



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI VERONA

DIPARTIMENTO DI
STUDI GIURIDICI

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO PRIVATO EUROPEO DEI RAPPORTI PATRIMONIALI

CICLO XXII

TITOLO DELLA TESI DI DOTTORATO

RAPPORTO TRA DOMANDA DI ADEMPIMENTO E DOMANDA DI
RISOLUZIONE DEL CONTRATTO PER INADEMPIMENTO

Coordinatore: Prof. Alessio Zaccaria

Tutor: Prof. Gianluca Sicchiero

Dottorando: Dott.ssa Giorgia Costacurta

**RAPPORTO TRA DOMANDA DI ADEMPIMENTO E DOMANDA DI
RISOLUZIONE DEL
CONTRATTO PER INADEMPIMENTO**

INDICE

Capitolo Primo: La risoluzione del contratto per inadempimento

1. Introduzione
2. Le origini storiche della risoluzione per inadempimento
 - 2.1 La risoluzione nel diritto romano
 - 2.2 Dal diritto intermedio al *code civil* francese
 - 2.3 Il ruolo della risoluzione nel codice del 1865
3. Ambito di applicazione della risoluzione per inadempimento
4. L'applicabilità della risoluzione ai contratti aleatori
5. L'applicabilità della risoluzione ai contratti a titolo gratuito
6. L'applicabilità della risoluzione ai contratti con efficacia reale
7. L'applicabilità della risoluzione ai contratti plurilaterali
8. Il fondamento della risoluzione
9. I presupposti della risoluzione
 - 9.1 L'inadempimento
 - 9.1.2 L'ambito oggettivo
 - 9.1.3 L'ambito soggettivo
 - 9.1.4 *Segue*: l'inadempimento imputabile
 - 9.1.5 L'inadempimento grave
 - 9.2 L'inadempimento reciproco

Capitolo Secondo: I rapporti tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione del contratto per inadempimento: la scelta reversibile

1. Rapporti tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione del contratto per inadempimento *ex art. 1453 c.c.*
2. Il cosiddetto "*ius variandi*" nel codice del 1865
3. La Relazione del Guardasigilli al codice
4. Le ragioni giustificatrici della reversibilità
5. Lo *ius variandi* come regola processuale

6. I limiti al mutamento della domanda di adempimento in domanda di risoluzione
- 6.1 *Segue*: i limiti interni al processo
- 6.2 *Segue*: i limiti esterni al processo
7. La natura sostanziale dello *ius variandi*
8. Il rapporto tra l'art. 1453, II comma, I parte c.c. e l'art. 183, VI comma c.p.c. alla luce della riconosciuta natura sostanziale dello *ius variandi*

Capitolo Terzo: La scelta irreversibile: l'art. 1453, II comma, seconda parte c.c.

1. Le ragioni giustificatrici del divieto
2. La portata del divieto
3. La teoria restrittiva
4. Le teorie liberali
5. L'applicazione del divieto all'interno del processo
6. La domanda di adempimento subordinata a quella di risoluzione
7. I limiti all'applicazione del divieto dopo il processo
8. Le singole fattispecie di non operatività dell'effetto preclusivo dopo il processo
9. La *ratio* sottesa alla non applicabilità del divieto di *ius variandi* dopo il processo
10. Gli interessi contrapposti
11. L'applicazione del divieto di *ius variandi* al di fuori del processo
12. I rapporti tra domanda giudiziale di risoluzione e richiesta sostanziale di adempimento successiva al processo
13. I rapporti tra domanda giudiziale di risoluzione e richiesta sostanziale di adempimento nel corso del processo
14. L'effetto preclusivo della risoluzione stragiudiziale

Capitolo Quarto: Rapporto tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione del contratto per inadempimento nel diritto privato francese

Parte prima

1. L'art. 1184 *Code civil*
 2. Il fondamento della *condition résolutoire sous-entendue*
 3. I presupposti per l'applicazione della *résolution judiciaire* di cui all'art. 1184 *Code civil*
 4. Gli ampi poteri concessi al giudice nell'ambito del giudizio di risoluzione
 5. La concessione del *délai de grâce*
 6. Il rigetto della domanda di risoluzione
 7. L'accoglimento della domanda di risoluzione
 8. La condanna al risarcimento del danno
 9. La condanna all'adempimento
 10. I principi sottesi alla facoltà del giudice di decidere *ultra petita*
 11. I più limitati poteri concessi al giudice nell'ambito del giudizio di adempimento
 12. Il rapporto tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione del contratto per inadempimento e il "diritto di pentimento" nel diritto francese
 13. Le singole ipotesi di sostituzione della domanda giudiziale originariamente proposta
 14. La scelta tra esecuzione forzata e risoluzione dopo il passaggio in giudicato della sentenza
 15. La domanda di adempimento successiva alla sentenza di risoluzione del contratto
 16. La domanda di adempimento successiva alla sentenza di rigetto della domanda di risoluzione del contratto
 17. La domanda di risoluzione successiva alla sentenza di condanna all'adempimento del contratto
 18. *Le cumul formel d'actions* e la proposizione subordinata delle due azioni
- Parte seconda**
19. Conclusioni
 20. I principi coinvolti nel rapporto tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione del contratto per inadempimento in Francia ed in Italia

CAPITOLO I

La risoluzione del contratto per inadempimento

1. Introduzione

La validità di un contratto attiene al momento genetico di perfezionamento dello stesso. Peraltro un accordo, seppur concluso validamente, può non produrre gli effetti cui è geneticamente predisposto, qualora circostanze sopravvenute incidano sul suo momento funzionale.

Ciò accade quando, per il verificarsi di eventi successivi alla conclusione dell'accordo, il programma contrattuale posto in essere dalle parti non sia più in grado di funzionare e, quindi, di assicurare il soddisfacimento degli interessi dei contraenti.

L'inidoneità del regolamento contrattuale può dipendere dal comportamento delle parti ovvero da fattori non imputabili e imprevedibili, sottratti al controllo delle medesime.

In entrambi i casi il legislatore ha previsto un apposito meccanismo che consente di riequilibrare il rapporto contrattuale attraverso la eliminazione dei suoi effetti.

Alla disciplina di tale meccanismo il codice civile dedica il Capo XIV del Titolo II del Libro IV, intitolato "Della risoluzione del contratto". Tre le diverse fattispecie ivi disciplinate: la risoluzione per inadempimento, di cui ci occuperemo nel presente studio, la risoluzione per impossibilità sopravvenuta e la risoluzione per eccessiva onerosità¹.

Quanto alla prima ipotesi, l'art. 1453 c.c. offre alla parte non inadempiente di un contratto a prestazioni corrispettive la possibilità, di fronte all'inadempimento della controparte, di agire in giudizio onde ottenere, salvo sempre il diritto al risarcimento del danno, l'adempimento della prestazione contrattuale ovvero la risoluzione del contratto

¹ Per una panoramica generale sulla risoluzione GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 949 ss.

con conseguente scioglimento dal relativo vincolo negoziale.

Ciò significa che il legislatore ha ritenuto di assegnare al creditore la scelta tra il considerare l'inadempimento di controparte definitivo (nell'ipotesi di scelta del rimedio risolutorio) ovvero semplicemente provvisorio (in caso di esercizio dell'azione di adempimento) e, quindi, di qualificarlo - potremmo dire - come semplice ritardo, sanabile, in quanto tale, con l'adempimento tardivo.

Al 2° comma dell'art. 1453 c.c. il legislatore si spinge oltre, determinando l'ampiezza e circoscrivendo i limiti della scelta accordata alla parte non inadempiente; recita infatti la norma: *“La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione”*.

