotti in contratto e siano divenuti contrattualmente vincolanti». In questo senso v. Cass., 15.3.2004, n. 5250, cit., (conf. Cass., 25.1.2002, n. 886, cit.) secondo cui la valutazione delle difformità o dei vizi deve avvenire «in base a criteri obiettivi, ossia considerando la destinazione che l'opera riceverebbe dalla generalità delle persone, mentre deve essere compiuta con criteri subiettivi quando la possibilità di un particolare impiego o di un determinato rendimento siano dedotti in contratto». Sull'interpretazione del presupposto di totale inidoneità v. altresì E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 120 ss. ove (142) l'A. svolge ampie considerazioni sulla configurabilità (ed i rispettivi limiti) nel contratto di appalto d'opera di una clausola risolutiva espressa.

la prestazione, una volta ultimata³⁸⁹, sia del tutto diversa, ovvero manchi di una qualità essenziale per la natura della stessa o, comunque, ritenuta e prevista dalle parti come tale³⁹⁰.

Ciò precisato, analizziamo le conseguenze restitutorie che derivano, anzitutto, dalla pronuncia di risoluzione di un contratto di appalto d'opera che ha avuto ad oggetto la realizzazione di una cosa mobile.

La dottrina afferma che alla risoluzione per inadempimento conseguono i seguenti effetti: (i) restituzione del prezzo contrattuale al committente che lo abbia eventualmente già corrisposto³⁹¹ e (ii) restituzione del bene mobile all'appaltatore, ove già consegnato³⁹². Inoltre, laddove i materiali utilizzati siano stati forniti dal committente, alla risoluzione consegue (iii) l'ulteriore obbligazione di restituire gli stessi, che andrà adempiuta, ove possibile, (a) in natura, ovvero (b) *per tantudem*, o, infine, (c) per equivalente³⁹³. Nel caso in cui non sia possibile la

³⁸⁹ Giurisprudenza e dottrina concordano nel ritenere applicabile le generali regole della risoluzione per inadempimento, anziché l'art. 1668 c.c., nel caso in cui l'opera non venga eseguita, non risulti completata o, ancora, in caso di ritardo nella consegna. Sul punto v. D. RUBINO - G. IUDICA, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 384, nonché E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 50. In giurisprudenza, cfr. da ultimo Cass., 6.4.2006, n. 8103, in *Contratti*, 2007, 45 secondo cui la comune responsabilità dell'appaltatore, ai sensi degli artt. 1453 e ss. c.c. rimane applicabile «nei casi in cui l'opera non sia stata eseguita o non sia stata completata o quando l'appaltatore ha realizzato l'opera con ritardo o, pur avendo eseguito l'opera, si rifiuti di consegnarla» (cfr. anche Cass., 9.8.1996, n. 7364, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Appalto*, n. 29; Cass., 16.10.1995, n. 10772, in *Contr.*, 1996, 126 con nota di Lamanuzzi). Laddove, dunque, l'opera risulti completata, opereranno gli articoli oggetto di analisi.

³⁹⁰ Cfr. la casistica riportata in G. MUSOLINO, *La responsabilità civile nell'appalto*, Padova, 2001, 216 ss.

³⁹¹ In questo senso v. D. RUBINO - G. IUDICA, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 435 nonché C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., 220.

³⁹² Concordano nuovamente D. RUBINO - G. IUDICA, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 435 nonché C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., 220.

³⁹³ Tutte le indicazioni sopra proposte trovano conferma in D. RUBINO - G. IUDICA, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 435 secondo i quali, laddove la restituzione non sia

restituzione in natura e, naturalmente, ove la materia impiegata sia direttamente fornita dall'appaltatore, questi diverrà (o rimarrà) proprietario dell'opera.

In ogni caso, (iv) nulla è dovuto a titolo di restituzione della prestazione di fare³⁹⁴.

Mentre le soluzioni enunciate nei punti (i), (ii) e (iii)³⁹⁵, avendo le obbligazioni restitutorie ad oggetto rispettivamente denaro, cose determinate o cose generiche restituibili in natura o *per tantundem*, e dunque tutte cose restituibili in natura, non pongono problemi di sorta, è opportuno approfondire le motivazioni che stanno alla base della regola (iv).

3. *Segue. In particolare: restituzione della prestazione di fare*

Poniamo quale punto di partenza del ragionamento quelle disposizioni del contratto di compravendita in cui vengono disciplinate ipotesi di non restituibilità in natura della *res tradita* viziata; il riferimento

possibile in natura o *per tantundem*, andrà restituito il «valore». Quest'ultima ipotesi non è presa in considerazione da C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., 220 il quale si limita, invece, a prendere in considerazione la restituzione «di altrettanti materiali della medesima natura e qualità di quelli messi in opera, oltre che di quelli avanzati». Rimane aperta la questione se il diritto a “recuperare” per equivalente (in tutto o in parte) il materiale identifichi una domanda di restituzione o di risarcimento (interpretazione per cui sembrano propendere D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 436, ma anche C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., 220) e come vada identificato il «valore equivalente».

³⁹⁴ Cfr. D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 438.

³⁹⁵ Più precisamente, come chiarito nella precedente nota 388, ci si riferisce alle soluzioni denominate (i), (ii), (iii-a) e (iii-b).

è alle fattispecie di perimento del bene anteriore o successivo all'instaurazione del giudizio cui, ex artt. 1493, c. 2, e 1492, c. 3, prima proposizione, c.c., secondo la quale il compratore non è tenuto ad effettuare alcuna restituzione³⁹⁶, nonché di alienazione e trasformazione cui, ex art. 1492, c. 3, seconda proposizione, c.c., da cui abbiamo ricavato il criterio della restituzione per equivalente al minor valore contrattuale della *res viziata*³⁹⁷.

Se è fondata la lettura già esposta, la comune *ratio* delle due norme menzionate è la seguente. La prestazione viziata che non sia restituibile in natura si converte in obbligazione restitutoria per equivalente da parametrarsi ad un'indicazione percentuale del prezzo indicato dalle parti³⁹⁸; questo valore è per definizione zero ove il bene perisca e, in tutti gli altri casi, da accertarsi rapportando tale valutazione alla gravità dell'inadempimento rispetto all'interesse del creditore.

Dagli artt. 1492 e 1493 c.c. sembra venire un'indicazione d'ordine generale, che può estendere i suoi effetti anche alle obbligazioni di fare. L'indicazione è la seguente: una prestazione di fare che si realizzi in un'attività inadatta va anch'essa restituita per equivalente al (ridotto)

³⁹⁶ Al riguardo cfr. i parr. 4 e 5 del precedente Capitolo 3.

³⁹⁷ Al riguardo cfr. i parr. 6 e 7 (ove la definizione di «valore contrattuale») del precedente Capitolo 3.

³⁹⁸ Cfr. Cass. 15.1.2007, n. 738, in *Contr.*, 2007, 738, con nota di Pianese e Nezi. Come si è osservato, peraltro, l'opportunità di utilizzare il criterio del valore contrattuale trova conferma nell'esigenza che all'alternatività dei rimedi, con ciò intendendosi il binomio risoluzione/riduzione del prezzo, non conseguano, a fronte di identici presupposti, effetti diversi.

valore contrattuale. Alla maggiore o minore gravità dell'inadempimento corrisponderà una restituzione per equivalente più o meno consistente³⁹⁹.

Due dati inducono, però, a ritenere che, nel contratto di appalto, il valore di conversione di una prestazione di fare finisca con l'equivalere a zero.

Primo: perché la risoluzione è consentita (solo) ove l'opera sia «del tutto inadatta» alla sua destinazione e, quindi, totalmente inidonea a perseguire l'interesse del creditore. La peculiarità dei presupposti dell'azione parrebbe così ripercuotersi sugli effetti che all'azione conseguono. Detto in altre parole, sembra ragionevole che la completa inidoneità⁴⁰⁰ della prestazione di fare di soddisfare l'interesse del creditore avvalori la conclusione secondo cui, in questo caso, nulla vada restituito all'appaltatore rivelatosi infedele⁴⁰¹.

³⁹⁹ Per la valutazione dell'inadempimento cfr. Cass., 10.5.2004, n. 8854, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Appalto*, n. 15, secondo cui «atteso che dalla natura del contratto di appalto - che ha per oggetto l'espletamento di un'attività da eseguire a regola d'arte con l'ausilio di regole tecniche - discende il principio secondo cui l'esecuzione dei lavori non solo deve avvenire con l'osservanza della perizia che inerisce a ciascun campo di attività, ma anche che l'opera stessa, nella progettazione ed esecuzione, deve corrispondere alla funzionalità ed utilizzabilità previste dal contratto, ne consegue che l'appaltatore ha l'obbligo di consegnare l'opera conforme a quanto pattuito ed, in ogni caso, eseguita a regola d'arte».

⁴⁰⁰ La conferma del fatto che l'appaltatore non è stato in grado di apportare alcun miglioramento nella sfera giuridica del committente è testimoniata dal fatto che lo stesso se ne vuole disfare.

⁴⁰¹ In questo senso si esprime parte della giurisprudenza v., infatti, Cass. 15.5.2002, n. 7061, in *Contr.*, 2002, 916 secondo cui «il diritto dell'appaltatore alla percezione di un qualsivoglia compenso per l'opera può essere riconosciuto solo se e nella misura in cui una parte della stessa rimanga in qualche modo utilizzabile ed utilizzata, di guisa che il committente possa trarne effettivo ed apprezzabile giovamento: esso, pertanto, non è compatibile con un inadempimento dell'appaltatore totale ed assoluto, inadempimento che, rendendo l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione, comporta un difetto funzionale della causa del contratto e legittima il committente a chiederne la risoluzione». *Contra*, v. però, la meno recente Cass., 10.3.1991, n. 2871, *ined.*, secondo cui «in caso di caso di risoluzione del contratto di appalto per inadempimento del committente, quest'ultimo, non potendo restituire l'*opus* parzialmente eseguito dall'appaltatore

Secondo: nel contratto di appalto, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto non sono rimedi alternativi⁴⁰²: e dunque, a fronte di diversi requisiti che giustificano l'esperimento delle diverse azioni, è ragionevole attendersi effetti diversi.

In conclusione, se l'opera consegnata presenta vizi o difetti che non siano tali da renderla del tutto inadatta, il committente, salvo richiedere ed ottenere l'adempimento, può agire esclusivamente attraverso l'*actio quanti minoris* così ottenendo una pronuncia in cui venga quantificato il minor valore della prestazione da identificarsi attraverso il riferimento ad una percentuale del prezzo contrattuale⁴⁰³.

Laddove, invece, l'opera appaltata presenti vizi o difetti tali da renderla del tutto inadatta, l'art. 1668, c. 2, c.c. sembra, circa gli effetti, implicitamente prevedere che alla particolare gravità dell'inadempimento consegua la non restituzione della prestazione di fare.

adempiente, è obbligato per l'esigenza di reintegrare la situazione patrimoniale dell'altro contraente, a corrispondergli il valore venale dell'*opus* predetto con riferimento al momento della pronuncia di risoluzione, nella quale l'obbligo trova la sua fonte, e non con riferimento ai prezzi contrattuali delle opere eseguite».

⁴⁰² Come conferma, tra gli altri, C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., 210, 218.

⁴⁰³ In dottrina D. RUBINO - G. IUDICA, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 412 affermano che «per quanto poi riguarda la cifra da ridurre, il fatto stesso che la legge parli di riduzione "del prezzo" mostra chiaramente che la riduzione va praticata sul prezzo (o valore contrattuale) della cosa, e non sul valore corrente obiettivo della cosa (cosiddetto valore di mercato)». In giurisprudenza, da ultimo, Cass., 23.3.2006, n. 6565, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Appalto*, n. 66, afferma che «in tema di appalto, nel caso di giustificato esperimento dell'azione *quanti minoris* da parte del committente - e salvo il ricorso al criterio di liquidazione equitativa, in quanto applicabile - il corrispettivo pattuito deve essere ridotto di una percentuale eguale a quella che esprime la differenza - esistente al momento della accettazione dell'opera appaltata - tra il valore ed il rendimento obiettivo di tale opera come dedotta in contratto ed il valore ed il rendimento obiettivo dell'opera come eseguita, cioè in quanto affetta dai vizi e dalle difformità che giustificano l'accoglimento della domanda».

Se, dunque, in linea generale, il disposto degli artt. 1492, c. 3, prima e seconda proposizione, e 1493, c. 2, c.c., pare fornire degli spunti utilizzabili per ricostruire il contenuto di un'obbligazione restitutoria avente ad oggetto una prestazione non restituibile in natura, suggerendo che tale restituzione debba avvenire per equivalente ad una percentuale del prezzo contrattuale, il peculiare ambito di applicazione dell'art. 1668 c.c. sembra, a nostro avviso, suggerire che la prestazione di fare che abbia dato luogo ad un'opera del tutto inadatta non vada restituita.

4. *Segue. Infine: costruzione, restituzione e demolizione di un bene immobile*

L'appalto può avere (anzi, ha sovente) ad oggetto la costruzione di un bene immobile⁴⁰⁴; sebbene, come vedremo, l'indagine concernente gli effetti restitutori conseguenti a risoluzione porti in linea di massima a confermare le regole che abbiamo analizzato nei due precedenti paragrafi relativamente ai beni mobili, è opportuno indagare autonomamente le sorti della prestazione di costruzione oltre che quella dello stesso immobile che risulti del tutto inadatto.

A questo proposito, secondo l'interpretazione maggioritaria stride con l'effetto di rimozione della situazione di fatto e di diritto generata dal

⁴⁰⁴ D. RUBINO - G. IUDICA, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 436 sottolineano che si può avere un'applicazione dell'art. 1668 c.c. relativamente a beni immobili ove destinati per natura a non lunga durata, quando si tratti di vizi palesi o, ancora, in quanto non siano ancora decorsi i termini previsti dall'art. 1667, cc. 2 e 3, c.c.

contratto risolto⁴⁰⁵ l'ipotesi che il committente possa agire in risoluzione e, al tempo stesso, decidere di conservare l'immobile inadatto alla destinazione convenuta al fine di utilizzarlo per un uso diverso⁴⁰⁶.

Se l'opera viene mantenuta, e dunque diviene di proprietà del committente per accessione, siamo al di fuori del rimedio risolutorio. In questo caso non ci troviamo più di fronte ad una domanda di scioglimento del contratto e tanto meno può trovare applicazione, con riguardo alle restituzioni, la disposizione dell'art. 936 c.c.⁴⁰⁷

Ancorché sulla base di una scelta o di un comportamento successivo, il committente ritiene che l'opera possa in qualche modo soddisfare le proprie (diverse o mutate) esigenze; la mancanza (o meglio, il venir meno) del requisito della totale indoneità, come ha avuto modo di osservare la dottrina, induce a qualificare la domanda proposta dal committente che voglia mantenere la proprietà dell'opera quale *actio quanti minoris* che avrà come effetto una (pur forte) riduzione del

⁴⁰⁵ Su cui meglio *supra* Capitolo 1.

⁴⁰⁶ Cfr. D. RUBINO - G. IUDICA, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 437 nonché E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 38 ss.

Potrebbe essere il caso dell'appalto per la costruzione di un immobile destinato a civile abitazione cui segua la decisione del committente di mantenere lo stesso onde adibirlo a ricovero per animali.

⁴⁰⁷ Secondo cui il proprietario dovrebbe pagare, a sua scelta, il valore dei materiali ed il prezzo della mano d'opera, oppure l'aumento del valore arrecato al fondo. Nega applicabilità all'art. 936 c.c. anche C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., 292 ove l'A. sottolinea l'impossibilità di considerare terzo il committente nonché, in giurisprudenza, Cass., 28.9.1984, n. 4820, in *Foro it.*, 1985, I, 816.

corrispettivo⁴⁰⁸. Detto altrimenti, la risoluzione passa necessariamente attraverso la demolizione dell'opera⁴⁰⁹.

Osservato che questa tesi patisce quale punto di debolezza la trasposizione della demolizione da decisione contingente, eventualmente successiva, a presupposto della risoluzione, tra le conseguenze restitutorie che derivano dalla pronuncia di risoluzione di un contratto di appalto d'opera avente ad oggetto la costruzione di un immobile vi è, anzitutto, (i) la restituzione del corrispettivo eventualmente già corrisposto.

Ove il committente abbia fornito tutti o parte dei materiali, alla risoluzione consegue (ii) l'obbligazione di restituire gli stessi che, come abbiamo già osservato nel precedente paragrafo, andrà adempiuta, ove possibile, (a) in natura, ovvero (b) *per tantundem*, o, infine, (c) per equivalente; se i materiali sono, invece, stati forniti dall'appaltatore, questi avrà diritto alla restituzione di ciò che si ricava dalla demolizione⁴¹⁰.

Per le ragioni già illustrate, si ritiene che nulla sarà dovuto a titolo di (iii) restituzione della prestazione di fare poiché questa è stata a tal punto inidonea da dare luogo al rimedio della risoluzione e, risultando del tutto inutile, se non dannosa, ha un valore pari a zero⁴¹¹.

⁴⁰⁸ In questo caso, secondo D. RUBINO - G. IUDICA, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 437, l'opera andrà pagata «in base al prezzo contrattuale, ridotto in proporzione del minor valore causato dai vizi o dalle difformità».

⁴⁰⁹ Si ritiene che l'obbligazione dell'appaltatore di demolire l'opera debba essere qualificata quale risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c. È evidente che un profilo di estremo interesse concerne l'eventuale inadempimento dell'appaltatore all'obbligazione di rimessione in pristino.

⁴¹⁰ Cfr. D. RUBINO - G. IUDICA, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 436 nonché C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., 220.

⁴¹¹ Si veda D. RUBINO - G. IUDICA, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 436.

Non può escludersi che la risoluzione avvenga, infine, su domanda dell'appaltatore che non sia stato pagato⁴¹². In questo caso, si ritiene che non potendo il committente restituire l'opus parzialmente o completamente eseguito dall'appaltatore adempiente, il primo dovrà versare al secondo una somma di denaro, a titolo di restituzione, che andrà computata avendo quale punto di riferimento il corrispettivo contrattuale⁴¹³.

5. Appalto di servizi, contratto d'opera e contratto del professionista intellettuale

Le regole sopra identificate pare possano applicarsi all'appalto di servizi⁴¹⁴ e anche ad altri tipi contrattuali⁴¹⁵; più precisamente, al contratto d'opera⁴¹⁶, in forza del richiamo che l'art. 2226, c. 3, c.c. effettua a favore

⁴¹² Cfr. Cass. 24.5.2007, n. 12162, *ined.* che, tuttavia, propone di utilizzare il diverso criterio del «valore venale dell'opera ai prezzi di mercato» e, per giunta, liquida la somma corrispondente a titolo di risarcimento, e non di restituzione.