Ciò comporta il riconoscimento a favore del creditore di un limitato *ius variandi*; ed infatti, l'azione volta ad ottenere l'adempimento coattivo del contratto può essere mutata nell'azione diretta ad ottenerne lo scioglimento, mentre, al contrario, la scelta della risoluzione non può essere abbandonata a favore dell'esecuzione forzata dell'accordo.

Dal tenore letterale della norma emerge chiaramente che il creditore può cambiare idea solo nell'ipotesi in cui abbia inizialmente scelto di chiedere l'adempimento del contratto, non nell'ipotesi inversa.

La presentazione della domanda di risoluzione non solo esaurisce il margine di libertà del creditore, ma blocca anche l'iniziativa del debitore; il terzo comma della norma *de qua* recita, infatti, che *“dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione”*.

Anche se il tenore letterale delle disposizioni in oggetto è apparentemente chiaro e invalicabile, dottrina e giurisprudenza ne hanno a più riprese vagliato la solidità,

giungendo sempre più frequentemente a superarne i limiti.

Ci si è chiesti cioè se la domanda di risoluzione determini una paralisi totale del rapporto sostanziale e processuale in essere tra creditore e debitore oppure se vi sia margine per una modifica dello stesso su iniziativa dell'una ovvero dell'altra parte.

Scopo del presente studio è, pertanto, quello di analizzare i significati che la norma può assumere e che in concreto ha assunto anche alla luce dei risultati cui sono giunte dottrina e giurisprudenza.

La conduzione ponderata di tale analisi e l'approdo a dei risultati plausibili presuppone in via preliminare uno studio introduttivo sull'istituto della risoluzione che, partendo dalle sue origini storiche, si occuperà del suo ambito di applicazione, del suo fondamento e approderà all'esame dei suoi presupposti operativi.

Solo la definizione dei contorni della risoluzione per inadempimento consentirà di affrontare la questione dei rapporti tra l'istituto e la richiesta di adempimento, al fine di valutare l'eventuale spazio concesso all'autonomia privata per forzare il dato positivo.

2. Le origini storiche della risoluzione per inadempimento

2.1 La risoluzione nel diritto romano

E' opinione quasi unanime che il rimedio della risoluzione non fosse conosciuto nel diritto romano².

A giustificazione di tale assunto si sono sviluppati diversi orientamenti che hanno preso perlopiù in considerazione lo schema contrattuale più diffuso nella pratica quotidiana del commercio, vale a dire il contratto di compravendita.

² Per una analisi più approfondita si veda AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, pag. 13 e ss. Per una rapida disamina sulla risoluzione nel contesto storico-dogmatico si veda invece SCHMIDLIN, *La risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità ex tunc al rapporto di liquidazione contrattuale*, in *Diritto europeo*, 2001, p. 825 ss.

Secondo una prima opinione³, a sostegno dell'inesistenza del rimedio deporrebbe l'indipendenza delle obbligazioni del venditore e del compratore nella compravendita romana⁴.

Mancando tra le prestazioni dedotte in contratto un rapporto di interdipendenza analogo al vincolo sinallagmatico oggi normativamente previsto nei contratti bilaterali, difetterebbe per il contraente che ha adempiuto la possibilità di pretendere la prestazione connessa alla propria.

Ciò comporterebbe, come conseguenza, la configurabilità del rimedio solo nei casi in cui tra le prestazioni vi sia una relazione sinallagmatica tale da rendere l'una la causa giustificatrice dell'altra.

Tale affermazione costituirebbe, *a contrariis*, argomento a sostegno della teoria (che meglio si spiegherà in prosieguo) che individua il fondamento della risoluzione in un difetto sopravvenuto della causa del contratto, tale da alterare l'equilibrio geneticamente esistente tra le prestazioni ivi dedotte.

Secondo altri, l'assunto da cui si è partiti muoverebbe innanzitutto dalla considerazione che il commercio si sviluppava prevalentemente attraverso il ricorso alla vendita reale in cui pagamento del prezzo e consegna della cosa (la cosiddetta *mancipatio*) erano requisiti essenziali ai fini del perfezionamento del contratto e non solo della sua esecuzione⁵.

Va da sé che la mancata esecuzione di una delle due prestazioni non incideva sul rapporto giuridico già in essere, ma impediva direttamente la nascita del contratto.

³ Ne riferisce CERAMI, voce *Risoluzione del contratto* in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, p. 1288 ss.

⁴ Una più marcata interdipendenza funzionale tra prestazioni era invece presente nel contratto di *locatio conductio* e, segnatamente, nella *locatio rei*. Era infatti riconosciuta a determinate condizioni sia al locatore, attraverso l'esperimento dell'*actio locati*, sia al conduttore, attraverso l'esercizio dell'*actio conducti*, la facoltà di chiedere la risoluzione del rapporto contrattuale. Così ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Parigi, 1965, p. 261, nota 1202.

⁵ SCADUTO, *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano* in *Annali Palermo*, n. 6, Palermo, 1921.

Il principio secondo il quale la proprietà del bene non veniva acquistata dall'acquirente fintantoché non fosse stato pagato il prezzo, non fosse data garanzia per il suo pagamento ovvero il venditore non avesse fatto credito al compratore, era reputato poi più che sufficiente per tutelare il venditore dal rischio di inadempimento dell'acquirente poiché, essendone ancora proprietario, poteva riottenere il possesso attraverso l'azione di rivendica.

L'esigenza di tutelare il creditore di un contratto si sviluppa allora solo con la successiva evoluzione economica e, soprattutto, con la nascita della vendita obbligatoria caratterizzata dall'obbligo di pagare il prezzo e di trasferire la proprietà del bene.

Ciononostante, l'evoluzione del rimedio risolutorio non è immediata; ancora in età diocleziana, infatti, l'*actio venditi* e l'*actio empti* potevano essere esperite, in caso di inadempimento della controparte, solo per ottenere la controprestazione e non per risolvere il contratto.

Un primo avvicinamento si registra con la creazione, dapprima come clausola contrattuale voluta dalla concorde volontà dei contraenti e poi come mezzo di tutela accordato dal Pretore a titolo di equità, della cosiddetta *exceptio inadimpleti contractus* che consentiva perlopiù al venditore di non consegnare la cosa fino al momento del pagamento del prezzo⁶.

Non mancano poi autori i quali ritengono che la mancanza nel diritto romano di un rimedio generale assimilabile alla nostra risoluzione debba farsi risalire al fatto che nella vendita l'inadempimento operava come una sorta di condizione risolutiva del contratto (la cosiddetta clausola commissoria)⁷.

A ben vedere tuttavia, l'istituto non va sottovalutato, merita anzi qualche breve cenno in considerazione del fatto che esso mostra qualche analogia con istituti che verranno

⁶ Di essa vi è traccia nelle Istituzioni di Gaio e nei testi del Digesto.

⁷ Si rimanda a tal riguardo agli studi condotti dai giureconsulti romani, tra i quali, PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, II, p. 286 nonché ad AULETTA, *op. cit.* p. 24 ss.

disciplinati, parecchi secoli più tardi, nelle prime codificazioni degli stati europei.

Nonostante la varietà di opinioni espresse al riguardo, si ritiene perlopiù che, ai fini della risoluzione del contratto di vendita, non fosse sufficiente l'inadempimento, ma fosse necessaria una manifestazione di volontà da parte del contraente adempiente.

Ciò si giustifica affermando che, se così non fosse stato, il compratore, in caso di perimento del bene acquistato, avrebbe potuto rendersi inadempiente, risolvere la vendita e addossare al venditore il rischio della cosa venduta.

Particolarmente interessante, ai fini del presente studio, il fatto che, secondo i maggiori interpreti delle fonti romane, una volta manifestata la volontà di risolvere l'accordo, il contraente non inadempiente non potesse più cambiare idea e pretendere dalla controparte il pagamento del prezzo. Allo stesso modo, qualora la parte non inadempiente avesse chiesto e accettato il corrispettivo, non avrebbe più potuto chiedere la risoluzione del contratto.

Questo divieto assoluto di *ius variandi* fa sicuramente pensare al disposto dell'art. 1453, 2° comma c.c., laddove impedisce al contraente non inadempiente, che abbia scelto di risolvere il contratto, di ritornare sui propri passi e pretendere l'adempimento di controparte.

Più drastico rispetto alla norma del nostro codice civile era tuttavia il *modus operandi* della legge commissoria: il divieto per il contraente di modificare *in itinere* la propria volontà sussisteva infatti anche nel caso in cui avesse inizialmente chiesto il pagamento del prezzo.

Le differenze evidenziate si giustificano considerando la diversa natura dei due istituti e le differenti modalità con cui essi operano.

In particolare, nella compravendita romana cui fosse stata apposta una clausola commissoria, il divieto di variare la domanda di risoluzione in richiesta di adempimento

poteva essere fatto risalire agli stessi caratteri della *lex commissoria*, vale a dire al fatto che si trattava di clausola accessoria che, una volta inserita nel contratto, ne diventava parte integrante ed essenziale.

L'attivazione della clausola e il suo operare con efficacia retroattiva determinavano necessariamente quale conseguenza l'estinzione *ex tunc* del contratto che la conteneva.

Il divieto opposto invece veniva giustificato con la considerazione che, agendo in base al rapporto negoziale in essere, la condizione doveva considerarsi definitivamente mancata con la conseguenza del venir meno del presupposto sul quale fondare la richiesta di risoluzione.

Diversi, come meglio si vedrà nel secondo capitolo, gli argomenti ai quali perlopiù ci si riporta nel nostro ordinamento giuridico per spiegare il divieto di mutare la domanda di risoluzione in domanda di adempimento, di cui all'art. 1453, 2° comma c.c..

Trattasi, infatti, di argomentazioni che non ineriscono alla struttura e alle sorti del contratto, il che si spiega facilmente considerando che, mentre la clausola commissoria costituiva un elemento facente parte integrante dell'accordo raggiunto dalle parti, l'attuale risoluzione si pone completamente al di fuori della negoziazione condotta dai contraenti.

Trattandosi di rimedio previsto per legge, nessun ruolo spetta al riguardo alla volontà negoziale così come concordata e oggettivata nel testo dell'accordo, essendo sufficiente l'intenzione debitamente manifestata da una delle parti successivamente alla mancata esecuzione *ex uno latere* del contratto.

L'importanza della clausola compromissoria è stata forse, ci sia consentito, a parere di chi scrive, sottovalutata dagli studiosi che si sono occupati della risoluzione per inadempimento.

Balza agli occhi, infatti, che, pur nella differenza di disciplina e dato comunque per

presupposto che pur sempre di istituti giuridici diversi si tratta, è anche vero che si possono individuare delle analogie.

Non sembra revocabile indubbio, dapprima, che alla base vi sia un'esigenza comune, ovvero sia la necessità di tutelare in certo qual modo il contraente che, pur avendo rispettato i termini dell'accordo per avervi dato attuazione, è risultato danneggiato dall'inadempimento di controparte.

Entrambi gli istituti finiscono poi, a parere di chi scrive, con l'interagire con uno degli elementi essenziali dell'accordo: la causa.

Pare innegabile infatti che, volendo considerare la causa come il presupposto che unisce le due prestazioni e rende l'una la ragione giustificatrice dell'altra, la risoluzione – a prescindere dalle modalità concrete del suo operare – trovi il proprio fondamento in un difetto sopravvenuto del rapporto causale.

In entrambi i casi, in altre parole, la risoluzione sarebbe la conseguenza logica di un “difetto dello scambio” che non permette alla causa del contratto di funzionare.

L'importanza della *lex commissoria*, come preannunciato, emerge anche dallo studio del *code civil* francese – precursore di tutte le principali codificazioni europee, tra le quali, *in primis*, il nostro codice del 1865 - nel quale pure, sebbene con le profonde differenze che si andranno ad analizzare, la risoluzione viene costruita secondo lo schema della condizione risolutiva di inadempimento.

Ora, se è vero che la risoluzione così come esistente nell'ordinamento giuridico francese, costituisce il risultato degli approfondimenti condotti nel diritto intermedio ed, in particolare, dagli studiosi del diritto canonico, è anche vero che può ipotizzarsi un *trait d'union*, seppur flebile, con la *lex commissoria* del contratto di compravendita del diritto romano.

2.2 Dal diritto intermedio al *Code civil* francese

Se è vero che solo con il codice civile del 1942 la risoluzione viene riconosciuta come rimedio generale applicabile ai contratti a prestazioni corrispettive, distinta da quegli altri istituti quali la rescissione, la nullità e l'annullamento, con i quali era stata trattata promiscuamente sia dai legislatori che dagli interpreti, è anche vero che, nel dipanare le incertezze esistenti in merito al rimedio in oggetto, molto si deve anche alla codificazione napoleonica, la quale fu preceduta da un grande sforzo dottrinale volto a dare una sistemazione teorica ad istituti giuridici come la risoluzione.

E se anche il legislatore napoleonico non giunse a riconoscerle una propria autonomia e una propria disciplina, il grande merito del *code civil* del 1804 fu di considerare il “contratto come paradigma”⁸, superando in tal modo la tipicità contrattuale e ponendo il fondamento normativo per una trattazione unitaria della formazione, dell'efficacia, dell'invalidità e dell'inefficacia dei contratti⁹.

Ed infatti l'esperienza giuridica medievale e moderna aveva sempre preso in considerazione i singoli contratti nella loro configurazione tipica, senza giungere alla teorizzazione di una figura giuridica in grado di abbracciare le singole fattispecie contrattuali.

Ciò rappresenta il motivo per cui le singole situazioni risolutorie erano state sempre analizzate in relazione a questo o a quel contratto, senza estenderne la portata alla categoria contrattuale considerata nella sua unitarietà.

E' comunque nel diritto intermedio ed in particolare nel diritto canonico che il rimedio *de quo* conosce un suo primo importante sviluppo anche se a livello embrionale.

⁸ MESSINEO, voce *Contratto (Diritto privato – teoria generale)* in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 785 ss.

⁹ PETRONIO, voce *Risoluzione del contratto (diritto intermedio)* in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, p. 1293 ss..

Più precisamente, è nel diritto canonico che a parere di molti fa il suo primo ingresso a livello normativo il collegamento della risoluzione con il concetto di condizione tacita o sottintesa cui faranno ampiamente ricorso gli ordinamenti giuridici dei secoli successivi¹⁰.

Nel codice napoleonico, che, ripetesi, grande influenza ha avuto sulle codificazioni europee e sui codici italiani preunitari, l'inadempimento non ha assunto rilevanza giuridica autonoma, ma è stato configurato come contenuto presunto di una condizione risolutiva tacita.

Recita infatti l'art. 1184 *code civil* francese: “*La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement*”.

Viene cioè data per presupposta la volontà delle parti di vincolare, condizionandole reciprocamente, l'esecuzione della propria prestazione all'esecuzione di quella di controparte¹¹.

L'importanza di tale costruzione emerge nella conseguenza di poter apporre la condizione risolutiva tacita di inadempimento ai soli contratti a prestazioni corrispettive così come oggi sancisce espressamente l'art. 1453 del nostro codice civile¹².

Il *code civil* francese pertanto, attraverso la previsione di una applicazione generalizzata alla categoria dei contratti sinallagmatici, rappresenta il primo passo verso la configurazione che l'istituto della risoluzione per inadempimento ha assunto nel nostro codice civile attuale.