⁴¹³ Si propone, in altri termini, di utilizzare i due criteri del «prezzo contrattuale» e del «valore contrattuale» meglio descritti nei par. da 6 a 8 del Capitolo 3.

⁴¹⁴ Così D. RUBINO - G. IUDICA, *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, cit., 386, 437-438; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., 202; *Contra* E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 236 il quale sottolinea la maggiore o minore compatibilità delle disposizioni in esame a seconda che il contratto abbia per oggetto obbligazioni di mezzi o di risultato (in partic. 224 ss.). L'A. peraltro precisa (238) che, laddove non possa trovare applicazione l'art. 1668, c. 2, c.c., la vicenda risolutoria risulterà regolata dalle norme generali dettate in materia di inadempimento.

⁴¹⁵ Secondo LUMINOSO, in A. LUMINOSO - U. CARNEVALI - M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1454 c.c., cit., 147 la disposizione dell'art. 1668, c. 2, c.c. sarebbe applicabile, «quanto meno per analogia, ai contratti innominati dai quali discenda a carico di una delle parti l'obbligazione di compiere un'opera o un servizio».

⁴¹⁶ Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L.

dell'art. 1668, c. 2, c.c., nonché al contratto del professionista intellettuale, nel limite in cui si ritenga positivamente superato il giudizio di compatibilità previsto dall'art. 2230 c.c.⁴¹⁷

D'altronde dottrina e giurisprudenza, pur non esplicitandone le ragioni, propongono soluzioni generalmente in linea con la proposta che abbiamo formulato⁴¹⁸. Pare dunque prendere forza la tesi per cui, laddove il *facere* dedotto in contratto dia luogo ad una prestazione difettosa, committente e cliente potranno agire in *quantum minoris*⁴¹⁹; nel caso in cui, invece, questa si riveli del tutto inadatta, il contraente fedele potrà chiedere la risoluzione del contratto⁴²⁰, cui seguirà l'applicazione della regola della restituzione per equivalente al valore contrattuale⁴²¹, e, presumibilmente, nessuna restituzione⁴²², essendo pari a zero il valore di

Mengoni, XXVII, 1, Milano, 1996, 284 ss; G. GIACOBBE - D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera. Artt. 2222-2228*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, 165 ss.; L. RIVA SANSEVERINO, in G. FERRI - L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro, Art. 2188-2246*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1972, 178 ss.

⁴¹⁷ G. GIACOBBE - D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera. Artt. 2222-2228*, cit., 174 risolvono positivamente l'indagine, salvo segnalare un problema di compatibilità nei casi in cui trovi applicazione l'art. 2236 c.c. *Contra*, v. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., 290 ss., in partic. 314.

⁴¹⁸ Cfr. le successive note 421, 422 e 424.

⁴¹⁹ Cfr. A. Cagliari, 10.4.1989, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 644, con nota di Murino, secondo cui «qualora l'opera del professionista intellettuale sia difettosa, il cliente può domandare la proporzionale riduzione del prezzo a norma dell'art. 2226, c. 3, c. c., in relazione al collegato disposto degli art. 2230 e 1668».

⁴²⁰ Per l'ammissibilità e i limiti della clausola risolutiva espressa nei contratti di appalto di servizio v. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 242.

⁴²¹ La soluzione trova conferma in A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., 290 secondo cui, nel caso in cui sia proposta ed accolta una domanda di risoluzione, «poiché l'opus difficilmente rappresenterà una qualche utilità per il committente, il prestatore d'opera non avrà diritto all'equivalente della prestazione inesatta eseguita».

⁴²² Con riferimento al contratto d'opera la soluzione proposta trova (implicita) conferma anche in L. RIVA SANSEVERINO, in G. FERRI - L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro*,

una prestazione di fare a tal punto viziata o difettosa⁴²³ da dare luogo a risoluzione del contratto⁴²⁴.

6. Idee per una ricostruzione

L'analisi svolta nei precedenti capitoli sembra offrire buoni riscontri alla nostra ipotesi di partenza⁴²⁵.

*Art. 2188–2246, cit., 185 ove l'A. indica i seguenti effetti della risoluzione: «il prestatore acquista definitivamente la proprietà della cosa, che pertanto gli va restituita se già consegnata al committente; il committente è liberato dall'obbligo di pagare il corrispettivo, e ha diritto alla restituzione del materiale eventualmente fornito». Con riferimento al contratto del professionista intellettuale giungono ad identificare in zero il valore della prestazione erroneamente resa da un medico D. MAFFEIS, *Responsabilità medica e restituzione del compenso: precisazioni in tema di restituzioni contrattuali*, cit., 1132 (ancorché attraverso un calcolo che prende in esame il valore di mercato) nonché A.M. BENEDETTI, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, cit., 525 ss (che utilizza il diverso criterio dell'utilità della prestazione argomentando per analogia ex art. 1672 c.c.).*

⁴²³ Per una attenta ricostruzione del rapporto tra diligenza ed inadempimento si rinvia a G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2006, 263 ss.

⁴²⁴ Per una fattispecie in cui il professionista ha integralmente restituito il corrispettivo versato v. da ultimo App. Genova, 20.10.2006, n. 1048, *ined.* (sentenza che, qualificata come restitutoria l'obbligazione a carico del professionista avente ad oggetto la refusione del corrispettivo versato dal cliente, ha negato che tale somma potesse essere dal primo domandata alla propria compagnia di assicurazione, esorbitando la restituzione dal concetto di responsabilità professionale individuato nelle previsioni negoziali *inter partes*).

⁴²⁵ La presente indagine non si occupa, come annunciato nelle prime pagine, di analizzare le restituzioni conseguenti all'operare di rimedi che reagiscono a difetti originari del contratto come atto, né ad altre cause generali di risoluzione diverse da quella per inadempimento. Rispetto alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, oggetto di analisi nel secondo Capitolo per il rinvio che l'art. 1463 c.c. effettua alle norme sull'indebito, si osserva che una ben più compiuta disamina che valorizzi disposizioni che, come gli art. 1672 e 2228 c.c., pongono a fondamento della restituzione di una prestazione di fare il criterio dell'utilità, potrebbe, da una parte, condurre ad un'interpretazione abrogante del riferimento alla *condictio* e, dall'altra, gettare le basi per un diritto delle restituzioni avente un ambito di applicazione ben più ampio della sola fattispecie di cui all'art. 1453 c.c.

L'art. 1458 c.c., laddove si limita a disporre che allo scioglimento consegue «l'effetto retroattivo tra le parti», è una fortemente elastica in quanto, a fronte della complessità⁴²⁶ delle possibili conseguenze restitutorie, anziché utilizzare un approccio atomistico che individui con riferimento ad ogni prestazione gli effetti caratteristici, indica il risultato da raggiungere: impedire che allo scioglimento del contratto conseguano ingiustificati vantaggi a favore di una delle parti⁴²⁷.

Per meglio decifrare il senso della formula di retroattività della risoluzione è necessario, valorizzando il rapporto tra parte generale del contratto e disciplina del tipo⁴²⁸, leggere l'art. 1458 c.c. con una lente ricavabile dagli art. 1492 e 1493 c.c.⁴²⁹; queste ultime disposizioni, una volta poste quali chiavi di volta tra regola generale e sue singole applicazioni, permettono all'interprete di completare e adattare il contenuto dell'art. 1458 c.c. che, così integrato, diviene indipendente⁴³⁰.

⁴²⁶ Cfr. A. FALZEA, voce *Complessità giuridica*, cit., 212.

⁴²⁷ In questo senso A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 351-352.

⁴²⁸ Su tutti, G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 54.

⁴²⁹ Nel diritto francese, T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, 664 ss., in una più ampia considerazione sull'autonomia delle restituzioni da risoluzione, sottolinea (668) il regime particolare di quelle conseguenti alla messa in opera delle garanzie per vizi ed evizione.

⁴³⁰ Indipendente, si intende, dal regime della ripetizione dell'indebito. La lettura onnicomprensiva della *condictio* proposta da E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1981, 89 e 119 da ultimo ribadita, con riferimento alle restituzioni da caducazione contrattuale, in ID., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit., 450 ss. nonché in ID., *Verso il recupero dei «quasi contratti»? (Le obbligazioni restitutorie dal contratto ai «quasi contratti»)*, in *Valore della persona e giustizia contrattuale. Scritti in onore di Adriano De Cupis*, Milano, 2005, 192 sembra dunque fortemente indebolita. Peraltro la stessa risultava già temperata dall'esistenza di ipotesi di restituzioni non ex art. 2033 c.c. A questo proposito si pensi, anzitutto, alla ripetizione di somme pagate in esecuzione di una sentenza di primo grado provvisoriamente esecutiva, successivamente riformata in appello; come ha confermato Cass. 24.3.2006, n. 6679, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Cassazione civile*, n. 170 (recentemente seguita da Cass., 13.4.2007, n. 8829, in *Guida al dir.*, 2007, XXII,

Questi i risultati. Dal combinato disposto degli artt. 1458 e 1493 si ricavano un primo gruppo di regole restitutorie:

(i) ogni qual volta un contraente abbia corrisposto una *somma di denaro* alla risoluzione consegue la restituzione dello stesso quantitativo di denaro⁴³¹;

(ii) laddove un contraente abbia consegnato una *cosa generica* l'effetto della risoluzione è di obbligare alla restituzione per *tantundem eiusdem generis*;

(iii) nel caso in cui, infine, un contraente abbia consegnato una *cosa determinata*, l'effetto obbligatorio consiste nella restituzione di quella medesima *res*⁴³².

Un'altra regola restitutoria l'abbiamo ricavata dal combinato disposto degli artt. 1453, 1458 e 1492 c.c.:

40) tale azione «non si inquadra nell'istituto della *condictio indebiti* ex art. 2033 c.c. sia perché si ricollega ad un'esigenza di restaurazione della situazione patrimoniale precedente alla sentenza, sia perché il comportamento dell'*accipiens* non si presta a valutazione di buona o mala fede ai sensi di detta norma, non potendo venire in rilievo stati soggettivi rispetto a prestazioni eseguite e ricevute nella comune consapevolezza della rescindibilità del titolo e della provvisorietà dei suoi effetti». In secondo luogo, si ritiene che, proprio in ambito contrattuale, siano rinvenibili ipotesi di restituzioni non ex art. 2033 c.c. Si pensi alla restituzione di una somma di denaro o di una quantità di cose fungibili consegnate da una parte all'altra a titolo di caparra confirmatoria ex art. 1385 c.c. o, ancora, nella disciplina dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali ed in quelli a distanza (artt. 45 e ss. c. cons.), alle obbligazioni restitutorie conseguenti all'esercizio del diritto di recesso tipizzate dall'art. 67 c. cons.

⁴³¹ Valorizza l'art. 1493, c. 1, c.c. quale disposizione su cui ricostruire una regola generale per tutte le ipotesi di restituzione di una prestazione di denaro corrisposta in forza di un contratto poi risolto, C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2004, 484.

⁴³² Valorizza l'art. 1493, c. 2, c.c. quale disposizione su cui ricostruire una regola generale per tutte le ipotesi di restituzione di una cosa determinata corrisposta in forza di un contratto poi risolto, C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., 484.

(iv) ove la *cosa determinata non sia restituibile in natura* perché perita, alienata o trasformata, la stessa andrà restituita per equivalente al «valore contrattuale»⁴³³, ove viziata, o al «prezzo contrattuale»⁴³⁴, ove non viziata.

Il valore paradigmatico che il contratto di compravendita assume nel panorama codicistico fa ritenere che quelle indicate siano regole-base utilizzabili, salvo adattamento, per altri tipi contrattuali. La *ratio* sottesa alla direttiva (iv) induce, peraltro, per le motivazioni già esposte, a ritenere che il criterio della restituzione per equivalente al valore o al prezzo contrattuale possa fondare l'ulteriore regola secondo cui:

(v) la restituzione delle *prestazioni di fare e non fare* vada anch'essa genericamente adempiuta per equivalente al valore contrattuale (se a favore del contraente inadempiente) o al prezzo contrattuale (ove a favore della parte fedele)⁴³⁵.

In conclusione, queste cinque regole rappresentano un preliminare modello restitutorio con cui l'interprete deve confrontarsi quando vuole identificare gli effetti restitutori conseguenti alla risoluzione per inadempimento di un contratto. Non può escludersi che in queste, o meglio, nelle singole disposizioni da cui esse originano, possano persino

⁴³³ Cfr. i parr. 6 e 7 del precedente Capitolo 3.

⁴³⁴ Cfr. il par. 8 del precedente Capitolo 3.

⁴³⁵ C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., 485 indica, invece, nell'art. 1672 c.c. la disposizione su cui ricostruire la disciplina. Al riguardo v. la precedente nota 425. Cfr. anche P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996, 199 ove l'A. afferma che le prestazioni di fare debbano essere restituite imponendo «la devoluzione del corrispettivo fissato nel contratto» o «la devoluzione di un giusto corrispettivo».

intravedersi le basi di un più generale principio restitutorio⁴³⁶, operante nei casi di risoluzione per inadempimento, che pare essere il seguente: risolto un contratto le restituzioni vanno effettuate in forma specifica⁴³⁷; ove ciò non sia materialmente possibile, le stesse vanno effettuate per equivalente ponendo a base del giudizio di conversione della prestazione non restituibile il corrispettivo contrattuale⁴³⁸; a seconda che la prestazione eseguita e non restituibile in natura corrisponda in modo completo o parziale all'oggetto dell'obbligazione dedotta nel contratto, il riferimento al corrispettivo contrattuale si dipanerà nell'applicazione dei criteri che abbiamo denominato del «prezzo contrattuale» e del «valore contrattuale».

Ciò precisato, non dobbiamo omettere di riproporre (non più come ipotesi di lavoro) un'ulteriore direttiva interpretativa: dall'enunciato di retroattività scaturiscono regole generali che non vanno applicate meccanicamente ma calate nel singolo tipo contrattuale, confrontate con gli interessi delle parti, ed adeguate alla particolarità della fattispecie; in altre parole, le restituzioni sono da porre in relazione con la singola composizione dell'operazione economica risultante dalla convenzione.

⁴³⁶ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., 668 ritiene che le restituzioni conseguenti a risoluzione sono governate da una sola regola: «un principe de restitution intégrale qui signifie simplement et uniquement que l'acte de restitution doit être de la même nature et de la même mesure que l'acte d'exécution, autant que faire se peut».

⁴³⁷ Medesima regola in T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., 673 per quelle che gli autori francesi chiamano «*restitution parfaite*» (in natura).

⁴³⁸ *Contra* T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., 677-678, secondo cui la restituzione per equivalente deve condurre ad un risultato il più prossimo possibile a quello che si otterrebbe con una restituzione in natura. A base del calcolo l'A. propone di utilizzare «*la valeur effective*», il prezzo di mercato, dunque.

Solo così il giudice potrà plasmare e modellare obbligazioni restitutorie che diano piena ed effettiva applicazione a quella duttile regola.

Anche questa ipotesi sembra aver ricevuto conferma: una prestazione di fare, sulla base della regola (v), dovrebbe essere restituita al contraente inadempiente per equivalente al valore contrattuale; ebbene, ove però tale prestazione, collocata in un contratto di appalto, realizzi un'opera del tutto inadatta, il criterio va adattato e la restituzione ex art. 1668, c. 2, c.c. esclusa, essendo pari a zero tale valore⁴³⁹.

Quest'ultimo spunto consente una precisazione: la mancanza di valore dipende dal fatto che la valutazione avviene con specifico riferimento al contratto (pur risolto), all'opera voluta dal committente, alle prestazioni che di quel contratto costituiscono l'oggetto e ai comportamenti che hanno costituito l'esecuzione. Non interessa sapere se, in generale, ed eventualmente slegata dal contesto, l'attività prestata dall'appaltatore abbia un qualche valore di mercato; interessa, invece, valutare se quel *facere*, collocato in quella particolare operazione economica, ha prodotto un valore effettivo per quel committente, ovvero, più precisamente, se ha realizzato, e in che misura, l'interesse dedotto nel contratto⁴⁴⁰.

⁴³⁹ V. il precedente par. 3.

⁴⁴⁰ B. SCHMIDLIN, *La caducità del contratto e le azioni di restituzione: il contratto risolto: caduco o sopravvivate?*, cit., 165 a (critico) commento dell'interpretazione maggioritaria si interroga se il senso dello strumento risolutorio sia quello di fare finta che il contratto non sia mai esistito («come per magia, il contratto svanisce e le parti del contratto si trovano faccia a faccia ad una situazione extracontrattuale. A questo punto non possono fare nient'altro che raccogliere i pezzi delle prestazioni lì e là già eseguite per mezzo della *condictio* o della rivendica. È questo il senso della risoluzione del contratto?»). La soluzione offerta dall'A. (166) è la seguente: «nel nostro caso questa finzione sfigura la realtà, la realtà di un passato che non si può cancellare e che contiene un contratto

Emblematica conferma del fatto che le restituzioni devono rapportarsi al contratto e agli interessi concreti delle parti la si trova nella disposizione prevista dall'art. 1493 c. 2, c.c. secondo cui, nel caso di perimento per vizi della cosa compravenduta, si verifica un effetto restitutorio *ex uno latere*⁴⁴¹: anche qui, a nostro avviso, la regola secondo cui nulla deve essere restituito trova la propria *ratio* (non nella buona o mala fede dell'*accipiens*, come - invece - nell'istituto della *condictio*, ma) nell'assoluto difetto di corrispondenza tra prestazione eseguita e prestazione contrattualmente dedotta⁴⁴².

Il punto sarà approfondito oltre, ma appare sempre più chiaro che gli effetti restitutori che conseguono alla risoluzione di un contratto non possono essere considerati e trattati alla stregua di prestazioni isolate, dovendosi, invece, identificare con vere e proprie obbligazioni contrattuali che nascono dallo scioglimento del vincolo contrattuale⁴⁴³; le direttive che governano le restituzioni devono conformarsi alla natura del rapporto e

validamente concluso, e la realtà del presente nella quale i contraenti devono equilibrare lucro e danno e liberarsi di ogni obbligo ulteriore. Questo contiene tutto un programma che non si può sviluppare in un vuoto giuridico nel quale la finzione della retroattività lascia cadere le parti contrattanti».

⁴⁴¹ Cfr. il par. 4 del precedente Capitolo 3.

⁴⁴² Concorda sul «significato contrattuale» che il legislatore ha attribuito al fatto che il bene compravenduto presenti vizi C. TERRANOVA, *La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta*, cit., 1136.