¹⁰ Tale ricostruzione consentiva di dare attuazione al noto brocardo “*fides non est servanda ei qui frangit fidem*” il quale a sua volta permetteva di punire il contraente infedele, privandolo del diritto di ricevere la prestazione della parte rimasta invece fedele. Per uno studio più ampio si veda BOYER, op. cit., p. 225 nota 26.

¹¹ Per una trattazione più approfondita dell'art. 1184 *code civil* francese e della condizione tacita di inadempimento si rinvia a SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, p. 264 ss.

¹² L'influenza di tale impostazione emerge in numerosi codici quali il codice del Regno delle Due Sicilie, il codice per il Regno di Sardegna del 1837 e il codice per gli Stati estensi del 1851.

Il fatto di essere disciplinata all'art. 1184 nella sezione dedicata alle obbligazioni condizionali comporta come conseguenza l'accostamento, da parte della maggioranza della dottrina francese, della condizione tacita di inadempimento alla condizione risolutiva espressa prevista nell'art. 1183 *code civil*¹³.

L'accostamento non pare impedito dal fatto che, ai sensi del 2° comma dell'art. 1184 “*Dans ces cas, le contrat n'est point résolu de plein droit*”, esistendo a favore della parte non inadempiente il potere di scelta tra adempimento e risoluzione¹⁴.

Il 3° comma della stessa norma chiarisce infine che la risoluzione deve essere domandata al giudice. Trattasi di formulazione non certo felice se si pensa che il riferimento alla condizione non lascia supporre la necessità del ricorso al giudice. La disposizione è stata perlopiù spiegata con la preoccupazione di evitare la rigorosa applicazione dei principi connessi alla condizione risolutiva tra i quali, *in primis*, il carattere automatico della risoluzione.

In particolare l'esigenza di ricorrere al giudice per ottenere la risoluzione del contratto è stata concepita come l'unico strumento in grado di tutelare la posizione del debitore di fronte a pretese temerarie del creditore.

Come detto, la codificazione napoleonica ha saputo esercitare una grande influenza sui codici europei tra i quali figurano, per quanto concerne la nostra legislazione in particolare, il codice albertino (il quale tuttavia, a differenza del compagno francese, escludeva che la condizione tacita di inadempimento potesse operare nella compravendita di immobili¹⁵), e poi, come meglio vedremo nel prossimo paragrafo, il

¹³ Così TOULLIER, *Droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, VI, Parigi, 1824, n. 554 ; MARCADE', *Explication théorique et pratique du code napoléon contenant l'analyse critique des auteurs e de la jurisprudence*, IV, sub art. 1184, Parigi, 1866, p. 465.

¹⁴ E in questo *modus operandi* non può non ravvisarsi una certa analogia con le modalità operative della clausola commissoria.

¹⁵ Recitava, infatti, l'art. 1275 del codice albertino: “*Il venditore di uno stabile non può chiedere la risoluzione della vendita per il motivo che il prezzo non viene pagato. Ogni convenzione in contrario si avrà per non apposta*”.

codice del 1865, che tornò alla formulazione originaria dell'art. 1184 c.c. francese, lasciando cadere la disposizione eccezionale in materia di vendita immobiliare.

2.3 Il ruolo della risoluzione nel codice del 1865

L'influenza esercitata dal *code civil* francese sul nostro codice del 1865 si manifesta chiaramente a partire dalla stessa formulazione letterale della norma.

Recita infatti l'art. 1165 c.c.: *“La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.*

In questo caso il contratto non è sciolto di diritto. La parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambedue i casi.

La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente, e può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze.”

Come già avevano fatto gli studiosi francesi dell'800, i quali si erano limitati ad accostare la condizione tacita di cui all'art. 1184 alla condizione risolutiva espressa del precedente art. 1183, anche la dottrina italiana si limitò perlopiù ad affermare il fondamento condizionale dell'istituto, pur sottolineandone il diverso *modus operandi*.

Se anche l'art. 1165, III comma prevedeva che la risoluzione dovesse essere domandata giudizialmente, vi era nel nostro panorama dottrinale la tendenza a sottovalutare la necessità dell'intervento del giudice ai fini della declaratoria di risoluzione del contratto. Tale intervento veniva perlopiù giustificato sulla base di ragioni storiche e di carattere pratico che nulla toglievano al fondamento condizionale dell'istituto¹⁶.

Tuttavia, se anche al suddetto intervento non veniva data la giusta importanza sotto il

¹⁶ In tal senso CAPORALI, *Teoria della condizione risolutiva tacita nel diritto civile*, Firenze, 1885, p. 5 ss.

profilo della giustificazione causale dell'istituto, nondimeno la presenza del giudice in materia era molto forte. Spettava infatti all'autorità giudiziaria, oltre al potere di dichiarare la risoluzione, anche la facoltà di concedere al debitore un termine per l'adempimento.

Si trattava di una facoltà particolarmente ampia se si considera che la concessione era rimessa alla discrezionalità del giudice, il quale, secondo quanto previsto dall'art. 1165, poteva accordarla semplicemente "secondo le circostanze".

Si giungeva addirittura a ritenere che il termine potesse essere concesso in grado d'appello, pur sussistendo tutti i presupposti per la risoluzione.

Ne derivava che il debitore, inizialmente inadempiente, poteva adempiere nel termine successivamente concessogli dal giudice, e paralizzare, per tale via, l'operare della risoluzione¹⁷, pur ricorrendone tutti i presupposti.

Ciò, ovviamente, rappresentava un importante (forse eccessivo) strumento di tutela del debitore, il quale poteva, a propria discrezione ed in qualsiasi momento – vale a dire semplicemente decidendo di adempiere – bloccare lo scioglimento del contratto e, con esso, paralizzare la domanda giudiziale già presentata dal creditore.

Fu forse proprio la considerazione dell'eccessiva protezione accordata al debitore, uno dei motivi che portò il legislatore a prevedere una disciplina parzialmente diversa con l'introduzione dell'art. 42 del Codice di commercio del 1882 e con la soppressione, ivi prevista, del potere giudiziale di dilazione.

Ne derivò un'importante differenza di disciplina tra obbligazioni civili e obbligazioni di carattere commerciale e fu proprio alla normativa introdotta dal codice di commercio che si ispirò, perlomeno da questo punto di vista, il legislatore del 1942 nella regolamentazione della risoluzione per inadempimento.

¹⁷ In tal senso Tribunale di Bologna, 14 maggio 1879 in *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice civile*, vol. VI, sub art. 1165 n. 732, p. 91.

Da tale eliminazione si evinceva perlopiù che il giudice, accertato l'inadempimento della parte, non potesse non pronunciare la risoluzione, giungendo addirittura ad affermare che il debitore non potesse precludere lo scioglimento del contratto neppure adempiendo prima della proposizione della domanda giudiziale¹⁸.

Particolarmente importante era l'inciso contenuto al secondo comma dell'art. 1165, laddove si prevedeva la facoltà del contraente adempiente di scegliere tra domanda di adempimento e domanda di scioglimento del contratto.

Nessuna preclusione sembrava *prima facie* sussistere al riguardo in capo alla parte che si attivava per la tutela giudiziale della propria posizione contrattuale; ed infatti, nessun limite sembrava derivare dalla norma alla facoltà del contraente di mutare la domanda giudiziale già esperita e di chiedere la risoluzione in luogo dell'adempimento o, viceversa, di chiedere l'adempimento dopo aver agito per ottenere la risoluzione.

Si trattava di un potere di scelta particolarmente ampio il quale, a ben vedere, trovava un limite proprio nel potere del debitore di adempiere nel "termine di grazia" concessogli dal giudice *ex art. 1165* ultimo comma, nel corso del processo.