⁴⁴³ In questo senso si muove, come abbiamo visto, anche la più recente dottrina francese (T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., 662) secondo cui le restituzioni da risoluzione hanno fondamento nella stesse regole risolutorie e che danno luogo ad un regime *sui generis* rispetto a quello della ripetizione dell'indebito.

Cfr. altresì C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilités*, Paris, 1992, 368, nonché *Cour de Cassation*, 24 mai 2006, n. 05-11.938, in <http://www.courdecassation.fr/> secondo cui le restituzioni conseguenti a caducazione del contratto non rientrano nell'ambito di applicazione della ripetizione dell'indebito ma hanno regole derivanti dalla stessa risoluzione.

quindi alla dimensione e al regime del contratto. L'esistenza di regole il cui fondamento trova giustificazione nella persistente valorizzazione del rapporto depone, dunque, per la contrattualizzazione delle obbligazioni restitutorie⁴⁴⁴.

7. Alcuni significativi riscontri: risoluzione e restituzioni nel "diritto privato europeo" ...

Le soluzioni proposte nei *Principles of European Contract Law*⁴⁴⁵ nonché nei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali⁴⁴⁶ sembrano fornire significativi riscontri all'elaborazione proposta⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Così, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 352 ma già Id., *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173 - 1176, cit., 247.

⁴⁴⁵ I Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione di Diritto Europeo dei Contratti presieduta da Ole Lando già pubblicati in C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001 (1^a ed.) e 2004 (2^a ed.) sono consultabili all'indirizzo http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/

⁴⁴⁶ I Principi dei contratti commerciali internazionali elaborati dall'Istituto Unidroit sono pubblicati in M.J. BONELL, *Un codice internazionale del diritto dei contratti. I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 2006 e consultabili all'indirizzo <http://www.unidroit.org/italian/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>

⁴⁴⁷ Sulla rilevanza di queste elaborazioni sia come modello di sviluppo di un diritto internazionale dei contratti, che come fonte di ispirazione per il diritto interno dei singoli stati v., da ultimo, M.J. BONELL, *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, in *Europa e dir. privato*, 2007, 599 ss. Conferma, ad esempio, lo stretto rapporto tra PECL ed il recente *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (su cui, *infra*, par. 9) J. BEAUCHARD, *Le projet de réforme du Code civil française*, in *Europa e dir. privato*, 2006, 907. Per un caso esemplare di utilizzo dei Principi Unidroit come strumento di interpretazione e integrazione delle regole nazionali v. M.J. BONELL, *I Principi Unidroit quale fonte di ispirazione per le corti inglesi?*, in *Europa e dir. privato*, 2006, 1319 ss.

Il sistema a prima vista più interessante, in quanto maggiormente analitico, è quello dei PECL che dedicano alla risoluzione del contratto gli artt. da 9:301 a 9:309.

Con particolare riferimento agli effetti restitutori, l'art. 9:307, prevedendo che «con la risoluzione del contratto le parti possono ripetere le somme pagate per le prestazioni che non hanno ricevute o che hanno correttamente rifiutate», conferma la prima regola individuata: vanno restituite le somme di denaro ricevute in base al contratto.

Quando un contraente ha consegnato cose diverse dal denaro senza ricevere la controprestazione, trova applicazione l'art. 9:308 secondo cui «con la risoluzione del contratto la parte che ha prestato cose che possono essere restituite e per le quali non abbia ricevuto corrispettivo o altra controprestazione può ottenerne la restituzione». Questa formula sembra contenere le due più specifiche direttive che abbiamo sopra ricostruito: (ii) restituzione della cosa generica *per tantundem* e (iii) restituzione della cosa determinata in natura.

Ove la prestazione non possa essere restituita, interviene, infine, l'art. 9:309: «con la risoluzione del contratto, la parte che ha eseguito una prestazione che non può essere restituita e per la quale non ha ricevuto corrispettivo o altra controprestazione può domandare una somma congrua in relazione al valore che la prestazione ha per l'altra parte».

La disposizione va valorizzata distinguendo le restituzioni a favore della parte fedele e di quella inadempiente⁴⁴⁸. Ove la prestazione non

⁴⁴⁸ Allo stesso modo C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., 480 negli esempi 1 e 2 che accompagnano il commento all'art. 9:309.

restituibile sia stata correttamente ed integralmente eseguita il «valore» della stessa è sicuramente il «prezzo contrattuale»⁴⁴⁹ posto che è nel riferimento al contratto che la parte obbligata alla restituzione identifica il valore che per lei ha quella prestazione; allorché, invece, la prestazione non restituibile risulti quella del contraente inadempiente non si potrà utilizzare il criterio del prezzo contrattuale e ci si dovrà necessariamente affidare al «valore contrattuale»⁴⁵⁰.

In altre parole, piena conferma alle regole (iv) e (v), ma anche un'indicazione ulteriore: con riferimento alla restituzione a favore del contraente fedele abbiamo, per semplicità, sempre ipotizzato che la prestazione venga integralmente adempiuta. La formula di questo articolo induce ad affermare che ove l'esecuzione, per motivi meramente cronologici, risulti ancora *in itinere*, anche la restituzione a favore del contraente fedele dovrà essere disposta sulla base del criterio del valore contrattuale; non può, peraltro, escludersi che l'applicazione di questa regola porti, in taluni casi, l'interprete ad affermare che la parte di

⁴⁴⁹ Cfr. C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., 480. Nell'esempio 2 ivi riportato, che si distingue dall'ipotesi del testo in quanto il contraente fedele ha solo parzialmente completato l'*opus*, l'ammontare della restituzione è collegata al «corrispettivo» contrattuale. Sul criterio del «prezzo contrattuale», si rinvia a quanto già osservato nel par. 8 del Capitolo 3.

⁴⁵⁰ Nuovamente C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., 480. Nell'esempio 1 ivi riportato, la restituzione a favore del contraente inadempiente è, infatti identificata in una «somma adeguata all'opera eseguita». L'Autore, peraltro, precisa che tale somma dovrà essere parzialmente compensata con quella eventualmente dovuta alla parte fedele a titolo di risarcimento del danno. Sul criterio del «valore contrattuale» si rinvia a quanto già osservato nei parr. 6 e 7 del Capitolo 3.

prestazione effettuata non realizzi neppure in minima parte l'interesse del contraente inadempiente⁴⁵¹.

Riassuntivamente, pur in mancanza di esplicite indicazioni al corrispettivo, non pare azzardato ritenere che il sistema delle restituzioni conseguenti a risoluzione del contratto previsto dai PECL identifichi regole restitutorie compatibili, se non coincidenti, con quelle proposte.

Non meno rilevanti sono gli spunti offerti dai Principi Unidroit nell'unico articolo che si occupa di restituzioni (art. 7.3.6.) secondo cui «risolto il contratto, ciascuna delle parti può pretendere la restituzione di tutto ciò che essa abbia fornito, a condizione che a sua volta contestualmente restituisca tutto ciò che ha ricevuto. Se non è possibile o appropriata la restituzione in natura, la restituzione deve essere fatta per equivalente in denaro, sempre che ciò sia ragionevole»⁴⁵².

⁴⁵¹ Facendo dunque coincidere con zero la restituzione, come nell'esempio 3 riportato da C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., 480-481.

⁴⁵² La soluzione non risulta eccessivamente dissimile da quella contenuta nella proposta dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei del *Codice Europeo dei Contratti. Progetto Preliminare* (meglio noto come codice Gandolfi), pubblicato in *Europa e dir. privato*, 2002, 275 ss e consultabile all'indirizzo www.accademiagiurprivatistieuropei.it. Il riferimento è, più precisamente, all'art. 160, c. 3, dedicato alle restituzioni (da caducazione del contratto, in genere): «la restituzione deve effettuarsi di regola in forma specifica a meno che ciò sia materialmente o giuridicamente impossibile o eccessivamente oneroso per chi deve procedervi, tenuto conto dell'interesse della controparte, oppure se non sia conveniente per quest'ultima dato lo stato di conservazione della cosa da restituire. Verificandosi queste ultime e simili situazioni, la restituzione deve essere effettuata mediante il versamento alla controparte di una somma di denaro ragionevolmente equivalente, la quale, in mancanza di accordo fra le parti, è determinata nel suo ammontare dal giudice quale debito di valore, salva la possibilità di procedere ad un equo calcolo compensativo delle restituzioni reciprocamente dovute alle parti». La debolezza di questa proposta, debolezza che si ravvisa anche nei PECL e nei Principi Unidroit, è la mancanza di riferimenti a cui il «valore» della prestazione non restituibile va ancorato. Più precisamente, non è dato capire se il riferimento sia il valore di mercato, il prezzo contrattuale, l'interesse dedotto in contratto (che abbiamo chiamato valore contrattuale) o una combinazione di questi criteri. In questo senso v. anche E. BARGELLI,

Più che il riferimento alla sinallagmaticità delle restituzioni⁴⁵³, più che l'evidente possibilità di ricavare dall'articolo enunciato conferma al sistema di regole proposto, interessa valorizzare il riferimento al giudizio di «ragionevolezza»⁴⁵⁴.

La ragionevolezza è regola⁴⁵⁵ recentemente definita nella versione del 2004 dei PECL⁴⁵⁶ attraverso una formula che, pur in parte viziata da tautologia, risulta di estremo interesse: «è da ritenersi ragionevole ciò che chiunque in buona fede e nella stessa situazione delle parti dovrebbe considerare ragionevole. Nella valutazione di ragionevolezza si dovrà tenere conto, in particolare, della natura e dell'oggetto del contratto, delle circostanze del caso e degli usi e pratiche dei traffici o delle professioni coinvolte».

Il riferimento alla ragionevolezza⁴⁵⁷ che, secondo alcuni, è nel nostro codice ricavabile dalla clausola di buona fede⁴⁵⁸ o dall'equità⁴⁵⁹,

«Sinallagma rovesciato» e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 100.

⁴⁵³ Cfr. al riguardo anche l'art. 160, c. 1, *Codice Europeo dei Contratti. Progetto Preliminare*, cit.

⁴⁵⁴ Medesimo riferimento è contenuto nel *Codice Europeo dei Contratti. Progetto Preliminare*, ove l'art. 160, c. 3, dispone che, ove la restituzione non possa essere effettuata in natura, la stessa va convertita in una somma di denaro «ragionevolmente» equivalente. Il canone di ragionevolezza può essere identificato anche nei PECL, laddove l'art. 9:309 pone il canone della «congruità» della somma da restituire per equivalente.

⁴⁵⁵ Per il dibattito sulla qualificazione giuridica della ragionevolezza (clausola generale o principio) cfr. da ultimo A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007, 157 ss.

⁴⁵⁶ Si riporta la definizione di ragionevolezza contenuta nei PECL in quanto questa è mancante sia nei Principi *Unidroit* sia nel *Codice Europeo dei Contratti. Progetto Preliminare*, ove peraltro i redattori ne effettuano un ampio utilizzo.

⁴⁵⁷ Il ragionamento pare possa estendersi, come detto, al criterio di «congruità» previsto dai PECL.

⁴⁵⁸ Sul punto cfr. l'analisi di A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, cit., 157 ss. Per un'analisi della clausola di buona fede nelle codificazioni di *soft law* v. And.

secondo altri principio immanente al sistema⁴⁶⁰, esplicita e conferma l'ulteriore criterio che avevamo indicato: identificate delle regole-tipo restitutorie, queste non debbono essere applicate meccanicamente ma adattate al caso di specie, di cui vanno valorizzate le particolarità⁴⁶¹.

In altri termini, e in conclusione, le più recenti esperienze del diritto privato europeo sembrano confermare l'idea secondo cui esistono due «pilastri» su cui le restituzioni da risoluzione per inadempimento vanno concepite ed organizzate.

D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, IV**, Torino, 2004, 287.

⁴⁵⁹ V. nuovamente A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, cit., 169 ss. Sul rapporto e sul collegamento, anche in una prospettiva di diritto privato europeo, tra buona fede ed equità, v. F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537, in partic. 547 e 555 ove l'A. intravede nell'allineamento della buona fede alla nozione di ragionevolezza il «pericolo della vaghezza» di quest'ultima «nozione» ed il rischio di un «ritorno all'indistinzione tra buona fede ed equità».

⁴⁶⁰ M. CARIGLIA, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaio, Torino, 2002, 175 ritiene la ragionevolezza una «canone metanormativo», un «principio non posto, ma presupposto dal pluralismo delle fonti e della società aperta agli interpreti del diritto, oscillante tra una sorta di norma fondamentale e un contenuto elementare della Costituzione materiale, una norma che dirige l'interpretazione della Costituzione e dell'ordinamento giuridico nella sua interezza».

⁴⁶¹ Nella giurisprudenza nazionale è sempre più frequente l'utilizzo della buona fede quale strumento di interpretazione ed integrazione delle disposizioni (non solo pattizie ma anche) normative, in una (novella) veste di enunciato capace di costituire il collante tra regola positiva e caso concreto. A questo riguardo la recentissima Cass., sez. un., 18.12.2007, n. 26617, in *Guida al dir.*, 2008, III, 30, chiamata a pronunciarsi sulla questione se nelle obbligazioni pecuniarie abbia efficacia estintiva solo il pagamento in moneta contante oppure anche mediante consegna di assegni circolari, afferma: «il principio desunto dall'art. 1175 c.c. (che impone l'obbligo di comportarsi secondo le regole della correttezza) e dall'art. 1375 c.c. (che stabilisce che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede), costituisce il limite oltre il quale il rifiuto del creditore diventa illegittimo ed il pagamento con assegno circolare spiega efficacia salvo buon fine. Con tale impostazione si introduce nel meccanismo estintivo dell'obbligazione pecuniaria il principio della correttezza e della buona fede nella prospettiva di adeguare il dato normativo alle esigenze della realtà concreta dove la circolazione del denaro a mezzo assegni circolari garantisce maggiore sicurezza e celerità, svincolandola da un aggancio a substrati fisici».

Il primo è che per ricostruire il contenuto delle obbligazioni restitutorie conseguenti a risoluzione di un contratto, l'analisi deve partire dalla natura dell'oggetto della prestazione da restituire⁴⁶²: (i) denaro, (ii) cose generiche, (iii) cose determinate restituibili (iv) o non restituibili in natura, nonché (v) *facere* e *non facere* sono le prestazioni che, più sovente, si riscontrano nella prassi. Questo il motivo della convenzionale identificazione delle cinque direttive.

Il principio affermato in queste compilazioni è: ove non sia possibile dare luogo ad una restituzione in forma specifica, l'obbligazione si converte in restituzione per equivalente in denaro. Peraltro, pur in mancanza di una espressa (ed opportuna) indicazione, esistono buoni spazi per affermare che il canone di riferimento su cui misurare l'entità della restituzione sia il corrispettivo convenuto nel contratto, essendo questo la più fedele rappresentazione del valore che le prestazioni hanno per le parti.

Ecco, poi, il secondo «pilastro» per una corretta interpretazione: identificata la natura della prestazione, ed eventualmente convertita nell'equivalente valore monetario, bisogna vagliare il contenuto dell'obbligazione restitutoria alla luce di un giudizio di ragionevolezza e, dunque, verificare se la restituzione non debba essere ulteriormente

⁴⁶² Questa proposta di lettura delle restituzioni che, come abbiamo visto, trova riscontro nelle esperienze di diritto privato europeo potrebbe divenire uno dei criteri ispiratori delle restituzioni dell'ordinamento francese (su cui *infra*, par. 9). L'art. 1163 dell'*Avant-projet* prevede infatti che «le modalità delle restituzioni dipendono dalla natura delle prestazioni compiute in esecuzione del contratto».

adattata al tipo contrattuale⁴⁶³, alla singolarità dell'operazione economica risultante dal regime convenzionale che le parti abbiano inserito nel contratto a composizione dei reciproci interessi⁴⁶⁴, o alle ulteriori specifiche circostanze del caso di specie⁴⁶⁵.

8. *Segue. ... nella riforma dello Schuldrecht ...*

Il problema più complesso su cui deve misurarsi il giurista che, per motivo di studio, si imbatta nella triade risoluzione, retroattività, restituzioni⁴⁶⁶ è senza dubbio quello della ricerca di un criterio utilizzabile per commutare in denaro prestazioni non restituibili in natura. Esemplicando: quanto va restituito se la *res* è stata trasformata o alienata? Quanto se l'attività si è estrinsecata in un *facere*, o in un *non*

⁴⁶³ Si pensi all'art. 1668 c.c. per il contratto di appalto, o all'art. 1551 c.c. in materia di riporto.

⁴⁶⁴ Cfr. V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 847 (testo della relazione svolta al recente convegno di Firenze, 30 marzo 2007, *Remedies in contract – The Common rules for a European Law*), ove l'A., analizzata la complessità storico-reale delle operazioni contrattuali, afferma che i rimedi contrattuali devono fare i conti con «qualità, posizioni, condizioni giuridiche e di fatto in cui versano i contraenti, [...] particolare natura dei beni e servizi oggetto della contrattazione, [...] struttura stessa della domanda e dell'offerta e più in generale del mercato in cui ha luogo lo scambio, [...] natura dell'attività della quale il contratto è esplicazione, [...] e non ultimi assumono rilievo anche i diversi interessi accessori, collegati derivati o comunque dipendenti dal contratto considerato, come pure i connotativi profili temporali e spaziali che servono a contestualizzare ogni atto dell'agire autonomo dei privati».

⁴⁶⁵ Sulla necessità di ricondurre e misurare le restituzioni nel contratto v. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 352 nonché ID., *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173 – 1176, cit., 247.

⁴⁶⁶ Si riprende (ed adatta) la felice immagine delle «tre erre» già di A.M. BENEDETTI, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, cit., 518.

facere? Quanto se oggetto dell'obbligazione da ripetere è un diritto di godimento?

Come abbiamo visto, dottrina e giurisprudenza non sembrano offrire strumenti interpretativi adeguati⁴⁶⁷; ne sia un esempio la recente fuga⁴⁶⁸ dalla ripetizione dell'indebito in direzione dell'arricchimento senza causa, istituto che concede ampi margini di manovra specie a quei giudici che vogliono coprire con il manto dell'indennizzo liquidazioni (ispirate da intenti equitativi ma) del tutto arbitrarie⁴⁶⁹.

Di qui la ragione della nostra ricerca e l'impulso a rinvenire nuovi percorsi interpretativi. Un confronto con il sistema tedesco, oggetto di recente riforma⁴⁷⁰, pare fornire utili argomenti per la nostra impostazione⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ Si rinvia all'analisi svolta nell'intero Capitolo 2.

⁴⁶⁸ Cfr. le considerazioni svolte nel par. 8 del Capitolo 2 e, in particolare, la giurisprudenza ivi richiamata alle note 230, 231 e 234.

⁴⁶⁹ In questo senso v. anche E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*» e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, cit., 119.

⁴⁷⁰ Il riferimento è alla modernizzazione dello *Schuldrecht* attuata in Germania con la legge del 26 novembre 2001 («*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrecht*»). La riforma ha suscitato grande interesse in Italia; tra i contributi di carattere generale cfr. C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003; ID., *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 19 ss.; I TACCANI, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Germania. La nuova disciplina in materia di inadempimento e impossibilità*, in *Contr. impresa/Europa*, 2003, 379 ss.; G. CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Atti del convegno di Ferrara del 7-8 marzo 2003, Padova, 2004; A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 353 ss. D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. impresa*, 2004, 797 ss. Per un giudizio critico della riforma cfr. M. SCHERMAIER, *Una superficiale e arbitraria modifica del BGB? Perché la riforma dello Schuldrecht si è rivelata un insuccesso*, in *Contratto e impr./Europa*, 2004, 898 ss. nonché S. PATTI, *Conclusioni: luci ed ombre nella riforma dello Schuldrecht*, in *Contratto e impr./Europa*, 2004, 952 ss.

Nella letteratura tedesca v., tra gli altri, B. DAUNER-LIEB - T. HEIDEL - M. LEPA - G. RING, *Das Neue Schuldrecht*, Heidelberg, 2002; L. HAAS - D. MEDICUS - W. ROLLAND - C. SCHAFER - H. WENDTLAND, *Das Neue Schuldrecht*, Munich, 2002; P. HUBER - F. FAUST,

Un primo dato significativo da evidenziare è che il codice tedesco prevede un sistema restitutorio organizzato su un doppio binario: le regole dei §§ 812 e ss. BGB, corrispondenti alla nostra *condictio*, e quelle del § 346 BGB concernenti le restituzioni da risoluzione⁴⁷². Il fatto che la

Schuldrechtmodernisierung, Munich, 2002; S. LORENZ – T. RIEHM, *Schuldrechtmodernisierung*, Munich, 2002; M. SCHWAB – C.H. WITT, *Einführung in das neue Schuldrecht*, Munich, 2002; M. HENSSLER – F. GRAF VON WESTPHALEN, *Praxis der Schuldrechtreform*, Recklinghausen, 2003. In lingua inglese v. P. SCHLECHTRIEM, *The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe*, (2002) *Oxford U Comparative L Forum* 2 at ouclf.iuscomp.org; H. SCHULTE-NÖLKE, *The New German Law of Obligations: an Introduction*, (2002) *Oxford U Comparative L Forum* 1 at <http://www.iuscomp.org/gla/> [«gla» è l'acronimo per *German Law Archive*; in questo sito è liberamente consultabile un archivio di sentenze, provvedimenti legislativi, saggi e altri documenti sul diritto tedesco tradotti in lingua inglese]; B. MARKESINIS – H. UNBERATH – A. JOHNSTON, *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Oxford, 2006;

⁴⁷¹ Si occupano dei profili restitutori conseguenti a caducazione del contratto nel diritto tedesco A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 13 ss.; M. EBERS, *Il recesso dal contratto per turbativa della prestazione ai sensi dei §§ 323-326 BGB*, in *Contratto e impr./Europa*, 2004, 812 ss.; E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Atti del convegno di Treviso, 23-25 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 459 ss.; ID., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 435 ss.; A. ALBANESE, *La ripetizione dell'indebito nei modelli di civil law*, in *Contratto e impr./Europa*, 2007, 833 ss.; E. BARGELLI, «Sinallagma rovesciato» e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, cit., 87 ss.

Per una prospettiva ante riforma v. invece A. DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. critica dir. privato*, 1994, 291 ss.; P. GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1997; A. DI MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Europa e dir. privato*, 2001, 531 ss.

Nella letteratura tedesca v. J. HAGER, *Das Rücktrittsrecht*, in B. DAUNER-LIEB – T. HEIDEL – M. LEPA – G. RING, *Das Neue Schuldrecht*, cit., 174 ss.; J. KOHLER, *Das Rücktrittsrecht in der Reform* (2001) 56, *Juristenzeitung*, 325. In lingua inglese v. S. GRUNDMAN, *Germany and the Schuldrechtsmodernisierung*, (2005) *European Review of Contract Law* (1) 129 ss.; R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, in A. Burrow – Lord Rodger of Earlsferry (ed.), *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford, 2006, anche all'indirizzo <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/48zimmermann.pdf>

⁴⁷² Si tratta, come precisa A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, cit., 13, di una «risoluzione per via di recesso» che non presuppone l'intervento del giudice ma la sola dichiarazione di volontà della parte recedente. Il § 323, comma 1, BGB dispone infatti che «se in un contratto a prestazioni corrispettive il debitore non esegue una prestazione esigibile o la esegue in

prestazione venga eseguita in adempimento di un contratto valido ed efficace solo successivamente caducato è circostanza che ha indotto il legislatore a creare uno statuto *ad hoc* differente da tutte le altre forme di restituzione⁴⁷³.

Ciò premesso, analizziamo più da vicino le regole restitutorie contenute nel novellato § 346 BGB⁴⁷⁴.

modo non conforme al contratto, il creditore, dopo aver fissato inutilmente al debitore un congruo termine per la prestazione o per l'adempimento, può recedere dal contratto».

Va, inoltre, segnalata l'esistenza di un'altra norma sulle restituzioni ovvero il § 357 BGB in materia di conseguenze giuridiche del diritto di «revoca» (nel diritto tedesco si utilizza il termine «revoca» e non «recesso» per identificare la distinzione che, nel nostro ordinamento, va sotto il nome di «recesso di pentimento» e «recesso di autotutela» su cui cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 549 ss.) nei contratti dei consumatori di chiara derivazione comunitaria e corrispondente al nostro art. 67 c. cons.

⁴⁷³ R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, cit., § 4, afferma che l'essenziale requisito per l'applicazione del § 346 è l'esistenza di un fondamento giuridico in base al quale le prestazioni sono state effettuate [*«termination does not remove the entire contract (be it ab initio or ex nunc) and does not, therefore, create a situation where the performance can be said to have been made 'without legal ground', but instead transforms a relationship aiming at the implementation of the contractual programme originally agreed upon into a contractual winding-up relationship»*]. La considerazione secondo cui le obbligazioni restitutorie hanno causa nel recesso e fonte nel contratto hanno indotto J. ESSER, *Schuldrecht*, II, *Besonderer Teil*, Tubingen, 1969, 353 a definire le restituzioni quale «particolare disciplina dell'attuazione» e K. LARENZ, *Schuldrecht*, I, Munchen, 1982, 375 a ritenere che le stesse rappresentino la *perpetuatio* delle obbligazioni originarie «anche se con segno invertito».

⁴⁷⁴ Il sistema binario era previsto dal BGB già prima della riforma. La previgente disciplina delle restituzioni da recesso era stata oggetto di forti critiche a causa di innumerevoli «aporie» (per usare un termine ricorrente nei contributi di di Majo). Oggetto delle censure più severe erano i §§ 350 e 351 BGB (la cui disciplina è stata abrogata); il primo, in quanto, in aperto contrasto con il § 446 BGB secondo cui il rischio del perimento si trasferisce al compratore con la consegna della cosa, faceva invece ricadere sul venditore il rischio per caso fortuito (al riguardo, cfr. A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, cit., 19); il secondo, poiché impediva lo scioglimento del contratto ove non fosse possibile restituire la *res* consegnata (v. nuovamente A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, cit., 20). Il giudizio degli autori era sintetizzato dall'opinione che il sistema tedesco, a fronte della commistione di regole restitutorie e di responsabilità, fosse «complicato e pasticciato» (così A. DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, cit., 304).

Il primo comma stabilisce che «se una delle parti si è riservata contrattualmente il diritto di recesso o se ad essa spetta un diritto legale di recesso, in caso di recesso, le prestazioni ricevute devono essere riconsegnate e gli utili ottenuti restituiti»⁴⁷⁵. Dunque, ove possibile, le restituzioni vanno effettuate in forma specifica.

Il secondo comma prescrive che la restituzione è da effettuarsi per equivalente in denaro quando: (i) la stessa sia materialmente esclusa «in base alla natura di ciò che si è conseguito», (ii) il contraente «ha consumato, alienato, gravato, lavorato o trasformato l'oggetto ricevuto», oppure (iii) lo stesso «si sia deteriorato o sia perito»⁴⁷⁶. In altre parole, qualunque atto (umano) o fatto (naturale) che impedisca la restituzione in forma specifica obbliga alla restituzione per equivalente monetario⁴⁷⁷.

Anche R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, cit., § 4, dà atto di come le disposizioni sugli effetti del recesso siano state «fortemente semplificate e snellite». L'A. identifica le più significative novità introdotte dalla riforma nei seguenti punti: (i) i §§ 346 e ss BGB costituiscono uno statuto unitario (ed esauriente) comune sia al recesso convenzionale che a quello legale; (ii) le disposizioni si presentano come neutre non distinguendo la posizione del contraente fedele da quella dell'inadempiente; (iii) la restituzione per equivalente è stata elevata a criterio generale non più limitato ad ipotesi particolari; in ultimo (iv) è venuta meno l'alternativa tra recesso e risarcimento.

Per una dettagliata analisi comparata tra vecchio e nuovo regime delle conseguenze del recesso, si rinvia nuovamente a R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, cit., § 4.

⁴⁷⁵ Si ripropone nel testo (così come nelle precedenti note) la traduzione di S. PATTI (a cura di), *Codice civile tedesco*, Milano-Munchen, 2005.

⁴⁷⁶ Così i nn. 1), 2) e 3) previsti dal § 346, comma 2, BGB.

⁴⁷⁷ Il § 346, comma 3, BGB prevede che la restituzione per equivalente non debba essere effettuata «1. quando il vizio legittimante il recesso si è manifestato soltanto durante la lavorazione o la trasformazione dell'oggetto, 2. nei limiti in cui il deterioramento o il perimento è imputabile al creditore o se il danno si sarebbe ugualmente verificato presso di lui, 3. quando, nel caso di diritto legale di recesso, il deterioramento o il perimento si sia verificato presso l'avente diritto, nonostante questi abbia osservato quella diligenza che è solito prestare nei propri affari».

Le tre regole non hanno valenza meramente restitutoria. La prima conferma che la restituzione della *res* non è presupposto, ma effetto dell'esercizio del diritto di recesso;

Ma come convertirla? A questo interrogativo risponde la seconda proposizione del medesimo comma: «se nel contratto è prevista una controprestazione, essa deve essere posta a base del calcolo del rimborso del valore». E dunque, ove si consideri che, ad eccezione di un contratto tipico come la permuta o la pur ampia fattispecie dei contratti misti, oggetto della prestazione non caratteristica è il denaro, è stato affermato che, in linea di principio, il criterio di conversione adottato dal legislatore tedesco è quello del corrispettivo contrattualmente dedotto⁴⁷⁸.

Possiamo, pertanto, annotare che la proposta sviluppata nel nostro lavoro trova un esatto corrispondente nella novellata disciplina del diritto tedesco⁴⁷⁹. Pare, per giunta, particolarmente significativo analizzare la

inoltre, specificando la regola di cui al primo comma secondo cui la lavorazione di un oggetto obbliga alla restituzione per equivalente, dispone che, ove il vizio della *res* si manifesti nella sola fase di lavorazione, la stessa, ove ancora esistente, potrà al più essere restituita trasformata e lavorata. La seconda costituisce il parallelo dei nostri artt. 1492, c. 3, e 1493, c. 2, c.c.: in sintesi, ove il bene perisca per i vizi, si avranno restituzioni *ex uno latere*. La terza è, invece, disposizione sul rischio. Approfondisce quest'ultimo aspetto R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, cit., § 4.

⁴⁷⁸ Cfr. E. BARGELLI, «Sinallagma rovesciato» e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, cit., 100. Sottolinea la novità della disposizione e la sua ispirazione dalle regole del diritto privato europeo R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, cit., § 5.

⁴⁷⁹ Sul fondamento europeo della modernizzazione dello *Schuldrecht* v. R. SCHULZE, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 57 ss. il quale (65) si interroga anche sul ruolo che lo *Schuldrecht* tedesco europeizzato possa assumere «nell'ulteriore prospettiva dell'avvicinamento giuridico e dell'unificazioni giuridica europei». In questo senso cfr. anche G. DE CRISTOFARO, *Note introduttive sulla genesi e sull'oggetto della riforma tedesca e sui contenuti del Quaderno*, in C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003, XIV, secondo cui il BGB può «ragionevolmente aspirare a configurarsi come un possibile importante punto di riferimento per la costruzione di un [siffatto] diritto comune europeo».

Per una più dettagliata comparazione tra BGB novellato a PECL v. R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, cit., § 5 il quale nelle conclusioni finali (§ 10) afferma «*German law contains a number of rules and ideas which can, and should, be used to refine the international Principles*».

dinamica delle motivazioni che si celano dietro la disposizione menzionata.

Come si legge dai lavori preparatori⁴⁸⁰, il progetto governativo della Commissione *Schuldrecht* aveva inizialmente proposto la seguente regola: ove la restituzione in natura non sia possibile, «la controprestazione determinata nel contratto subentra in sostituzione della prestazione avente ad oggetto la corresponsione del valore». La disposizione, risultando priva della benché minima duttilità, è stata oggetto di forti critiche e dunque modificata a seguito di una richiesta del *Bundesrat*, cui ha aderito il Governo federale⁴⁸¹.

Il passaggio dalla prima all'attuale formulazione ha permesso di chiarire che in sede di computo della somma che deve essere liquidata a favore del contraente che ha effettuato la prestazione si debba muovere, solo in linea di principio, dal presupposto di una prestazione priva di vizi⁴⁸².

Esemplificando, se il venditore (per i più svariati motivi) recede dal contratto a causa del mancato pagamento e la *res*, priva di vizi e già consegnata, non è più restituibile, il compratore sarà tenuto a corrispondere a titolo restitutorio, quella stessa somma già dovuta quale corrispettivo. Se, invece, il compratore recede dal contratto a causa di un vizio della cosa venduta e non può restituire la *res*, lo stesso sarà tenuto a corrispondere, sempre a titolo restitutorio, (non l'intero corrispettivo ma)

⁴⁸⁰ In parte riportati da C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, cit., 66.

⁴⁸¹ Ne dà atto C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, cit., 67.

⁴⁸² Cfr. nuovamente C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, cit., 67.

una somma che rappresenti la proporzionale riduzione del prezzo del bene, in quanto viziato⁴⁸³.

In altri termini, la *ratio* del § 346 BGB è quella di «garantire che il rapporto concordato dalle parti tra prestazione e controprestazione rimanga invariato anche dopo l'esercizio del diritto di recesso»⁴⁸⁴.

Da tale ragione giustificativa emerge il criterio del corrispettivo quale riferimento cardine su cui misurare le restituzioni da risoluzione. E ciò con la naturale conseguenza per cui, ove la restituzione abbia ad oggetto una prestazione correttamente ed integralmente adempiuta, il criterio del corrispettivo darà luogo alla nascita di un'obbligazione per il pagamento del prezzo; ove la prestazione risulti viziata, o comunque sia stata solo in parte adempiuta, «occorrerà fare ricorso ai medesimi principi vevoli per la riduzione del prezzo, e procedere pertanto ad una riduzione proporzionale del prezzo»⁴⁸⁵.

Per dirla con le nostre parole, la completa o parziale corrispondenza tra oggetto della prestazione eseguita e oggetto dell'obbligazione dedotta determinerà, rispettivamente, l'applicazione dei criteri che abbiamo stipulativamente denominato del «prezzo contrattuale» e del «valore contrattuale»⁴⁸⁶.

⁴⁸³ Secondo C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, cit., 67, in queste ipotesi, il contenuto dell'obbligazione avente ad oggetto la corresponsione del valore della cosa (viziata) «deve essere proporzionalmente ridotto» attraverso i «principi vevoli per la riduzione del prezzo».

⁴⁸⁴ Cfr. C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, cit., 68 nonché *Jauernig Kommentar zum BGB*, Munchen, 2004, 438-439.

⁴⁸⁵ C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, cit., 67 secondo cui si dovrà pertanto partire dal presupposto che «il valore della cosa in assenza di vizi sia corrispondente al prezzo pattuito».

⁴⁸⁶ Cfr. *supra* parr. da 6 a 8 del Capitolo 3.

In definitiva, il raffronto con il codice tedesco se, da una parte, in quanto sistema che pone alla base delle restituzioni per equivalente il corrispettivo, avvalora la nostra ricostruzione, dall'altra, in particolare, permette di mettere in luce quella che, a questo punto, possiamo definire la solida base sistematica su cui regge la proposta alla base di questo lavoro: il combinato disposto degli artt. 1453, 1458 e 1492 c.c.

9. Segue. ... e nelle elaborazioni in divenire: *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* e *Draft Common Frame of Reference*

La ricostruzione presentata in questo lavoro, secondo cui per le restituzioni da risoluzione del contratto per inadempimento è ricostruibile uno statuto *ad hoc*, che segue regole speciali e diverse rispetto a quelle che deriverebbero dall'applicazione degli istituti dell'indebito e dell'arricchimento senza causa⁴⁸⁷, come abbiamo visto, vanta forti punti di

⁴⁸⁷ *Contra*, per la dottrina maggioritaria, cfr., ancora di recente, E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, cit., 483, il quale, interrogandosi se «la disciplina dell'indebito abbia valenza di modello generale delle obbligazioni restitutorie» o se, invece, «l'intera materia delle restituzioni contrattuali appartenga al diritto dei contratti», afferma che la soluzione «non può certo dipendere dagli umori e dai convincimenti personali dell'interprete, ma da un esame attento ed obiettivo del diritto positivo. A tale riguardo non vi è dubbio che il segnale che giunge dal diritto positivo sia univoco: la disciplina dell'indebito prescinde dalla circostanza che si tratti di vizi originari ovvero sopravvenuti del contratto» [opinione ribadita in ID., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit., 442-443]. L'A., poco oltre (442), precisa «l'obbligazione restitutoria per la caducazione del contratto non ha mai natura contrattuale nel nostro sistema e in questo quadro non vi sono ragioni per un recupero dell'obbligazione restitutoria all'interno del contratto».

contatto con le più recenti elaborazioni accademiche ed esperienze legislative transnazionali; per completare l'analisi risulta interessante interrogarsi sul come questa rappresentazione-quadro si stagli in una prospettiva *de iure condendo* allargata al panorama europeo.