Cosicché, a parere di chi scrive, la dilazione concessa dal giudice poteva trovare una propria giustificazione causale proprio alla luce dell'ampio potere di scelta accordato al creditore.

Va da sé che, una volta eliminata la possibilità di concedere un termine di dilazione per l'adempimento (il che avvenne dapprima ad opera del codice del commercio del 1882 e, poi, ad opera del legislatore del 1942), si doveva in qualche modo circoscrivere anche l'eccessiva facoltà di scelta lasciata al creditore. Cosa che, come ben si sa, è avvenuta con l'art. 1453 II comma, codice civile.

¹⁸ Per lo studio del rimedio nella materia commerciale si veda VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Vol. IV, II, Roma, 1919, p. 183 ss.

3. Ambito di applicazione della risoluzione per inadempimento

Il rimedio della risoluzione, come preannunciato, è ammesso alla presenza di una circostanza sopravvenuta che impedisce al contratto di funzionare; tale circostanza, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1453 c.c., è costituita dall'inadempimento della controparte.

Come recita la stessa disposizione, la risoluzione può essere esercitata solo nei contratti "con prestazioni corrispettive", caratterizzati cioè dalla presenza di due attribuzioni patrimoniali reciproche.

Nel circoscrivere l'ambito di applicazione del rimedio, l'art. 1453 c.c. ripete pedissequamente quanto indicato nella Relazione al codice (n. 660), secondo la quale la risoluzione "*può verificarsi esclusivamente rispetto ai contratti a prestazioni corrispettive*"; la stessa Relazione precisa poi che con tale espressione deve intendersi "*ogni contratto che abbia per oggetto attribuzioni patrimoniali reciproche in situazione di sinallagma (...) in cui l'attribuzione procurata o promessa ad una parte è scopo dell'attribuzione procurata o promessa all'altra*".

Non si richiede che le prestazioni siano contemporanee avuto riguardo alla loro insorgenza ed esecuzione, essendo comunque sufficiente che le stesse siano legate e contrapposte nel sinallagma contrattuale, sì da risultare l'una il giustificativo dell'altra¹⁹.

Il nesso di corrispettività "qualificato", necessariamente richiesto tra le prestazioni come presupposto per la risolubilità, porta a ritenere irrilevante l'inadempimento di alcune prestazioni che potremmo definire di carattere accessorio e secondario; tali, ad

¹⁹ Così Cassazione, 30 luglio 1984, n. 4534 in tema di contratto preliminare di vendita immobiliare in cui il promittente venditore si era impegnato in via alternativa a concludere il contratto definitivo o a rilasciare procura irrevocabile a vendere il bene al promissario acquirente; ugualmente Cassazione, 9 dicembre 1988, n. 6680.

esempio, le prestazioni che il creditore deve eseguire al fine di rendere più agevole l'adempimento del debitore o, ancora, le obbligazioni restitutorie (si pensi all'obbligo di restituzione del locatario, dell'usufruttuario e del mutuatario), le quali addirittura permangono in vita anche in presenza di un contratto annullato o dichiarato nullo²⁰.

Sebbene la disposizione *de qua* chiarisca in maniera sufficientemente precisa l'ambito di applicazione del rimedio, vi sono delle categorie contrattuali per le quali la sua operatività appare tutt'altro che pacifica.

Scopo dei prossimi paragrafi è pertanto quello di esaminare le principali fattispecie²¹ contrattuali in relazione alle quali l'applicabilità della risoluzione è apparsa più dubbia, per cercare di giungere ad una soluzione soddisfacente.

4 L'applicabilità della risoluzione ai contratti aleatori

La sussistenza, nell'ambito di un contratto, di prestazioni corrispettive è stata da taluno ritenuta elemento necessario ma non sufficiente per l'applicabilità del rimedio risolutorio.

Al riguardo occorre premettere che nella categoria suddetta vanno tenute distinte due diverse tipologie di contratti: quelli commutativi e quelli aleatori; secondo qualche

²⁰ SACCO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, II, III, Torino, 2004, p. 621 ss.

²¹ L'analisi che ci si accinge a condurre non è, a dire il vero, esaustiva, posto che il problema si pone anche con riferimento ad altre fattispecie contrattuali. Tra queste, un breve cenno meritano i contratti cosiddetti "onerosi", i quali, pur essendo caratterizzati da "sacrifici economici a carico di entrambi i contraenti", non possono comunque definirsi "sinallagmatici", difettando in loro il nesso di interdipendenza tra prestazioni, che giustifica il ricorso al rimedio risolutorio. Esempi importanti ne sono il mandato e il deposito oneroso, i quali, tradizionalmente, sono sempre stati considerati come contratti unilaterali o, tutt'al più, bilaterali imperfetti.

La dottrina ha ritenuto, per lo più, che la prestazione del mandatario o del depositario non trovasse la propria ragion d'essere nel compenso della controparte, quanto, piuttosto, nel rapporto di fiducia esistente tra i contraenti e che li aveva portati alla conclusione dell'accordo. Attualmente, la tendenza ad ampliare l'ambito di applicazione del rimedio risolutorio, ha indotto gli autori e la giurisprudenza a far rientrare anche tali fattispecie contrattuali nel novero dei "contratti a prestazioni corrispettive". Così LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Trattato Rescigno*, 12, *Obbligazioni e contratti*, IV, Torino, 1985, p. 45. In giurisprudenza cfr. Cassazione, 16 ottobre 1984, n. 5209. Per una rapida disamina si veda anche AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie* in *Il Trattato del contratto* a cura di Roppo, V, 2, Milano, 2006, p. 20.

autore solo agli accordi di tipo commutativo sarebbe applicabile la risoluzione per inadempimento, laddove, al contrario, quelli aleatori sarebbero soggetti esclusivamente a manutenzione²².

La teoria sembrerebbe trovare fondamento nell'art. 1878 c.c. il quale, a proposito della rendita vitalizia, tipico contratto aleatorio, espressamente sancisce l'impossibilità di ricorrere alla risoluzione per inadempimento in caso di mancato pagamento delle rate di rendita scadute, attribuendo al creditore solo la facoltà di far sequestrare e vendere i beni del suo debitore allo scopo di utilizzarne il ricavato per il pagamento della rendita.

In verità, la norma sembra dover essere interpretata tenendo conto della *ratio* che vi sta alla base, ovverosia l'esigenza di tutelare al meglio il creditore della rendita: la possibilità di far sequestrare e vendere i beni del debitore gli garantisce infatti di disporre il più velocemente possibile di una somma di denaro da impiegare per il soddisfacimento dei propri bisogni.

Non va dimenticato inoltre, a scapito della tesi menzionata, che anche in materia di rendita vitalizia è espressamente prevista un'ipotesi di risoluzione per inadempimento; l'art. 1877 c.c. sancisce infatti la risolubilità della rendita costituita a titolo oneroso, qualora il debitore non dia al creditore o diminuisca le garanzie pattuite.

A ciò si deve aggiungere il fatto non secondario che il legislatore, se avesse effettivamente voluto sottrarre i contratti aleatori al rimedio della risoluzione per inadempimento, avrebbe probabilmente previsto una norma *ad hoc*, come ha fatto all'art. 1469 c.c. con riferimento all'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Anche esigenze di equità sostanziale depongono a favore dell'ammissibilità della risoluzione per inadempimento nei contratti aleatori. Così, ad esempio, se anche il codice civile agli artt. 1901 e 1924 si occupa esclusivamente di disciplinare il potere di risoluzione spettante all'assicuratore, senza fare alcun cenno ad un analogo potere

²² MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 138 ss.

dell'assicurato, non sembrano esservi dubbi sul fatto che l'assicurazione possa risolversi anche per inadempimento dell'assicuratore, dovendo in caso contrario l'assicurato continuare a pagare i premi non ancora scaduti²³.