In ottica conclusiva, il cuore del discorso a questo punto è: cosa sta accadendo (e cosa forse accadrà) al di fuori delle Alpi? La presentazione dell'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* del *code civil*⁴⁸⁸ e la pubblicazione del *Draft Common Frame of Reference*⁴⁸⁹ aprono un nuovo percorso di studi, esperienze, discussioni, che potrebbe sospingere ulteriormente verso nuove strade interpretative⁴⁹⁰?

⁴⁸⁸ L'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* è un'iniziativa patrocinata dall'«Associazione Henri Capitant» e diretta dal Prof. Pierre Catala (in linea - si legge sul sito dell'associazione - con il desiderio espresso dal presidente francese Jacques Chirac durante le celebrazioni del bicentenario del *code civil*). Il testo, ufficialmente consegnato al Ministro della Giustizia Pascal Clement, il 22 settembre 2005, è stato pubblicato dalla rivista *Europa e diritto privato*, 2006, 241 ss. ed è disponibile, anche in traduzione italiana, all'indirizzo http://www.henricapitant.org/article.php?id_article=47

Per uno sguardo d'insieme cfr. P. MALAURIE, *Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, in *Revue des contrats*, 2006, 1, 7; P. CATALA, *La genèse et le dessein du projet*, in *Revue des contrats*, 2006, 1, 11; G. ROULETTE, *Nouvelles réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, in *Revue des contrats*, 2007, 4, 1371 ss. Affrontano il particolare profilo della relazione tra *Avant-projet* e diritto europeo dei contratti, H. BEALE, *La réforme du droit français des contrats et le «droit européen des contrats»: perspective de la law commission anglaise*, in *Revue des contrats*, 2006, 1, 135, nonché O. LANDO, *L'Avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat: analyse de certaines différences*, in *Revue des contrats*, 2006, 1, 167.

⁴⁸⁹ Il *Draft Common Frame of Reference* è un documento accademico, ancora in versione provvisoria contenente principi, definizioni e regole-modello comuni di diritto privato europeo che sulla base dell'*Action Plan* della Commissione europea del gennaio 2003 [COM(2003) 63 def.] dovrebbe costituire la base per la redazione di un quadro comune di riferimento «politico» (cioè elaborato dalla stessa Commissione).

Per un'esauriente ricostruzione delle iniziative del Parlamento europeo e della Commissione europea in vista dell'edificazione di un diritto contrattuale europeo si veda G. ALPA - G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common frame of reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 141 ss. nonché le successive note 506 e ss.

⁴⁹⁰ E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, cit., 459 nell'incipit del proprio saggio si domanda se, dopo la

La recentissima apparizione sulla scena, la derivazione (non «politica» ma) accademica e la natura eminentemente provvisoria di questi testi sconsigliano – allo stato – dal ricercare risposte definitive; è però possibile identificare le scelte di fondo e intravedere le linee di sviluppo di questi lavori; in entrambi i casi ci troviamo dinanzi a soluzioni interessanti ed ancora una volta incoraggianti per un approccio innovativo.

La relazione esplicativa che accompagna l'*Avant-projet* nelle sue prime mosse premette che «*la question des restitutions n'a pourtant pas été ignorée des codificateurs puisque, dans la réglementation de plusieurs autres institutions, on trouve des règles spéciales qui organisent la mise en oeuvre de ce mécanisme*»⁴⁹¹; ciò non di meno – si sottolinea – le restituzioni da caducazione del contratto non sono state oggetto nel *code civil* di alcuna disposizione specifica.

La mancanza di uno statuto *ad hoc* viene reputata lacuna non più sopportabile: le diverse regole restitutorie, e su tutte, quelle relative alla ripetizione dell'indebitto, presentano un «*esprit trop particulariste [...] soit trop différent*», che non consente di far sì che le stesse siano «*directement transposables à la matière des restitutions après annulation ou résolution*»⁴⁹².

modernizzazione dello *Schuldrecht* e la presentazione dell'*Avant-projet* del *code civil*, in vista di una riforma del diritto delle obbligazioni anche in Italia, il legislatore dovrà intervenire anche nella materia del pagamento dell'indebitto e dell'arricchimento senza causa. L'A. (460) afferma che «è da considerare l'opportunità di un ripensamento del ruolo dei due istituti nel sistema del diritto privato» nonché uno dei «punti di maggiore criticità»: quello del rapporto tra indebitto e altre pretese restitutorie.

⁴⁹¹ Y.M. SERINET, *Restitutions après anéantissement du contrat*; la relazione è disponibile sul sito http://www.lexinter.net/F/restitutions_apres_aneantissement_du_contrat.htm

⁴⁹² Y.M. SERINET, *Restitutions après anéantissement du contrat*, cit., aggiunge che, ad esempio, «*contrairement au régime institué par les textes issus du droit des biens (article 549*

La relazione sottolinea che «*la matière des restitutions lato sensu subit l'attraction de plusieurs branches du droit extérieures au droit des obligations (le droit des biens) ou, à l'intérieur du droit des obligations, de disciplines autres que le droit des contrats (droit de la responsabilité civile, quasi-contrats avec les théories de la répétition de l'indu et de l'enrichissement sans cause)*»⁴⁹³.

Il fatto che le regole restitutorie contenute nel *code civil* non predispongano una disciplina neutra, ma - appunto - piegata dall'influenza di altre branche⁴⁹⁴, porta a concludere che «*il semble aujourd'hui opportun, sinon indispensable, de définir un régime cohérent propre*

anc. sur les fruits) ou traitant de la répétition de l'indu (article 1378 anc.), le caractère objectif des restitutions après anéantissement postule de tenir compte de tous les accessoires sans avoir égard à la bonne ou mauvaise foi des parties». In questo senso v. già C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilités*, cit., 459.

⁴⁹³ Y.M. SERINET, *Restitutions après anéantissement du contrat*, cit., precisa altresì che «*les finalités du droit des biens lorsqu'il traite de la théorie des fruits, des impenses ou de l'accession, comme les finalités de la responsabilité civile quand elle définit les conditions de la réparation du préjudice, qu'il soit contractuel ou délictuel, ne sont pas celles des restitutions après annulation ou résolution rétroactives*». Condivide questo giudizio anche T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., 668.

⁴⁹⁴ Il profilo di commistione tra restituzione e responsabilità nella disciplina della ripetizione dell'indebito è affermato a chiare lettere dai più autorevoli studiosi della materia. Tra i vari passi, il più significativo, quello di E. MOSCATI, *Tutela della buona fede e mala fede sopravveniente nella disciplina dell'indebito*, in *Raccolta di scritti in memoria di Raffaele Moschella*, Perugia, 1985, 309 ove l'A. afferma che nelle fattispecie ex artt. 2033 e ss. c.c. in cui viene in considerazione la buona fede «la legge non ha voluto assumere un atteggiamento neutrale». La buona fede, secondo l'A., «assolve ad una funzione di rottura del sistema della *condictio*, nel senso che attraverso la tutela della buona fede si introduce un limite a quella rigida correlazione tra pretesa del *solvens* ed oggetto della prestazione non dovuta, che caratterizza la ripetizione dell'indebito, distinguendola da altri rimedi restitutori, prima tra tutti l'azione di arricchimento». Negli stessi termini, già U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 263 (argomentazione riproposta in ID., voce *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, 7) nonché ID., *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, I, 161, ove l'A. evidenzia il «ruolo peculiare che la buona e la mala fede dell'*accipiens* svolgono nel senso di offrire una precisa dimensione al rapporto di cui è titolare il soggetto passivo della *condictio* e talvolta, quando quest'ultimo sia in buona fede, finanche nel senso di escludere la responsabilità (o comunque di limitarla all'arricchimento)».

aux seules restitutions consécutives à l'annulation ou la résolution, c'est-à-dire à l'anéantissement rétroactif du contrat».

La proposta dei redattori consiste, dunque, nel prendere a «*source d'inspiration et de rédaction*» di una nuova disciplina le diverse disposizioni sparse nel *code civil* contenenti regole restitutorie, tra cui gli articoli 1644 e ss. *code civil* in materia di azioni edilizie, «*puisque ces actions sont, par nature, considérées comme ayant pour vocation d'organiser une restitution*»⁴⁹⁵; l'esito del lavoro è la proposta di introdurre una Sezione 6 appositamente dedicata alle «*Restitutions après anéantissement du contrat*».

Non pare opportuno approfondire le singole e numerosissime disposizioni di questa Sezione, anche perché fortemente ispirate e pressoché coincidenti con quelle dei PECL⁴⁹⁶; non possiamo però esimerci da due osservazioni.

La prima, di positivo riscontro: il sistema che i redattori del progetto presentano nega il fondamento unitario delle restituzioni e si inserisce nella strada del doppio binario⁴⁹⁷. Le ragioni sono, da una parte,

⁴⁹⁵ Nuovamente, Y.M. SERINET, *Restitutions après anéantissement du contrat*, cit.

⁴⁹⁶ Ci limitiamo al raffronto con le «cinque regole» restitutorie proposte: (i) art. 1163-2: «la restituzione di una *somma di denaro* si esegue per il valore nominale indicato nel contratto»; (ii) art. 1163-4: «la restituzione di *cose generiche* che non consistano in una somma di denaro si fa con cose dello stesso genere, a meno che l'avente diritto non preferisca ottenerne il valore pecuniario»; (iii) art. 1163-3: «la restituzione di una *cosa determinata* si fa in natura se la cosa esiste ancora presso colui che l'ha ricevuta»; (iv) art. 1163-3: la restituzione «si fa *per equivalente* quando la cosa è stata distrutta volontariamente o per caso fortuito, è stata trasformata o incorporata»; (v) art. 1163-1: «in caso di *obbligazioni di fare o di non fare*, la restituzione si effettua per equivalente. L'ammontare della restituzione è calcolato tenendo conto dei vantaggi diretti ed indiretti che le parti hanno potuto ricavare dall'esecuzione del contratto, da stimarsi nel giorno della restituzione»

⁴⁹⁷ P. ANCEL, *Quelques observations sur la structure des sections relatives à l'exécution et à l'inexécution des contrats*, in *Revue des contrats*, 2006, 1, 105 ss. sottolinea (107) che l'*Avant-Projet*, in conformità alla più recente dottrina e sulla scia di una nota sentenza (Cass. Civ.,

la ritenuta incompatibilità tra *répétition de l'indu* e restituzioni da caducazione⁴⁹⁸ e, dall'altra, la convinzione che in caso di risoluzione⁴⁹⁹ debbano essere le regole contrattuali a governare la *machinery* restitutoria attraverso restituzioni integrali (e quindi neutre)⁵⁰⁰, all'occorrenza reciproche⁵⁰¹, il cui contenuto dipende strettamente dalla natura della prestazione eseguita⁵⁰².

La seconda, di senso opposto: l'art. 1163-6 dispone che «in tutti i casi in cui la restituzione non ha luogo in natura [...] il giudice valuta la cosa nel giorno della sua decisione tenendo conto dello stato della cosa medesima nel giorno dell'adempimento»⁵⁰³. La restituzione per

24 septembre 2002, in *Bull. civ. I*, n. 218, 168), ha ricostruito le restituzioni da caducazione del contratto non come «*un cas particulier de répétition de l'indu (un indu a posteriori ou rétrospectif), mais comme le prolongement direct de la [...] résolution du contrat*». *Contra*, A. BENABENT, *Le révision du passé entre les parties*, in *Revue des contrats*, 2008, 1, 15 ss., in partic. 16, secondo cui il quadro giuridico delle restituzioni da caducazione deve comunque orientarsi verso le regole della ripetizione dell'indebito; ritiene (18), infatti, che la restituzione per equivalente di una prestazione non restituibile in natura per impedimento materiale debbano essere parametrato al «*valeur objective et non celle fixée au contrat*».

⁴⁹⁸ Cfr. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilités*, cit., 379 nonché T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., 668.

⁴⁹⁹ La proposta dell'*Avant-projet*, a differenza delle esperienze di diritto privato europeo e del sistema tedesco, concerne anche il caso dell'annullamento.

⁵⁰⁰ Y.M. SERINET, *Restitutions après anéantissement du contrat*, cit., commentando l'art. 1162 dell'*Avant-projet*, afferma: «*la disposition pose le principe d'une restitution «intégrale», couramment admis, en vertu duquel chacun ne doit recevoir ni plus ni moins que ce qu'il avait fourni*».

⁵⁰¹ Ancora Y.M. SERINET, *Restitutions après anéantissement du contrat*, cit.: «*la restitution doit être «réciproque» lorsque le contrat est synallagmatique. Il ne faudrait pourtant pas prendre au pied de la lettre l'image si suggestive du contrat synallagmatique renversé proposée par le doyen Carbonnier, car la restitution dépend surtout de ce qui a été exécuté, le cas échéant par chacun, durant la période intermédiaire. Ainsi, le calcul des restitutions n'est pas global mais analytique et suppose que l'on détermine, pour chaque obligation exécutée, la somme des avantages directs ou indirects reçus qui feront l'objet de la restitution*».

⁵⁰² L'art. 1163 dell'*Avant-projet* prevede, infatti, che «le modalità delle restituzioni dipendono dalla natura delle prestazioni compiute in esecuzione del contratto».

⁵⁰³ Y.M. SERINET, *Restitutions après anéantissement du contrat*, cit., precisa che «*la solution est cohérente avec la manière dont seront indemnisées les plus et moins-values*».

equivalente monetario, ad eccezioni di alcuni casi specifici⁵⁰⁴, pare dunque affidata ad una valutazione di mercato, slegata dal corrispettivo, o comunque a questo non espressamente ricondotta.

Se, dunque, alcune esperienze europee di *civil law* stanno convergendo verso un sistema binario in cui le restituzioni da caducazione conquistano uno spazio e una disciplina *ad hoc*, non può negarsi che la soluzione tedesca e quella proposta in Francia differiscano su di un punto fondamentale: quello della conversione in moneta delle prestazioni non restituibili in natura.

E qui potrà giocare il proprio ruolo la bozza di quadro comune di riferimento da poco in circolazione⁵⁰⁵. Il *Draft Common Frame of Reference* è

⁵⁰⁴ L'art. 1163-5 dell'*Avant-projet* dispone: «quando la cosa da restituire è perita per caso fortuito o per fatto di un terzo, il diritto alla restituzione si converte automaticamente sull'indennizzo assicurativo o sul risarcimento del danno o, per surrogazione, sui crediti relativi. Quando la cosa da restituirsi sia stata venduta, la restituzione si trasferisce automaticamente sul prezzo o, per surrogazione, sul credito relativo».

⁵⁰⁵ Più volte invitata dal Parlamento ad operare nel senso di un ravvicinamento del diritto contrattuale delle legislazioni degli Stati membri, con la Comunicazione [COM(2001) 398 def.] la Commissione europea, aveva inizialmente prospettato quattro possibili opzioni: (i) assenza di un'azione comunitaria; (ii) promozione di un complesso di principi comuni in materia di diritto contrattuale per arrivare a una maggiore convergenza degli ordinamenti nazionali; (iii) miglioramento qualitativo della legislazione già esistente; (iv) adozione di una nuova ed esaustiva legislazione a livello comunitario. Più precisamente, in relazione all'opzione (ii), quella poi prescelta, la Comunicazione precisava: «per arrivare a una maggiore convergenza fra i diversi ordinamenti nazionali in materia di diritto contrattuale, la Commissione potrebbe promuovere la ricerca comparativa e la cooperazione in materia, ad esempio fra gli accademici e gli operatori del diritto (compresi i giudici e gli esperti). Tale cooperazione potrebbe mirare a trovare principi comuni negli opportuni settori del diritto nazionale dei contratti. Il lavoro in corso nel settore potrebbe essere utilizzato e sviluppato, integrandovi i risultati degli studi accademici e le conclusioni tratte nelle sedi accademiche internazionali. Il contesto di questa ricerca e cooperazione potrebbe essere una specie di partenariato, in cui le istituzioni europee, e in particolar modo la Commissione, svolgessero un ruolo di coordinamento. Nel campo dei contratti transnazionali sono immaginabili soluzioni, principi e addirittura complessi di norme

un documento accademico, ancora in versione provvisoria, contenente principi, definizioni e regole-modello comuni di diritto privato europeo⁵⁰⁶.

Il Parlamento europeo, nelle sue ultime risoluzioni, auspica che il CFR «accademico»⁵⁰⁷ costituisca la base di redazione di un CFR «politico»⁵⁰⁸; la Commissione europea, in risposta, si limita a non escludere di ricavarne un libro bianco⁵⁰⁹; diversità e lontananza delle

comuni. Il risultato di queste discussioni può variare da principi comuni alla stesura di linee guida o codici di condotta specifici per taluni tipi di contratti».

Con la successiva Comunicazione [COM(2003) 68 def.], la Commissione ha poi lanciato il noto «*Action plan*» con cui ha dichiarato di volersi adoperare per accrescere la coerenza del diritto contrattuale europeo. In particolare, le proposte della Commissione «terranno conto di un quadro comune di riferimento che la Commissione intende elaborare dopo aver effettuato ricerche nel merito e con l'aiuto di tutte le parti interessate. Questo quadro comune di riferimento dovrebbe fornire le soluzioni ottimali in termini di norme e terminologia comuni, vale a dire la definizione di concetti fondamentali e di termini astratti come “contratto” o “danno” o le disposizioni applicabili ad esempio in caso di inadempimento del contratto». L'obiettivo dichiarato è, dunque, quello di «ottenere, nella misura del possibile, un *acquis* coerente nel campo del diritto contrattuale europeo basato su regole di base e su una terminologia comuni». La Commissione, non si sbilancia, come vedremo, sulla funzione di tale documento e si limita ad affermare che «fonderà su tale quadro comune di riferimento le sue riflessioni sulla necessità o meno di misure non settoriali, quali l'adozione di uno strumento opzionale, per risolvere i problemi rilevati nell'ambito del diritto contrattuale europeo».

⁵⁰⁶ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Munich, 2008 (previa registrazione è possibile scaricare il file in versione .pdf dal sito www.law-net.eu).

Per uno sguardo d'insieme del progetto, cfr. C. VON BAR, *Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference*, in *European Review of Contract Law*, 2007, 3, 350 ss.; R. SCHULZE - T. WILHELMSSON, *From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules*, in *European Review of Contract Law*, 2008, 2, 154 ss.

⁵⁰⁷ Il testo definitivo dovrebbe essere presentato entro la fine del 2008, correlato da un ampio apparato di note, esempi e riferimenti.

⁵⁰⁸ Questo, almeno, l'invito più volte effettuato dal Parlamento europeo alla Commissione, da ultimo, ancora con la Risoluzione [P6_TA(2007)0615] del 12 dicembre 2007.

⁵⁰⁹ Come chiarisce la prima relazione della Commissione sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo [COM(2005) 456 def.] ove si definisce il CFR «un *toolbox* o un manuale che la Commissione e il legislatore europeo potrebbero utilizzare nel corso della revisione della legislazione esistente e dell'elaborazione di nuovi strumenti nel settore del diritto dei contratti».

posizioni suggeriscono forte cautela nel tentativo di predire natura e portata del futuro intervento⁵¹⁰.

D'altronde, gli stessi organi comunitari hanno indicato negli anni un ampio ventaglio di ipotesi⁵¹¹: si va da una funzione minima (e su base volontaria) di ausilio dei contraenti⁵¹² e della giustizia pubblica e privata⁵¹³, ad una più ampia (ed ipotetica) di base di un diritto contrattuale europeo⁵¹⁴, ad una apicale di *corpus* su cui costruire un codice civile europeo⁵¹⁵.

L'ipotesi è stata riproposta nella seconda relazione della Commissione sullo stato di avanzamento relativo al quadro comune di riferimento [COM(2007) 447 def.].

⁵¹⁰ C. VON BAR - H. BEALE - E. CLIVE - H. SCULTE-NOLKE, *Introduction*, in *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, cit, § 6, affermano «*the DCFR presents a concrete text, hammered out in all its detail, to those who will be deciding whether or to what end or by what means there will be a CFR. At the time of writing it appears that none of these three questions is definitively resolved politically*». Sottolinea tale aspetto di incertezza anche G. GANDOLFI, *Il diritto privato europeo agli inizi del terzo millennio: prospettive e problemi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2008, 221 ss. Per un commento critico nei confronti dell'operato della Commissione, H. BEALE, *The Future of the Common Frame of Reference*, in *European Review of Contract Law*, 2007, 3, 257 ss.

Sull'evoluzione e l'armonizzazione del diritto privato europeo, nella sterminata produzione scientifica, oltre al già menzionato contributo di Alpa e Conte, cfr., da ultimo, M. MELI, *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e quadro comune di riferimento*, in *Europa e dir. privato*, 2008, 59 ss. (in entrambi i saggi ampi riferimenti alla letteratura europea ed italiana). Sull'evoluzione del diritto privato nazionale valga, invece, la menzione degli Atti del convegno di Treviso, 23-25 marzo 2006, pubblicati per la *Rivista di diritto civile* nel volume *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*

⁵¹¹ Ne dà atto G. ALPA, *Un codice europeo dei contratti: quali vie di uscita?*, in *Contr.*, 2007, 837 ss.

⁵¹² «I principi comuni potrebbero risultare utili alle parti contraenti al momento della stesura di nuovi contratti e dell'esecuzione dei contratti in genere» [COM(2001) 398 def.].

⁵¹³ Il CFR potrebbe «anche servire ai tribunali e agli arbitri nazionali incaricati di decidere su questioni giuridiche, soprattutto per cause transfrontaliere, non pienamente coperte da norme nazionali vincolanti, oppure nei casi in cui tali norme non esistono affatto. I tribunali e gli arbitri saprebbero che i principi applicati rappresentano una soluzione comune a tutti gli ordinamenti nazionali che presiedono al diritto contrattuale nell'UE» [COM(2001) 398 def.].

⁵¹⁴ Ciò, in una duplice ipotesi: (a) «L'applicazione di principi comuni potrebbe anche comportare la costituzione di un diritto consuetudinario, qualora ci fossero un'applicazione prolungata e continuata e un comune convincimento. Ciò potrebbe

influenzare o anche cambiare le prassi commerciali in uso nei vari Stati membri suscettibili di costituire ostacoli al pieno funzionamento del mercato interno»; (b) « Le linee guida potrebbero essere seguite il più possibile dagli Stati membri e dalla CE al momento di promulgare nuove norme o di adattare la vecchia legislazione nel settore del diritto nazionale dei contratti» [COM(2001) 398 def.].

⁵¹⁵ Parla di «elaborazione e adozione di un corpus di norme di diritto contrattuale dell'Unione europea che tenga conto delle nozioni e soluzioni giuridiche comuni stabilite nelle iniziative precedenti» la relazione del Parlamento europeo sul ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri [A5-0384/2001].

Tale obiettivo sembra essere stato abbandonato dalla Commissione che ha successivamente annunciato di voler fondare su tale quadro comune di riferimento «le sue riflessioni sulla necessità o meno di misure non settoriali, quali l'adozione di uno strumento opzionale, per risolvere i problemi rilevati nell'ambito del diritto contrattuale europeo» [COM(2003) 68 def.]; nella medesima linea anche [COM(2004) 651 def.] nonché [COM(2005) 456 def.] ove, ancor più chiaramente, si afferma che il CFR « non è destinato a garantire un'armonizzazione su vasta scala del diritto privato o a trasformarsi in un codice civile europeo».

Per contro, va segnalato che il Parlamento è intervenuto con la Risoluzione [P6_TA(2006)0109] «Diritto europeo dei contratti e revisione dell'*acquis*: la via da seguire», con cui, premesso che «non è assolutamente chiaro dove [il CFR] porterà in termini di risultati pratici e se darà luogo a uno o più strumenti vincolanti e su quale base giuridica» e che «nonostante la Commissione neghi che questo sia il proprio obiettivo, è chiaro che molti ricercatori e parti in causa che lavorano sul progetto ritengono che il risultato di lungo termine sarà la redazione di un codice in materia di obbligazioni o perfino di un vero e proprio codice civile europeo e che in ogni caso il progetto è di gran lunga la più importante iniziativa intrapresa nel campo del diritto civile», ha invitato la Commissione a «presentare senza indugio un piano legislativo chiaro contenente i futuri strumenti giuridici mediante i quali intende utilizzare negli atti giuridici i risultati dell'attività dei gruppi di ricerca e della rete CFR». Cfr., nei medesimi termini, anche la successiva Risoluzione [P6_TA(2006)0352].

A seguito del completamento dei lavori sul DCFR, il Parlamento europeo è nuovamente intervenuto con la Risoluzione [P6_TA(2007)0615] con cui, sottolineata ancora una volta «la natura prettamente politica delle decisioni riguardo a quali parti del progetto accademico del CFR debbano essere incorporate nel CFR finale, e sul suo campo di applicazione» ha invitato la Commissione a «presentare un piano chiaro per il processo, da avviare dopo la presentazione del progetto accademico del CFR, di selezione delle parti del progetto accademico del CFR che andranno a far parte del CFR finale della Commissione» e ha ribadito la richiesta di «tenere aperte tutte le varie opzioni possibili per quanto riguarda l'obiettivo e la forma giuridica di un futuro strumento CFR, compreso uno strumento opzionale».

Quanto alla forma, [COM(2003) 68 def.] indica che «si potrebbe pensare a delle disposizioni di diritto contrattuale, valide per tutta l'Unione, adottate in forma di regolamento o di raccomandazione, che esisterebbero in parallelo, senza sostituirvisi, con i diritti contrattuali nazionali. Questo nuovo strumento esisterebbe in tutte le lingue comunitarie. Esso potrebbe applicarsi a tutti i contratti riguardanti transazioni transfrontaliere, oppure soltanto a quelli che le parti decidano di assoggettarvi tramite una clausola di scelta della legge applicabile. In quest'ultimo caso le parti avrebbero il massimo grado di libertà contrattuale».

L'attuale mancanza di chiare soluzioni politiche non impedisce di affermare che il CFR «accademico», in quanto insieme coerente e ragionato delle soluzioni ottimali ricavato dalle legislazioni degli Stati membri⁵¹⁶, dovrà essere preso in considerazione dai legislatori nazionali come riferimento, non ultimo al fine di ridurre le divergenze dai diritti contrattuali nazionali⁵¹⁷.

Come è stato acutamente osservato, il CFR è «il filato con cui tessere le trame di una rinnovata *koinè* giuridica, indispensabile premessa, logico-normativa per procedere speditamente alla costruzione del nuovo diritto contrattuale europeo»⁵¹⁸; le regole ivi contenute vantano una «valenza

⁵¹⁶ La Commissione ha indicato tra le fonti su cui costruire il quadro comune gli «ordinamenti giuridici nazionali vigenti al fine di trovare eventuali denominatori comuni, sviluppare principi comuni e, se del caso, identificare le soluzioni ottimali (*best practices*)» nonché le «norme internazionali e l'attuale lavoro dei gruppi accademici, in particolare la Commissione Lando e il Gruppo di Pavia» [COM(2003) 68 def.]. Nello stesso senso v. [COM(2004) 651 def.].

A questo proposito cfr. C. VON BAR - H. BEALE - E. CLIVE - H. SCULTE-NOLKE, *Introduction*, in *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, cit, § 7: «*the DCFR help to show how much national private laws resemble one another and have provided mutual stimulus for development and indeed how much those laws may be regarded as regional manifestations of an overall common European legacy*». Approfondisce e critica il metodo seguito per la ricerca della «*best solution*», M. ODERKERK, *The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research*, in *European Review of Contract Law*, 2007, 3, 315 ss.

⁵¹⁷ La Commissione ha sottolineato che «i principi comuni, una volta adottati, potrebbero essere utilizzati come una risorsa per avvicinare il diritto nazionale sia da parte dei legislatori sia da parte dei tribunali e come risorsa per fornire una struttura alla legislazione europea» [COM(2003) 68 def.]; prospettiva rimarcata nella successiva comunicazione [COM(2004) 651 def.].

Cfr. G. ALPA - G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common frame of reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, cit., 161 secondo cui il CFR è destinato a svolgere un «ruolo chiave» nel panorama del diritto contrattuale europeo «perché ad esso attingeranno e da esso si irradieranno tutte le future iniziative legislative sia in direzione della revisione dell'*acquis* sia in direzione dell'elaborazione di uno strumento opzionale destinato a divenire - in futuro prossimo o lontano, ancora non può dirsi - un *corpus* di regole contrattuali a livello europeo».

⁵¹⁸ G. ALPA - G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common frame of reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, cit., 161.

assiologica e una forza irradiante di notevole rilevanza»⁵¹⁹ che è destinata ad aprire una «nuova fase dei rapporti tra legislazione comunitaria e sistemi legislativi nazionali» i quali, difficilmente, potranno «contenere la più incisiva portata normativa delle nuove regole comunitarie, che si affacceranno sulla soglia degli ordinamenti nazionali, forti di una inusitata coerenza interna e della provenienza da un quadro legislativo più sistematico e organico rispetto al passato»⁵²⁰.

In conclusione, la bozza di quadro comune di riferimento (e, a maggior ragione, i testi che da questo promaneranno), rappresenta uno strumento fondamentale con cui misurarsi per studiare l'evoluzione del diritto contrattuale europeo e, per quanto più da vicino interessa, del diritto delle restituzioni⁵²¹.

Scendiamo, ora, nel dettaglio delle regole.

Il DCFR prevede in una sottosezione dedicata alle restituzioni conseguenti a risoluzione⁵²² numerose regole pressoché coincidenti con i PECL, su una cui versione (pur modificata) il testo in commento è stato peraltro concepito.

Tra le novità più significative una nuova regola concernente proprio le restituzioni per equivalente, aspetto già disciplinato dai

⁵¹⁹ G. ALPA - G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common frame of reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, cit., 165.

⁵²⁰ G. ALPA - G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common frame of reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, cit., 172-173.

⁵²¹ Cfr. C. VON BAR - H. BEALE - E. CLIVE - H. SCULTE-NOLKE, *Introduction*, in *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, cit, § 8.

⁵²² Ci si riferisce agli Artt. 3:511: e ss. contenuti nel Libro Terzo.

PECL⁵²³, ma rispetto al quale mancava una puntuale indicazione di quali fossero le basi di computo per commutare in denaro una prestazione non più restituibile⁵²⁴.

A questo proposito l'art. 3:513: (*Payment of value of benefit*), applicabile ogni qual volta, risolto il contratto, il contraente che abbia ricevuto una prestazione non sia in grado di restituire la stessa in natura, nel suo primo comma prevede⁵²⁵ che «*the recipient is obliged to: (a) pay the value (at the time of performance) of a benefit which is not transferable or which ceases to be transferable before the time when it is to be returned [...]*». Il secondo comma aggiunge che «*where there was an agreed price the value of the benefit is that proportion of the price which the value of the actual performance bears to the value of the promised performance*».

La restituzione per equivalente è, dunque, restituzione da misurarsi tramite il corrispettivo, la cui entità è quella percentuale di prezzo da calcolarsi in base alla proporzione tra il valore dell'obbligazione effettuata e il valore dell'obbligazione promessa.

⁵²³ Cfr. l'Art. 9:309 PECL su cui meglio, *supra*, par. 7.

⁵²⁴ C. VON BAR - H. BEALE - E. CLIVE - H. SCULTE-NOLKE, *Introduction*, in *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, cit., § 54, proprio con riferimento agli sviluppi e ai miglioramenti apportati rispetto al testo dei PECL, affermano: «*for example, the work done on unjustified enrichment showed that rather more developed rules were needed on the restitutionary effects of terminated contractual relationships*». In questo senso cfr. la precedente nota 452 nonché E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*» e *ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, cit., 100 *ivi* richiamata.

⁵²⁵ Per meglio intendere il significato e la portata di questa disposizione è utile tenere in considerazione il seguente passo: C. VON BAR - H. BEALE - E. CLIVE - H. SCULTE-NOLKE, *Introduction*, in *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, cit., § 49: «*An attempt has been made to avoid technical terms from particular legal systems and to try to find, wherever possible, descriptive language which can be readily translated without carrying unwanted baggage with it*».

Il contenuto dell'obbligazione restitutoria è dunque nel DCFR proiettato nel contratto e ponderato nella controprestazione in denaro; più precisamente il controvalore monetario sarà coincidente con il prezzo, ove la prestazione eseguita corrisponda a quella promessa; sarà proporzionalmente ridotto, secondo il modello dell'*actio quanti minoris*, ove la prestazione risulti non esattamente corrispondente a quella promessa in quanto, ad esempio, viziata.

BIBLIOGRAFIA

A

- AA. VV., *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994
- AA. VV., «*Une théorie générale des contrats spéciaux?*», in *Revue des contrats*, 2006, n. 2
- ALBANESE A., *Il pagamento dell'indebito*, Padova, 2004, 54 ss.
- ALBANESE A., *L'indebito oggettivo nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Corriere giur.*, 2004, 1369
- ALBANESE A., *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005
- ALBANESE A., *Le prestazioni compiute in favore della Pubblica amministrazione in esecuzione di contratti irregolari*, in *Corr. giur.*, 2007, 265 ss
- ALBANESE A., *La ripetizione dell'indebito nei modelli di civil law*, in *Contratto e impr./Europa*, 2007, 833
- ALESSI R., *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. critica dir. privato*, 1984, 55
- ALPA G., *La «morte del contratto» secondo Grant Gilmore*, in *Politica del diritto*, 1976, 726
- ALPA G., *Il futuro del contratto in un'intervista a Friedrich Kessler*, in *Politica del diritto*, 1980, 41
- ALPA G., *Rischio contrattuale*, in *Contratto e impr.*, 1986, 653
- ALPA G., *Il ruolo attuale del negozio giuridico secondo G.B. Ferri*, in *Contratto e impr.*, 1987, 752
- ALPA G., *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contratto e impr. - Europa*, 1996, 316
- ALPA G., *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *Contratto e impr.*, 1997, 961
- ALPA G., *I principi dell'Unidroit. Quadro di sintesi*, in *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, I, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1999, 197
- ALPA G., *La cultura delle regole: storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000
- ALPA G. - ANDENAS M., *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2005
- ALPA G., *La lettura del code civil in Italia e le proposte di ricodificazione in Francia*, in *Nuova giur. civ.*, 2005, II, 6 ss
- ALPA G., *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti del rapporto obbligatorio*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma*, Atti del convegno di Treviso, 23-25 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 351 e ss

- ALPA G., *I diritti dei consumatori e il «Codice del consumo» nell'esperienza italiana*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2006, 1 ss
- ALPA G., *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2006
- ALPA G., *Il bicentenario del code de commerce e le prospettive del diritto commerciale*, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 919 ss
- ALPA G., *Un codice europeo dei contratti: quali vie di uscita?*, in *Contr.*, 2007, 837
- ALPA G. - CONTE G., *Riflessioni sul progetto di Common frame of reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 141
- AMADIO G., *Diritto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 863
- AMADIO G., *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *Rimedi-2*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 119 ss
- ANCEL P., *Quelques observations sur la structure des sections relatives à l'exécution et à l'inexécution des contrats*, in *Revue des contrats*, 2006, 105
- ANDREOLI G., *Riflessioni sull'atto solutorio non dovuto*, in *Studi in onore di Francesco Messineo*, I, Milano, 1959, 1
- ARGIROFFI C., *Sul concorso delle azioni di rivendicazione e di ripetizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 608
- ASTUTI G., voce «*Contratto (dir. interm.)*», in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 759
- ASTUTI G., *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successivi*, in «*Napoleone e l'Italia*», Atti del convegno organizzato dall'Accademia dei Lincei, Roma, 1973, 175 ss
- ASTUTI G., voce «*Obbligazioni (dir. interm.)*», in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 78
- AULETTA G., *Risoluzione e rescissione dei contratti (rassegne)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, 170
- AULETTA G., *Risoluzione e rescissione dei contratti (rassegne)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 641
- AULETTA G.G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942
- AYNES L., *Rapport introductif*, in *L'anéantissement rétroactif du contrat*, Actes du colloque du 22 octobre 2007, in *Revue des contrats*, 2008, 9

B

- BARBIERA L., *Arricchimento mediato e sussidiarietà dell'azione*, in *Contratti*, 2004, 113
- BARCELLONA P., *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 32
- BARCELLONA M., *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 631 ss

BARGELLI E., «*Sinallagma rovesciato*» e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 87

BASSI F., *La norma interna*, Milano, 1963

BEALE H., *La réforme du droit français des contrats et le «droit européen des contrats»: perspective de la law commission anglaise*, in *Revue des contrats*, 2006, 135

BEALE H., *The Future of the Common Frame of Reference*, in *European Review of Contract Law*, 2007, 257

BEAUCHARD J., *Le projet de réforme du Code civil française*, in *Europa e dir. privato*, 2006, 907

BEAUCHARD J., *Les restitutions après la résolutions du contrat. L'expérience du droit français*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, a cura di L. Vacca, Torino, 2006, 119 ss

BENABENT A., *Le révision du passé entre les parties*, in *Revue des contrats*, 2008, 15

BELFIORE A., *Inattuazione dello scambio per causa imputabile al debitore e tecniche di tutela del creditore: la conversione della prestazione in natura in prestazione per equivalente*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987, 227 ss