5. L'applicabilità della risoluzione ai contratti a titolo gratuito

Dal tenore letterale dell'art. 1453 c.c. sembra evincersi chiaramente che l'applicazione della risoluzione per inadempimento è limitata ai contratti a prestazioni corrispettive.

Solo la funzione di scambio presente in tali contratti e resa impossibile dall'inadempimento *ex uno latere* giustificerebbe il ricorso al rimedio *de quo*.

Nei contratti a titolo gratuito, per contro, in quanto caratterizzati dalla presenza di una prestazione a carico di una sola parte, alla quale non corrisponde un sacrificio della controparte, il rimedio non troverebbe applicazione.

A tale opinione, sostenuta soprattutto dai primi commentatori del codice²⁴, è venuta progressivamente sovrapponendosi la tesi contraria favorevole all'applicazione del rimedio risolutorio anche ai contratti con una sola prestazione.

Tale opinione sembra giustificarsi alla luce del fatto che, pur in mancanza di una relazione sinallagmatica tra prestazioni, a carico del beneficiario potrebbero essere posti degli obblighi di carattere accessorio, considerati, nella fattispecie concreta, determinanti nell'economia del contratto e che egli potrebbe anche non adempiere²⁵.

Ciò presupporrebbe trattarsi di obblighi che, sebbene meramente accessori da un punto

²³ L'esempio è riportato da SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento, Il Codice Civile, Commentario*, sub art. 1453, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2007, p. 4 ss. Si veda lo stesso autore per una disamina più dettagliata dei casi di applicabilità della risoluzione per inadempimento.

²⁴ Tra questi ENRIETTI, *La risoluzione del contratto in generale*, in *Commentario D'Amelio-Finzi*, sub art. 1453 c.c., Firenze, 1948, p. 780; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, IV, Padova, 2004, p. 559 ss.

²⁵ L'opinione è di BIANCA, *La responsabilità, Diritto Civile*, V, Milano, 1994, p. 259 ss.

di vista astratto, abbiano condizionato, nel caso concreto, la stessa conclusione del contratto, entrando, per ciò stesso, a far parte del vincolo sinallagmatico.

Va da sé che, per tale via, la loro violazione opererebbe alla stregua dell'inadempimento della prestazione principale, andando così ad alterare l'equilibrio sinallagmatico concretamente sviluppatosi all'interno del contratto.

Si pensi, al riguardo, ad una donazione modale in cui il disponente si sia deciso al compimento dell'atto solo in vista dell'adempimento dell'onere.

Nei contratti a titolo gratuito, ovviamente, inadempiente potrebbe essere lo stesso contraente tenuto alla prestazione.

Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ad un contratto di deposito (presunto gratuito) e all'obbligo di custodia gravante sul depositario.

Al riguardo, si potrebbe ipotizzare che il depositante si sia rivolto ad un determinato depositario solo in considerazione delle sue ottime capacità di custodia di un bene particolarmente prezioso.

Se il depositario violasse il suddetto obbligo, lasciando incustodito il bene o semplicemente non custodendolo secondo quanto contrattualmente stabilito, si potrebbe anche ritenere fondata la pretesa del depositante di chiedere lo scioglimento dell'accordo per inadempimento, allo scopo di ottenere quanto prima la restituzione del bene e potersi rivolgere *aliunde* per la custodia dello stesso.

E' vero che in simili casi non si può pensare alla risoluzione come rimedio che pone nel nulla il vincolo sinallagmatico esistente tra le prestazioni contrattuali, ma si tratta di chiedersi se ciò sia sufficiente per negare spazio al rimedio al di fuori delle ipotesi normativamente previste.

In realtà, con riferimento precipuo alla donazione modale, che una "parvenza" di corrispettività fosse ivi rintracciabile, era già presente al legislatore del 1942, il quale,

all'art. 793 c.c., ha espressamente disciplinato la risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere.

Sulla rapportabilità del rimedio risolutorio specifico al modello generale sono stati scritti fiumi di inchiostro; al riguardo, a parere di chi scrive, pare convincente la tesi di coloro i quali individuano tra i due istituti un rapporto di *genus* (art. 1453 c.c.) *ad speciem* (art. 793 c.c.) e che giustificano le differenze di presupposti e di operatività con ricorso alle peculiarità proprie del contratto di donazione.

Se si accetta quanto sopra, si deve giocoforza ammettere l'applicabilità anche alla risoluzione dell'atto di liberalità per inadempimento del *modus*, dell'art. 1453 2° comma c.c. in materia di *ius variandi*²⁶, con tutte le problematiche che ciò comporta e che si analizzeranno nel corso del secondo capitolo.

Se l'applicazione del rimedio risolutorio al contratto di donazione è giustificata dalla presenza di una norma *ad hoc*, così come sopra interpretata, altrettanto non può dirsi per altri contratti a titolo gratuito.

Il riferimento espresso contenuto nell'art. 1453 c.c. ai soli contratti a prestazioni corrispettive²⁷ impedisce un'applicazione diretta della norma ai contratti gratuiti e impone di vagliare l'applicabilità della risoluzione per inadempimento a detti contratti alla luce sia della funzione ascrivibile al rimedio risolutorio sia dei principi generali esistenti in materia contrattuale.

Quanto al primo aspetto, la questione, a parere di chi scrive, è profondamente connessa alla discussione relativa al fondamento della risoluzione, di cui ci si occuperà nel paragrafo 8 del presente capitolo.

Vale, comunque, la pena di premettere che ciò che induce un contraente alla conclusione di un contratto a prestazioni corrispettive è il perseguimento di un risultato

²⁶ Così PALAZZO, *Le donazioni*, artt. 769-809 in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1991, p. 414 ss.

²⁷ Pur nell'accezione più ampia che della definizione si tende ad offrire oggi; si veda al riguardo quanto riportato in nota 21.

economico inteso in senso ampio, identificabile con l'adempimento della prestazione da parte dell'altro contraente e reso possibile dal carattere reciproco delle prestazioni.

Si tratta di vedere se una simile funzione possa essere riconosciuta alla risoluzione anche nei contratti a titolo gratuito, caratterizzati dalla deduzione in contratto di una sola prestazione a carico di un solo contraente.

Ora, non sembrano esservi dubbi che il perseguimento di un "certo" interesse economico possa essere ravvisato anche in alcuni contratti gratuiti.

Così, ritornando all'esempio sopra riportato del deposito gratuito, non è revocabile in dubbio che l'interesse del depositante alla custodia e, quindi, alla restituzione del bene, abbia, in senso lato, un proprio valore economico anche se, ovviamente, non trova la propria giustificazione causale in un analogo interesse in senso contrario della controparte.

In via astratta, quindi, non sembrerebbero esservi impedimenti all'applicazione ai contratti gratuiti di un rimedio che consenta al contraente di liberarsi da un contratto che non è più in grado di assolvere alla propria funzione.

Quanto ai principi generali esistenti in materia contrattuale, merita innanzitutto di essere ricordato il principio per cui nessuno può essere costretto a rimanere a tempo indeterminato parte di un contratto rimasto ineseguito.

In altri termini, se il negozio rappresenta lo strumento giuridico apprestato dal legislatore per consentire ai soggetti (siano essi persone fisiche, persone giuridiche o enti privi di personalità) di conseguire i loro obiettivi, nel momento in cui esso cessa di svolgere tale funzione, non ha più, in quanto tale, alcuna ragione di persistere e ai contraenti insoddisfatti deve essere garantita la possibilità di liberarsi dal vincolo contrattuale.