BELFIORE A., *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II, Milano, 1988, 243

BELFIORE A., voce «*Risoluzione del contratto per inadempimento*», in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1307

BELLINI U., *Commento sub art. 1173 c.c.*, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, IV, 1, diretta da C. Ruperto, Milano, 2005, 1

BENATTI F., *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342 ss

BENATTI F., *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 495

BENEDETTI A.M., *La deriva dell'eccezione di inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptorisolutorio?*, in *Danno e resp.*, 2003, 753

BENEDETTI A.M., *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, in *Danno e resp.*, 2005, 519

BENEDETTI A.P., *Gratta e (non) vinci: la (ir)responsabilità dell'Amministrazione per effore nella stampa dei biglietti di lotteria istantanea*, in *Danno e resp.*, 2007, 745

BENEDETTI A.P., *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?*, in *Danno e resp.*, 2008, 165 ss

BENEDETTI E., *L'arricchimento senza causa (rassegne)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, 1652

BENEDETTI G., *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 649 ss

- BERNARDINI A., *Produzione di norme di giuridiche mediante rinvio*, Milano, 1960
- BESSONE M. – D'ANGELO And., voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 346
- BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Artt. 1218-1229, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984
- BIANCA C.M., *La risoluzione del contratto per inadempimento: riflessioni sul confronto tra diritto italiano e convenzione di Vienna*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, t. 1, Milano, 1991, 117
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, VII, 1, Torino, 1993
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994
- BIGIAMI W., *Risoluzione per inadempimento e alienazione di cosa litigiosa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 129
- BIGLIAZZI GERI L. – BRECCIA U. – BUSNELLI F.D. – NATOLI U., *Diritto civile*, *Fatti e atti giuridici*, I, 2, Torino, 1989
- BIGLIAZZI GERI L. – BRECCIA U. – BUSNELLI F.D. – NATOLI U., *Diritto civile*, *Obbligazioni e contratti*, III, Torino, 1989
- BONELL M.J., *I principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 231
- BONELL M.J., *I Principi Unidroit quale fonte di ispirazione per le corti inglesi?*, in *Europa e dir. privato*, 2006, 1319 ss
- BONELL M.J., *Un codice internazionale del diritto dei contratti. I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 2006
- BONETTA A., *Per la serie «Anche gli avvocati piangono»: il procuratore risponde della nullità dell'atto di citazione*, in *Danno e resp.*, 2003, 66
- BONINI R., *Premessa storica*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, *Premesse e Disposizioni Preliminari*, Torino, 1982, 53
- BONINI R., *Disegno storico del diritto privato italiano: dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942*, Bologna, 1996
- BRASIELLO U., voce «*Obbligazione (diritto romano)*», in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 554
- BRECCIA U., *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974
- BRECCIA U., *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 128
- BRECCIA U., *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, t. 1, Milano, 1978, 199 ss
- BRECCIA U., voce *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991

BRECCIA U., voce *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 1

BRECCIA U., *Il pagamento dell'indebito*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, *Obbligazioni e contratti*, 1, Torino, 1999, p. 911;

BRECCIA U., *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, *Obbligazioni e contratti*, 1, Torino, 1999, p. 973;

BRUNI A., *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione dell'indebito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 173

BRUSCUGLIA L., *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede: art. 1358*, Milano, 1975

BUSNELLI F.D., *Buona fede e responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, 427 ss

BUSNELLI F.D., *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1984

BUSNELLI F.D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537

BUSONI F., *Inesatto adempimento ed onere probatorio*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 787

C

CABELLA PISU L., *Garanzie e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983

CABELLA PISU L., *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Art. 1463-1466, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2002

CAFAGGI F., *Il diritto dei contratti nei mercati regolamentati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 95.

CAFERRA V.M., *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 309

CAIANIELLO C. - POLITO P., *Commento sub art. 1458 c.c.*, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, IV, 4, diretta da C. Ruperto, Milano, 2005, 2577

CALTABIANO S., *A proposito della cosiddetta prova negativa nella conditio indebiti*, in *Nuova giur. civ.*, 1998, I, 702

CALVO R., *Il Codice del consumo tra «consolidazione» di leggi e autonomia privata*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2006, 74 ss

CANARIS C.W., *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 19

CANARIS C.W., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003

CANNATA C.A., voce «Quasi contratti e quasi delitti (storia)», in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 25

CANNATA C.A., *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, *Obbligazioni e contratti*, 1, Torino, 1999, 5 ss

CANNATA C.A., *Riflessioni conclusive*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, a cura di L. Vacca, Torino, 2006, 177

CANTILLO M., *Le obbligazioni*, I, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1992, 51

CAPPELLETTI M., *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*, Bologna, 1994

CARBONI B. – BALLORIANI M., *Le garanzie e la vendita di cosa altrui*, in AA.VV., *I contratti di vendita*, II, a cura di D. Valentino, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2007, 1006 ss

CARIGLIA M., in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaio, Torino, 2002, 175

CARRESI F., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXI, 2, Milano, 1987

CARUSI D., *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 495

CARUSI D., *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 15, Napoli, 2004

CASTRONOVO C., *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e dir. privato*, 1999, 793

CASTRONOVO C., *La risoluzione del contratto nel diritto italiano*, in *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione nel diritto contrattuale europeo*, a cura di L. Vacca, Torino, 1999, 211

CASTRONOVO C., *I principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II*, in *Europa e dir. privato*, 2000, 249

CASTRONOVO C., *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte III*, in *Europa e dir. privato*, 2002, 949

CASTRONOVO C., *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2004

CASTRONOVO C., *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 1

CERAMI P., voce «Risoluzione del contratto (dir. rom.)», in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1277

CATALA P., *La genèse et le dessein du projet*, in *Revue des contrats*, 2006, 11

CERVELLI F.M., *Profili della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 1801

CHINDEMI D., *L'art. 1526 cod. civ. non è applicabile al contratto di leasing*, in *Nuova giur. civ.*, 1995, I, 728

- CIAN G., *Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, 753
- CIAN G. (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Atti del convegno di Ferrara del 7-8 marzo 2003, Padova, 2004
- Codice Europeo dei Contratti. Progetto Preliminare*, in *Europa e dir. privato*, 2002, 275 ss
- CONSOLO C., *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985, II, 592
- CONTE G., *L'uniformazione della disciplina della risoluzione del contratto per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, in *Europa e dir. privato*, 1998, 463
- CONTE R., *Obbligazioni di mezzo ed obbligazioni di risultato nella responsabilità civile dell'avvocato e riflessioni sulla nozione di «colpa lieve»*, in *Corriere giur.*, 2005, 1415
- CORRADI E., *Rapporto contrattuale d'appalto e risoluzione per inadempimento*, in *Nuova giur. civ.*, 1992, I, 464
- CORRADINI D., *Garantismo e statalismo: le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano, 1971
- COVIELLO L. jr, *Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, 40
- CUBEDDU M.G., *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995

D

- D'ADDA A., *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 529
- DALMARTELLO A., *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutorii e contratti sinallagmatici*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 821
- DALMARTELLO A., voce *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 127
- D'ANDREA S., *Azione di risoluzione per inadempimento e cessione del credito*, in *Riv. dir. privato*, 1997, 519
- D'ANGELO And., *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992
- D'ANGELO And., *Le promesse unilaterali, Artt. 1987- 1991*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996, 271 ss.
- D'ANGELO And., *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, IV**, Torino, 2004
- D'ANGELO And., *Un ordine europeo per il diritto civile*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2005, 1
- D'ANGELO Ant., *L'errore senza rimedio*, Milano, 2006
- DAUNER-LIEB B. - HEIDEL T. - LEPA M. - RING G., *Das Neue Schuldrecht*, Heidelberg, 2002

DE CRISTOFARO G., *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contratto e impr.* - Europa, 2006, 43 ss

DE CRISTOFARO M., «Conversione» in prestazione per equivalente ed oneri di attivazione processuale, in *Corriere giur.*, 1996, 1370

DE CRISTOFARO G., *Note introduttive sulla genesi e sull'oggetto della riforma tedesca e sui contenuti del Quaderno*, in C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003

DE GIORGI D., *Profili problematici dell'azione ex art. 2041 c.c. contro il terzo*, in *Corriere giur.*, 2003, 1178

DE MATTEIS R., *L'obbligazione restitutoria tra debito di valuta e debito di valore*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 665

DE MATTEIS R., *Responsabilità e servizi sanitari: modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano, Padova, 2007

DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 50 ss

DE NOVA G., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impr.*, 1988, 327 ss

DE NOVA G., *Nuove tutele e nuovi rimedi in materia contrattuale*, in *Riv. dir. privato*, 2003, 453

DE NOVA G., *Le top ten del titolo sui contratti in generale*, in *Contratti*, 2004, 977

DE NOVA G., *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 345 ss

DENTI V., *Diritto comparato e scienza del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 336

DELFINI F., *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Art. 1463-1466, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003

DELL'AQUILA E., *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 858

DELLACASA M., *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004

DELLACASA M., *Collocamento di prodotti finanziari e regole di informazione: la scelta del rimedio applicabile*, in *Danno e resp.*, 2005, 1225

DELLACASA M., *Gli effetti della risoluzione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *I Rimedi-II*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 370

DELLACASA M., *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 553

DENOZZA F., *La cassazione e la risoluzione del leasing*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, I, t. 1, Milano, 1992, 499

DI GREGORIO V., *Dicta giurisprudenziali in tema di risoluzione del contratto di leasing*, in *Contratto e impr.*, 1991, 927

DI MAJO A., voce *Pagamento*, in *Enc. dir.*, XXXI, 1981, 548

DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale, Art. 1173 – 1176*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988

DI MAJO A., *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale*, in *Riv. critica dir. privato*, 1989, 363

DI MAJO A., voce «*Obbligazione: I) Teoria generale*», in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1

DI MAJO A., voce «*Tutela (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 360

DI MAJO A., *Risoluzione del contratto ed effetti restitutori: debito di valore o di valuta?*, in *Corriere giur.*, 1993, 322

DI MAJO A., *Pagamento del debito altrui, condictio indebiti e arricchimento senza causa*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, 1865

DI MAJO A., voce «*Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria*», in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994

DI MAJO A., *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. critica dir. privato*, 1994, 291 ss

DI MAJO A., *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, 411

DI MAJO A., I «*Principles*» dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 609

DI MAJO A., *Libertà contrattuali e dintorni*, in *Riv. critica dir. privato*, 1995, 5

DI MAJO A., *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'UNIDROIT*, in *Contratto e impr. - Europa*, 1996, 287

DI MAJO A., *Principles dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, in *Scritti in onore di Renato Scognamiglio*, I, Roma, 1997, 277

DI MAJO A., voce «*Responsabilità contrattuale*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 25

DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni*, in *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, I, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1999, 23

DI MAJO A., *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Europa e dir. privato*, 2001, 531

DI MAJO A., *Il regime della nullità?*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, VII, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, 2002, 97

DI MAJO A., *Il contratto e l'obbligazione nei principi*, in *Europa e dir. privato*, 2002, 883

DI MAJO A., *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa e dir. privato*, 2002, 1

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003

DI MAJO A., *La modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 353

DI MAJO A., *La teoria del saldo e la irripetibilità delle prestazioni*, in *Corriere giur.*, 2004, 1503

DI MAJO A., *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 13

DI MAJO A., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. privato*, 2005, 341

DI MAJO A., *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 243

DI MAJO A., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 1

DI PAOLA S. – PARDOLESI R., voce «*Arricchimento: I) Azione di arricchimento (dir. civ.)*», in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988

DIKOFF L., *Studi sulla risoluzione dei contratti bilaterali secondo l'art. 1165 del cod. civ. ital.*, in *Arch. giur.*, 1930

D'ONOFRIO P., in ARU L. – MOSCATI E. – D'ONOFRIO P., *Delle obbligazioni, Artt. 2028 - 2042 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981

E

EBERS M., *Il recesso dal contratto per turbativa della prestazione ai sensi dei §§ 323-326 BGB*, in *Contratto e impr./Europa*, 2004, 812

ESSER J., *Schuldrecht, II, Besonderer Teil*, Tübingen, 1969

F

FABRIZIO-SALVATORE A., *La compensatio lucri cum damno: contrasti e incertezze della giurisprudenza*, in *Danno e resp.*, 2000, 516

FACCI G., *Obbligazioni contrattuali e non contrattuali nella legge di riforma di diritto internazionale privato*, in *Contratto e impr. - Europa*, 1998, 829

FALZEA A., voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 201 ss

FALZONE GALVISI M.G., *La garanzia per vizi*, in *La vendita*, a cura di M. Bin, IV, *Garanzie e inadempimento*, 1, Padova, 1996, 530

FERRARI M., *La responsabilità civile in odontoiatria*, in *Danno e resp.*, 2004, 121

FERRERI S., in MUSY A.M. – FERRERI S., *I singoli contratti. 1. La vendita*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2006

FERRI G.B., *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 421 ss

FONDRIESCHI A., *La prestazione parziale*, Milano, 2005

FUSARO A., *La risoluzione del contratto sulla via della codificazione europea*, in *Nuova giur. civ.*, 2004, II, 312

G

GABRIELLI G., *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, 725

GABRIELLI E., *Il contratto e le sue classificazioni*, in AA.VV., *I contratti in generale*, 1, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, 47

GALGANO F., voce «*Negoziio giuridico (dottrine gen.)*», in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 932

GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, III, 1, Milano, 1988

GALGANO F., *Le obbligazioni e i contratti*, in *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004

GALGANO F., *Le obbligazioni e i contratti*, in *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 2004

GALLIZIOLI G., *Note critiche in tema di compensatio lucri cum damno*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 332

GALLO P., *Arricchimento senza causa (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 677

GALLO P., *La recezione dei modelli continentali nel diritto inglese delle obbligazioni*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, 475

GALLO P., *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996

GALLO P., *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1997

GALLO P., voce «*Quasi contratti*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 154

GALLO P., *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, 385 ss

GALLO P., voce «*Restitution*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 422

GALLO P., voce «*Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 1

GALLO P., *Arricchimento senza causa e quasi contratti. Rimedi restitutori (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 413

GALLO P., *Arricchimento senza causa. Artt. 2041-2042*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2003

GAMBARO A. – MONATERI P.G. – SACCO R., voce «Comparazione giuridica», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1998, 48

GANDOLFI G., *Il diritto privato europeo agli inizi del terzo millennio: prospettive e problemi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2008, 221

GAROFALO L., *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 283 ss

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006

GENICON T., *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007

GENTILI A., *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990

GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, 159 ss

GHESTIN J., *La résolution pour inexécution*, in *Il contratto inadempito*, a cura di L. Vacca, Torino, 1999, 109 ss

GIACOBBE E., *Buona fede, ignoranza dipendente da colpa grave e ripetizione dell'indebito*, in *Corriere giur.*, 1993, 1099

GIACOBBE G. – GIACOBBE D., *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera. Artt. 2222-2228*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995

GIANNATTASIO C., *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXIV, t. 2, Milano, 1977

GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni*, 7° ed., IV, Firenze, 1908

GIORGIANNI M., voce «Causa», in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 569

GIORGIANNI M., voce «Obbligazione (diritto privato)», in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 581

GIORGIANNI M., voce *Inadempimento*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 861

GIORGIANNI M., *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Contratto e impr.*, 1991, 61

GIORGIANNI M., *La «parte generale» delle obbligazioni a cinquant'anni dall'entrata in vigore del codice civile*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 535 ss

GNANI A., *Retroattività di effetti della risoluzione e contenuto dell'obbligo restitutorio*, in *Nuova giur. civ.*, 2003, I, 12

GORGONI M., *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005

GORLA G., *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934

GORLA G., voce «Azione redibitoria», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 880

GORLA G., voce «Giurisprudenza», in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 489

GORLA G., voce «Diritto comparato e straniero», in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1988, 1

GRASSI U., *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996

GRASSO B., *La risoluzione del contratto ex art 1453 c.c. e «sanzione» per inadempimento*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, I, t. 2, Milano, 1992, 647
GRASSO B., *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, Napoli, 1993
GRECO P. - COTTINO G., *Della vendita, Artt. 1470-1547 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna Roma, 1981
GRONDONA M., *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998
GROSSO G., voce «*Contratto (dir. rom.)*», in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 750
GRUNDMAN S., *Germany and the Schuldrechtsmodernisierung*, (2005) *European Review of Contract Law* (1) 129
GUALAZZINI U., voce «*Obbligazione (diritto intermedio)*», in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 570
GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, I, 2, 1998
GUELFUCCI THIEBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilités*, Paris, 1992

H

HAAS L - MEDICUS D. - ROLLAND W. - SCHAFFER C. - WENDTLAND H., *Das Neue Schuldrecht*, Munich, 2002
HAGER J., *Das Rücktrittsrecht*, in *Das Neue Schuldrecht*, Heidelberg, 2002, 174
HENSSLER M. - GRAF VON WESTPHALEN F., *Praxis der Schuldrechtreform*, Recklinghausen, 2003
HUBER P. - FAUST F., *Schuldrechtmodernisierung*, Munich, 2002

I

IRTI N., *Codici di settore: compimento della decodificazione*, in *Dir. e società*, 2005, 131 ss
IUDICA G., *Risoluzione per inadempimento (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 184
IUDICA G., *Risoluzione per inadempimento (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 575
IUDICA G., *Risoluzione per inadempimento (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 745

J

JARACH A., *Pagamento consapevole ma non spontaneo di debito altrui: indebito soggettivo od oggettivo*, in *Corriere giur.*, 1996, 325

K

- KLITSCHÉ DE LA GRANGE A., *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 28
- KOHLER J., *Das Rücktrittsrecht in der Reform (2001)* 56, *Juristenzeitung*, 325
- KUPISCH B., *Ripetizione dell'indebitito e azione generale di arricchimento. Riflessioni in tema di armonizzazione delle legislazioni*, in *Europa e dir. privato*, 2003, 857
- KUPISCH B., voce «*Arricchimento nel diritto romano, medievale e moderno*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 423