Con precipuo riferimento ai contratti gratuiti da cui nascono obblighi restitutori, vi è poi

il diritto del contraente che ha consegnato all'altro un proprio bene, di vedersi restituito quello stesso bene.

In simili casi - data per presupposta la mancanza astratta di ostacoli giuridici all'applicazione di un rimedio risolutorio analogo a quello predisposto dall'art. 1453 c.c. per i contratti a prestazioni corrispettive – si tratta di verificare se l'effetto dello scioglimento dal vincolo contrattuale possa eventualmente essere ottenuto attraverso rimedi specifici previsti con riferimento alle singole figure negoziali.

Nella disciplina dei contratti in oggetto (caratterizzati cioè dalla presenza dell'obbligo di restituzione) è dato talvolta rinvenire una disposizione che consente al soggetto che si è temporaneamente privato del bene, di chiederne la restituzione.

Così, a titolo meramente esemplificativo, ritornando all'esempio del deposito gratuito, l'art. 1771 c.c. prevede a carico del depositario l'obbligo di restituire la cosa in custodia, a semplice richiesta del depositante.

Analogamente, nel comodato, l'art. 1804 c.c. prevede – oltre al risarcimento del danno – l'obbligo di restituzione immediata del bene in caso di inadempimento degli obblighi gravanti sul comodatario e gli artt. 1809 e 1810 c.c. disciplinano l'obbligo di restituzione (a prescindere da qualsiasi inadempimento) nel comodato a tempo determinato ovvero indeterminato.

Se si pensa che nella risoluzione per inadempimento, uno degli effetti principali derivanti dalla pronuncia di scioglimento del contratto è costituito proprio dall'obbligo di restituzione da parte del contraente inadempiente di quanto eventualmente ricevuto dal contraente fedele, ne deriva, giocoforza, che talvolta i rimedi specifici previsti nei singoli contratti – come, negli esempi sopra fatti, in particolare, i rimedi di cui agli artt. 1771 e 1804 c.c. – assolvono, perlomeno parzialmente, alla funzione propria della risoluzione.

Conseguenza ne è che, nonostante la compatibilità astratta dell'istituto della risoluzione per inadempimento ai contratti a titolo gratuito, la presenza di espressi rimedi specifici rende spesso, in concreto, superfluo il ricorso all'istituto *de quo*.²⁸

6. L'applicabilità della risoluzione ai contratti con efficacia reale

Qualche dubbio suscita l'applicabilità della risoluzione per inadempimento ai contratti con efficacia reale, ovverosia costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali. Le perplessità sono dovute allo stesso tenore letterale dell'art. 1453 c.c. laddove fa riferimento ai contratti da cui derivano in capo ai contraenti "obbligazioni" che devono essere adempiute.

Ed invero, di obbligazioni in senso stretto non può parlarsi in merito ai contratti con effetti reali, posto che la costituzione, la modifica o l'estinzione del diritto avviene sulla base del semplice consenso legittimamente prestato, senza che al riguardo sia necessario l'adempimento di alcuna obbligazione.

E' anche vero però che, accanto agli effetti principali propri del contratto con efficacia reale, dall'accordo promana tutta una serie di obblighi a carico dei contraenti; così, ad esempio, volendo citare il più importante contratto traslativo, la vendita, se anche non vi sono dubbi che il trasferimento della proprietà del bene e il pagamento del prezzo non costituiscono di regola oggetto di obbligazioni in quanto non attengono all'esecuzione del contratto, ma al suo stesso perfezionamento, è altrettanto indubbio che dall'accordo possono derivare obbligazioni sia a carico del venditore che dell'acquirente.

²⁸ Secondo autorevole dottrina, nei contratti gratuiti senza determinazione di durata, la tutela del disponente sarebbe assicurata dall'esistenza di un generale diritto di recesso *ad nutum* che gli consentirebbe in ogni momento, a prescindere dall'inadempimento del soggetto obbligato, di uscire dal vincolo contrattuale, chiedendo la restituzione del bene. Si tratterebbe, pertanto, di un rimedio idoneo a supplire alla mancanza della previsione espressa dell'istituto della risoluzione. Così SICCHIERO, op. cit., p. 15 ss.; similmente, AMADIO, op. cit., p. 38.

Tra queste, ad esempio, l'obbligo della parte alienante di garantire il compratore contro il rischio di evizione o per la presenza di vizi o la mancanza di qualità.

L'applicazione del rimedio risolutorio diviene più ampia quando l'efficacia reale del contratto è differita ad un momento successivo alla sua conclusione, poiché in tal caso anche il trasferimento della proprietà del bene o il pagamento del prezzo possono diventare oggetto di obbligazioni e possono, in quanto tali, rimanere inadempite.

Il dato letterale dell'art. 1453, 1° comma c.c., pertanto, laddove si riferisce al concetto di "obbligazioni", porta a circoscrivere l'operatività della risoluzione nell'ambito dei contratti con efficacia reale alle sole ipotesi in cui sia comunque configurabile un obbligo a carico dei contraenti, il che di regola avviene con esclusivo riferimento a prestazioni di carattere secondario.

Ciò, tuttavia, potrebbe forse andare oltre l'intenzione del legislatore così come oggettivizzata nella disposizione di legge.

Ed infatti, il riferimento ai "contratti a prestazioni corrispettive" di cui al 1° comma della norma potrebbe forse valere a circoscrivere l'ambito di applicazione del rimedio, nel senso che le "obbligazioni" che possono essere non adempite devono comunque identificarsi con la "prestazione sinallagmatica"; e, per tale, non può che intendersi la prestazione principale del contratto, quella che trova la propria causa nella prestazione della controparte.

Conseguenza sarebbe l'operatività del rimedio nei soli casi in cui l'efficacia reale del contratto è differita ad un momento successivo alla sua conclusione, con esclusione delle ipotesi "normali" di efficacia reale immediata.

Se così fosse, proprio perché nei contratti con effetti reali la prestazione principale non ha di regola carattere obbligatorio, vi sarebbe poco margine per la configurabilità del

rimedio in siffatta categoria²⁹.

Uno spiraglio a favore di una più ampia applicazione della risoluzione potrebbe forse ricavarsi dallo stesso tenore letterale del primo comma della norma, laddove si riferisce, utilizzando il genere plurale, alle “obbligazioni” che ciascun contraente ha nei contratti a prestazioni corrispettive.

Ora, non vi è dubbio che, se una è la prestazione principale che ciascuna parte è tenuta ad adempiere, è anche vero che a carico di ognuna incombono più obbligazioni accessorie, in quanto tali connesse alla prestazione principale.

Ciò porta con sé, quale logico corollario, ammettere la risoluzione – ovviamente con riferimento alle sole obbligazioni accessorie - anche nei casi in cui l’efficacia reale è immediata³⁰.

A ben vedere, l’applicabilità del rimedio in oggetto ai contratti produttivi di effetti reali immediati può essere ampliata anche per altra via.

Spesso, infatti, il legislatore codicistico in materia contrattuale utilizza il concetto di “obbligazione” attribuendogli un significato più ampio di quello che si può trarre dal senso comunemente connesso al termine. Quasi che l’obbligazione dovesse essere intesa come sinonimo di prestazione o, meglio ancora, di “attribuzione patrimoniale” a favore dell’altro contraente.

Va da sé che, in tal modo, l’istituto trova ben più ampia possibilità di operare all’interno

²⁹ Le uniche ipotesi in cui la risoluzione risulterebbe configurabile sarebbero allora quelle in cui il contratto produce nell’immediato solo effetti obbligatori, mentre quelli reali sono rimandati ad un momento successivo; ciò si verifica, ad esempio, nel caso di vendita di cosa generica, di cosa futura o, ancora, di cosa altrui.