L

- LANDO O., *L'Avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat: analyse de certaines différences*, in *Revue des contrats*, 2006, 167
- LARENZ K., *Schuldrecht*, I, München, 1982
- LIBERTINI M., voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 115
- LIPARI M., *La garanzia per vizi e le difformità dell'opera appaltata: risoluzione del contratto, mancanza di qualità promesse e aliud pro alio*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2944
- LIPARI N., *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 711 ss
- LORENZ S. – RIEHM T., *Schuldrechtmodernisierung*, Munich, 2002
- LO SURDO C., *Arricchimento e lesione del potere di disposizione: in merito ad una recente indagine*, in *Danno e resp.*, 2000, 700
- LUCCHINI E., *Fallimento dell'utilizzatore e disciplina del contratto di leasing*, in *Nuova giur. civ.*, 1990, II, 483
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 379 ss. (prima parte) e 821 ss. (parte seconda)
- LUMINOSO A., in A. LUMINOSO – U. CARNEVALI – M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1454 c.c.*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1990
- LUMINOSO A., *Responsabilità e garanzia nella vendita*, in *Danno e resp.*, 1997, 525
- LUMINOSO A., *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/44/CE*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 837
- LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, 2006
- LUPOI M., *Sistemi giuridici comparati*, Napoli, 2001
- LUPOI M., *Diritto "a una dimensione"*, in *Sociologia del dir.*, 2006, 5

M

- MACARIO F., voce «Vendita», in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, 19
- MACARIO F. – MASTROLITO A., *Il prezzo. Il pagamento*, in AA.VV., *I contratti di vendita*, II, a cura di D. Valentino, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2007, 945 ss
- MAFFEIS D., *Risoluzione del leasing, meccanismo di garanzia e restituzione del bene*, in *Contratti*, 1993, 177
- MAFFEIS D., *Oggetto del contratto di leasing e risarcimento del danno*, in *Contratti*, 1994, 49
- MAFFEIS D., *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999
- MAFFEIS D., *Un problema in materia di invalidità o scioglimento del contratto eseguito: la prescrizione delle azioni di ripetizione*, in *Riv. dir. privato*, 2001, 653
- MAFFEIS D., *Un problema in tema di invalidità o scioglimento del contratto eseguito: la prescrizione delle azioni di ripetizione*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, II, Milano, 2002, 1373
- MAFFEIS D., *Responsabilità medica e restituzione del compenso: precisazioni in tema di restituzioni contrattuali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 1121
- MAGAZZÙ A., voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 190
- MALAURIE P., *Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, in *Revue des contrats*, 2006, 7
- MALINVAUD P., *Observation conclusives*, in *L'anéantissement rétroactif du contrat*, Actes du colloque du 22 octobre 2007, in *Revue des contrats*, 2008, 1, 101
- MANIÀCI A. – MENICHINO C., *Il Convegno crotonese sul «nuovo diritto dei contratti»*, in *Riv. dir. privato*, 2001, 915
- MARELLA M.R., *Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 369 ss
- MARESCA G., *Impossibilità della restitutio in integrum e risolubilità, rescindibilità, annullabilità del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 78
- MARICONDA V., *Risoluzione per inadempimento del contratto preliminare di compravendita e danno risarcibile*, in *Corriere giur.*, 2005, 1685
- MARINELLI F., *La cultura del code civil. Un profilo storico*, Padova, 2004
- MARKESINIS B. – UNBERATH H. – JOHNSTON A., *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Oxford, 2006
- MARRONE M., *Problemi delle obbligazioni: una rilettura in chiave storica*, in *Riv. critica dir. privato*, 1988, 785
- MASSETTI C., *Avveramento della condizione risolutiva e domanda di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Nuova giur. civ.*, 1991, I, 728
- MATTEI U., *I rimedi*, in AA.VV., *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001, 105

MAZZAMUTO S., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 585 ss

MAZZARESE T., *Metanorma e linguaggio deontico. Un'analisi logica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1982

MAZZARESE T., *Metanorme. Rilievi su un concetto scomodo alla teoria del diritto*, in P. Comanducci - R Guastini, *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996

MELI M., *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e quadro comune di riferimento*, in *Europa e dir. privato*, 2008, 59

MEMMO D., *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contratto e impr.*, 2004, 797

MENEGUZZO D., *Sulla risoluzione per inadempimento del contratto di leasing*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 327

MENICHINO C., *Ripetizione di indebito oggettivo ed onere della prova*, in *Contratti*, 2004, 678

MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959

MESSINEO F., voce «*Contratto (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 784

MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII, Milano, 1973

MESSINETTI D., *Ritornare a Parmenide? È consigliabile, piuttosto, ripartire dalle «Institutiones»*, in *Riv. critica dir. privato*, 2000, 435

MESSINETTI D., *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa e dir. privato*, 2005, 605

MEUCCI S., *La forma del negozio risolutorio*, in *Riv. dir. privato*, 2005, 347

MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale*, Artt. 1173-1320, in *Commentario del codice civile*, IV, 1, Torino, 1982, 27

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, Artt. 1321-1469, in *Commentario del codice civile*, IV, 2, Torino, 1980, 599

MONATERI P.G., *Risultati e regole (Un'analisi giuridica dell'analisi economica del diritto)*, in *Riv. critica dir. privato*, 1995, 605

MONATERI P.G., *Il concorso dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001, 377

MOSCARINI L.V., *L'appalto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XI, *Obbligazioni e contratti*, 3, Torino, 1984, 738

MOSCATI E., *Pagamento dell'indebito, adempimento del terzo e legittimazione a ripetere la prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, 181

MOSCATI E., voce *Indebito (pagamento dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 83 ss

- MOSCATI E., *Concezione «reale» e concezione «patrimoniale» dell'arricchimento nel sistema degli artt. 2037-2038 del codice civile*, in *Scritti in memoria di Domenico Pettiti*, II, Milano, 1973, 993 ss
- MOSCATI E., *Indebito soggettivo e attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 72
- MOSCATI E., *Spunti storico ricostruttivi sulla pretesa contrapposizione tra indebito oggettivo e soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 314
- MOSCATI E., in L. ARU – E. MOSCATI – P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni*, Artt. 2028 - 2042 c.c., in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1981
- MOSCATI E., *Pagamento dell'indebito (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, 211
- MOSCATI E., *Tutela della buona fede e mala fede sopravveniente nella disciplina dell'indebito*, in *Raccolta di scritti in memoria di Raffaele Moschella*, Perugia, 1985, 303
- MOSCATI E., voce «*Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 447
- MOSCATI E., *Verso il recupero dei «quasi contratti»? (Le obbligazioni restitutorie dal contratto ai «quasi contratti»)*, in *Valore della persona e giustizia contrattuale. Scritti in onore di Adriano De Cupis*, Milano, 2005, 192
- MOSCATI E., *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma*, Atti del convegno di Treviso, 23-25 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 459 ss
- MOSCATI E., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 435 ss
- MOSCO L., *Risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1960
- MUSOLINO G., *La responsabilità civile nell'appalto*, Padova, 2001

N

- NANNI L., in L. NANNI – M. COSTANZA -U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, Artt. 1455-1459 c.c., in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 2007
- NAPPI A. – ZAGREBELSKY V., voce «*Restituzioni (dir. pen.)*», in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991
- NATUCCI A., *Risoluzione per inadempimento e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, 605
- NAVARRETTA E., *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000
- NAVARRETTA E., *La complessità del rapporto tra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Nuova giur. civ.*, 2007, II, 415 ss
- NICOLÒ R., voce «*Adempimento*», in *Enc. dir.*, I, 1957, 548
- NICOLÒ R., voce «*Codice civile*», in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 240

NICOLÒ R., voce «Diritto civile», in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 904
NICOLUSSI A., *Appunti sulla buona fede soggettiva con particolare riferimento all'indebito*, in *Riv. critica dir. privato*, 1995, 265
NICOLUSSI A., *Arricchimento senza causa e bereicherungsrecht*, in *Europa e dir. privato*, 1998, 287
NICOLUSSI A., *Lesione del potere di disposizione ed arricchimento*, Milano, 1998
NUZZO M., *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 308 ss

O

ODERKERK M., *The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research*, in *European Review of Contract Law*, 2007, 315
OMODEI-SALÈ R., *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata. Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*, Padova, 2004
OPPO G., *I contratti di durata*, in *Obbligazioni e negozio giuridico, Scritti giuridici*, Padova, 1992, III, 200 ss
OPROMOLLA G., *Risoluzione parziale del contratto*, in *Contratti*, 2005, 654
OSTI G., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1973 (rist.), 453
OSTI G., *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1973 (rist.), 403

P

PADOA-SCHIOPPA A., *Dal codice napoleonico al codice civile del 1942*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, 923
PAGANO R., *Introduzione alla legistica: l'arte di preparare le leggi*, Milano, 2001
PAGLIANTINI S., *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006
PARDOLESI P., *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 717
PATTI S., *Contratti di durata e appalto d'opera*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 347 ss
PATTI S., *Conclusioni: luci ed ombre nella riforma dello Schuldrecht*, in *Contratto e impr./Europa*, 2004, 952
PATTI S. (a cura di), *Codice civile tedesco*, Milano-München, 2005
PERLINGIERI P., *Il futuro «ius civile» ed il ruolo della dottrina*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, 886
PERULLI A., *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXVII, 1, Milano, 1996

- PETRONIO U., voce «*Risoluzione del contratto (dir. interm.)*», in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1293
- PISANI P., *Vecchi e nuovi itinerari oltre la frontiera aquilana: l'art. 2041 cod. civ.*, in *Riv. dir. privato*, 1999, 382
- PIZZORUSSO A., *Fonti del diritto, Artt. 1-9 disp. prel.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1977
- PLAIA A., *Il contratto risolutorio del preliminare formale*, in *Contratto e impr.*, 1996, 973
- POLLAIOLI M., *La risoluzione parziale per inadempimento del contratto*, in *Contratti*, 2003, 238
- POUND R., *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, vol. 44, 1910, 12 ss
- PRATI M., *Compensatio lucri cum damno*, in *Contratti*, 2003, 13
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Munich, 2008
- PUGLIATTI S., voce «*Alterum non laedere*», in *Enc. dir.*, II, 1958, 93
- PUGLIATTI S., voce «*Autonomia privata*», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 366

Q

- QUADRI E., *Pagamento dell'indebito e ripetizione in un recente lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, 9

R

- RADICE C., *Domande di risoluzione contrapposte e mutuo dissenso*, in *Contratti*, 1993, 527
- RESCIGNO U., *Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi. Presentazione*, in *Pol. dir.*, 1992, 351 ss
- RESCIGNO U., *L'atto normativo*, Bologna, 1998
- RESCIGNO P., voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1224
- RESCIGNO P., voce «*Obbligazioni (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 133
- RESCIGNO P., *Introduzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, *Premesse e Disposizioni Preliminari*, Torino, 1982, 1
- RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1990
- RICCI A., *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007
- RICCOBONO S., voce «*Quasi contratto (diritto romano)*», in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 633

- RIVA SANSEVERINO L., in FERRI G. – RIVA SANSEVERINO L., *Del lavoro*, Art. 2188–2246, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1972
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965
- ROLLI R., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, in *Nuova giur. civ.*, 1997, I, 528
- ROLLI R., *Il «codice» e i codici» nella moderna esperienza giuridica: il modello del codice del consumo*, in *Contratto e impr.*, 2007, 1496 ss
- ROPPO E., *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e «frustration of contract»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, 1239
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001
- ROPPO V., *Prefazione*, in AA.VV., *Il caso Genoa. Alla ricerca di un giudice*, a cura di A.M. Benedetti, Torino, 2005
- ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto e impr.*, 2005, 896
- ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. privato*, 2007, 669 ss
- ROPPO V., *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 599 ss
- ROSSELLO C., *Alternatività pro-parte tra risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente*, in *Corriere giur.*, 1991, 894
- ROSSETTI M., *La risoluzione per inadempimento*, in *Il diritto nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, *I contratti in generale*, XIII, Torino, 2000, 175
- ROSSI CARLEO L., *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 879 ss
- ROSSI CARLEO L., *Il Codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2006, 33 ss
- ROSSI F., *Profili giuridici del mercato degli swaps di interessi e di divise in Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, I, 602
- ROULETTE G., *Nouvelles réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, in *Revue des contrats*, 2007, 1371
- RUBINO D. – IUDICA G., *Dell'appalto*, Art. 1655-1677, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2007
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII, Milano, 1971

S

- SACCOR., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992

SACCO R, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 59

SACCO R., *Alla ricerca dell'origine dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 609

SACCO R., *I rimedi sinallagmatici*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, X, *Obbligazioni e contratti*, 2, Torino, 2002, 643

SACCO R., *Le risoluzioni per inadempimento*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004

SACCO R., *La parte generale del diritto civile. 1. Il Fatto, L'Atto, Il Negozio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005

SALOMONI A., *Garanzia per vizi e perimento della cosa*, in *Corriere giur.*, 1992, 295

SALVI C., voce «*Risarcimento del danno*», in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1084

SALVI C., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2005, 243

SANTORO-PASSARELLI F., voce «*Atto giuridico*», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 203

SARTORI F., *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, in *Riv. dir. privato*, 2004, 283

SCALFI G., voce *Risoluzione del contratto: I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991

SCALISI V., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 847

SCHERMAIER M., *Una superficiale e arbitraria modifica del BGB? Perché la riforma dello Schuldrecht si è rivelata un insuccesso*, in *Contratto e impr./Europa*, 2004, 898

SCHLECHTRIEM P., *Osservazioni sulla disciplina dell'arricchimento senza causa nel diritto tedesco*, in *Riv. critica dir. privato*, 1984, 353

SCHLECHTRIEM P., *The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe*, (2002) *Oxford U Comparative L Forum* 2 at ouclf.iuscomp.org

SCHLESINGER P., voce «*Arricchimento (Azione di)*», in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 1004

SCHLESINGER P., *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, 1275

SCHLESINGER P., voce «*Quasi contratto e quasi delitto (diritto moderno)*», in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 635

SCHLESINGER P., *Leasing: la risoluzione non investe i canoni già pagati*, in *Corriere giur.*, 1986, 854

SCHMIDLIN B., *La risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità ex tunc al rapporto di liquidazione contrattuale*, in *Europa e dir. privato*, 2001, 825

- SCHMIDLIN B., *La caducità del contratto e le azioni di restituzione: il contratto risolto: caduco o sopravvivate?*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, a cura di L. Vacca, Torino, 2006, 161 ss
- SCHULTE-NÖLKE H., *The New German Law of Obligations: an Introduction*, (2002) *Oxford U Comparative L Forum* 1 at <http://www.iuscomp.org/gla/>
- SCHULZE R. – WILHELMSSON T., *From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules*, in *European Review of Contract Law*, 2008, 154
- SCHULZE R., *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 57
- SCHWAB M. – WITT C.H., *Einführung in das neue Schuldrecht*, Munich, 2002
- SCIALOJA A., *Le fonti delle obbligazioni*, in *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, 35
- SERINET Y.M., *Restitutions après anéantissement du contrat*, in http://www.lexinter.net/JF/restitutions_apres_aneantissement_du_contrat.htm
- SCOGNAMIGLIO R., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Studi in onore di Francesco Messineo*, I, Milano, 1959, 521
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, Art. 1321-1352, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970
- SICCHIERO G., *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2007
- SIRENA P., *La gestione di affari altrui come fonte quasi contrattuale dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 249
- SIRENA P., *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 105
- SOMMA A., *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 75
- SPALLAROSSA M.R., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Nuova giur. civ.*, 1989, II, 161
- SPALLAROSSA M.R., *La risoluzione del contratto per inadempimento (artt. 1453 – 1460 c.c.)*, in *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, IV, 2, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991, 891
- SPALLAROSSA M.R., *La risoluzione*, in *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, III, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1999, 2339
- STOLFI G., *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1961
- STOLFI M., *L'appalto e i contratti di durata*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, IV, Milano, 1974, 4197
- STOLFI M., voce «Appalto», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 660

T

TACCANI I., *La riforma del diritto delle obbligazioni in Germania. La nuova disciplina in materia di inadempimento e impossibilità*, in *Contr. impresa/Europa*, 2003, 379

TALAMANCA M., voce «*Obbligazioni (dir. rom.)*», in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 1

TAMPONI M., *La risoluzione per inadempimento*, in AA.VV., *I contratti in generale*, 2, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, 1769 ss

TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, I, 2, Milano, 1987

TASSONE B., *Inadempimento del contratto, restituzione del compenso e risarcimento del danno: variazioni sul tema e note alla luce dell'efficient beach*, in *Danno e resp.*, 2005, 528

TATARANO G., voce *Retroattività*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 83 ss

TERRANOVA C., *La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta*, in AA.VV., *I contratti di vendita*, II, a cura di D. Valentino, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2007, 1134

TOSCHI VESPASIANI F., *Diffida ad adempiere e disponibilità degli effetti risolutivi*, in *Contratti*, 2008, 437

TRABUCCHI A., voce «*Arricchimento (azione di)*», in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 74

TRIMARCHI V.M., voce «*Accordo*», in *Enc. dir.*, I, Milano, 1957, 297

TRIMARCHI P., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962

TRIMARCHI P., *Sulla struttura e sulla funzione della responsabilità per arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, 227

TRIMARCHI P., voce «*Illecito (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 97

TRIMARCHI P., *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, 1149

TRIMARCHI P., *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, III, Milano, 2002, 1943 ss

V

VACCA L., *Profili della «risoluzione» nella compravendita e nella locazione fra storia e comparazione*, in *Europa e dir. privato*, 1998, 493

VAGLIO E., *Inadempimento reciproco e buona fede*, in *Contratti*, 1999, 986

VENTURELLI A., *Sulla specificità e residualità dell'azione di ingiustificato arricchimento: inutilità di un rimedio?*, in *Danno e resp.*, 2003, 863

- VENTURELLI A., *Ingiustificato arricchimento e responsabilità aquiliana: alcune considerazioni*, in *Danno e resp.*, 2004, 710
- VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 34 ss
- VETTORI G., *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 313
- VIGNALI C., *Appalto (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 151
- VIGNALI C., *Appalto (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 447
- VIGNALI C., *Appalto (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 803
- VILLA G., *Impossibilità, imputabilità e contenuto del rapporto obbligatorio*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *Rimedi-2*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 787
- VILLA G., *La quantificazione del danno*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *Rimedi-2*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 943
- VIOTTI G., *Riflessioni sugli effetti della risoluzione di uno dei negozi collegati*, in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, 654
- VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972
- VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2006
- VITUCCI P., *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contratto e impr.*, 1988, 809
- VON BAR C., *Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference*, in *European Review of Contract Law*, 2007, 350
- VON BAR C. – BEALE H. – CLIVE E. – SCULTE-NOLKE H., *Introduction*, in *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, Munich, 2008

Z

- ZAPPATA L., *Recesso unilaterale per inadempimento e azione di risarcimento dei danni*, in *Contratti*, 1998, 590
- ZIMMERMANN R., *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, in A. Burrow – Lord Rodger of Earlsferry (a cura di), *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford, 2006