³⁰ Ovviamente, la risoluzione del contratto per inadempimento di obbligazioni accessorie presuppone il superamento del criterio della “non scarsa importanza”, criterio che sicuramente delimita la possibilità di far dichiarare lo scioglimento del contratto qualora inadempita sia un’obbligazione secondaria. Nulla toglie, tuttavia, che un’obbligazione “accessoria” in astratto assuma nell’economia del rapporto negoziale concreto un’importanza preponderante. La distinzione tra obbligazioni principali e accessorie ha talvolta portato la giurisprudenza ad affermare che di “*non scarsa importanza si possa parlare solo in presenza di obbligazioni principali inadempite*”. Così Cassazione, 30 marzo 1990, n. 2616. Nel senso invece che l’accertamento del giudice debba essere riferito all’intera economia del contratto, senza limitarsi alla valutazione del carattere principale od accessorio della prestazione cfr. Cassazione, 18 novembre 1992, 12343.

dei contratti *de quibus*, ben potendosi applicare anche in mancanza di obbligazioni intese in senso tecnico.

7. L'applicabilità della risoluzione ai contratti plurilaterali

Il tenore letterale dell'art. 1453 c.c. lascia impregiudicata anche la questione della sua applicabilità ai contratti plurilaterali, caratterizzati cioè dalla presenza di più contraenti.

A tal riguardo giova precisare che nella suddetta categoria si fanno tradizionalmente rientrare due diverse fattispecie: da un lato i contratti in cui le prestazioni dei vari contraenti assolvono ad una funzione di scambio³¹, dall'altra quei contratti attraverso i quali le parti mirano al perseguimento di un obiettivo comune.

Tra i primi si citano di regola, a mero titolo esemplificativo, la cessione del contratto, la cessione dei beni ai creditori, il contratto collettivo di lavoro e, recentemente, il patto di famiglia; tra i secondi, invece, il contratto di società, l'associazione, il consorzio.

Un'indicazione in senso affermativo circa l'applicabilità dell'art. 1453 c.c. anche ai contratti plurilaterali sembra provenire dall'art. 1459 c.c. il quale dispone che l'inadempimento di una parte non importa la risoluzione del contratto rispetto alle altre, "salvo che la mancata prestazione debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale". Ciò importa che l'inadempimento normalmente non tocca il vincolo che lega i contraenti non inadempienti, ma solo il legame dell'inadempiente verso tutti gli altri, con conseguente risoluzione parziale del contratto.

Qualora, tuttavia, la "prestazione mancata" debba considerarsi fattore essenziale del consenso di tutte le parti, l'uscita dal rapporto del singolo contraente inadempiente può

³¹ Non è tuttavia mancato chi ha negato la stessa configurabilità dei contratti plurilaterali con funzione di scambio, identificando per ciò stesso la categoria con i contratti associativi. In tal senso si è espresso MESSINEO, *Il contratto in genere* in *Trattato Cicu-Messineo*, I, Milano, 1973, p. 604 ss richiamato anche da SICCHIERO, op cit., p. 797.

determinare quale effetto riflesso lo scioglimento di ogni vincolo e, quindi, dell'intero rapporto³².

La norma in parola, nel richiamare l'art 1420 c.c., sembra riferirsi esclusivamente ai contratti plurilaterali in cui "le prestazioni di ciascuna parte sono dirette al conseguimento di uno scopo comune".

Ora, il fatto che l'art. 1459 c.c. si riferisca solamente alla seconda categoria anzidetta pone il problema di valutare se l'istituto della risoluzione per inadempimento sia applicabile anche ai contratti plurilaterali con funzione di scambio.

Diverse sono le soluzioni prospettabili al riguardo.

Da un lato, il silenzio potrebbe spiegarsi in considerazione del fatto che i contratti plurilaterali di scambio rientrano pur sempre nell'ambito di applicazione dell'art. 1453 c.c., il quale, riferendosi semplicemente ai contratti sinallagmatici, non distingue tra accordi bilaterali e plurilaterali.

Logico corollario di tale prospettiva è la non necessità di una specifica previsione espressa al riguardo; essa lascia tuttavia insoluta la questione di una risolubilità parziale del contratto, limitata cioè al solo contraente inadempiente.

Il silenzio potrebbe essere altresì interpretato in senso favorevole ad una applicazione analogica o estensiva dell'art. 1459 c.c. ai contratti plurilaterali di scambio, con conseguente configurabilità di una risoluzione parziale.

Per quanto riguarda i contratti con comunanza di scopo, di risoluzione, a ben vedere, parla non solo l'art. 1459 c.c., ma anche altre norme dettate con riferimento specifico a determinate figure contrattuali; tra queste rientra, a titolo esemplificativo, l'art. 2286 c.c., relativo alle cause di esclusione del socio nell'ambito delle società di persone.

Le cause elencate dalla norma possono essere ricondotte all'inadempimento imputabile

³² DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto* in *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, Torino, 1969, p. 130 ss.

(così le “gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dalla legge o dal contratto sociale”) ovvero all’impossibilità della prestazione (quali, ad esempio, l’interdizione e l’inabilitazione).

Quanto all’inadempimento imputabile, in particolare, il requisito di gravità che deve permeare le inadempienze, nel richiamare la “non scarsa importanza” dell’inadempienza di cui all’art. 1455 c.c., è prova ulteriore della riconducibilità dell’esclusione alla risoluzione per inadempimento.

Appurato quanto detto, diverso è il *modus operandi* delle due disposizioni: mentre l’art. 1453 c.c. presuppone una domanda volta ad accertare giudizialmente l’esistenza e la gravità dell’inadempimento, nel caso di cui all’art. 2286 c.c., l’esclusione opera alla stregua di rimedio risolutorio potestativo, essendo la relativa decisione demandata alla maggioranza dei soci calcolata per teste.

Solo nell’ipotesi in cui la società si componga di due soci riprende vigore il principio generale del carattere giudiziale della risoluzione, così come precisato dall’art. 2287, ultimo comma c.c.

Da quanto sopra, emerge, per i contratti con comunione di scopo³³, un concorso di discipline: da un lato, quella speciale relativa al singolo contratto plurilaterale (quale, ritornando all’esempio sopra fatto, l’art. 2286 c.c.), dall’altro, quella generale rappresentata dall’art. 1459 c.c. e, con esso, dagli artt. 1453 e seguenti del codice civile.

La disciplina parzialmente diversa contenuta nelle norme speciali rispetto a quelle generali del titolo II del libro quarto introduce il problema di stabilire quale sia in concreto la disciplina applicabile.

³³ Ci si è occupati solo dell’art. 2286 c.c., ma le norme contenenti una disciplina sostanzialmente risolutoria sono anche altre. Così, ad esempio, in tema di associazioni, l’art. 24 c.c., il quale attribuisce all’assemblea il diritto di escludere l’associato per gravi motivi; o, ancora, l’art. 2320 c.c. in materia di società in accomandita semplice, l’art. 2344 c.c. per la società per azioni, il quale, prevedendo la dichiarazione di decadenza del socio che non esegue i conferimenti, altro non fa che disciplinare lo scioglimento del contratto di società nei confronti del socio moroso.

La questione è stata variamente risolta.

Da un lato, la tesi basata sul noto brocardo *lex specialis derogat generalis* imporrebbe di applicare le norme relative alla singola fattispecie ogniqualvolta esse differiscano dalla disciplina generale; dall'altro, non va sottaciuto quanto dispone l'art. 1323 c.c., secondo il quale tutti i contratti (a prescindere quindi dal fatto che abbiano funzione di scambio o comunanza di scopo, siano bilaterali o plurilaterali) "sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo"³⁴ e, quindi, anche alla disciplina contenuta negli artt. 1453 e seguenti.

Le due soluzioni, in realtà, si integrano a vicenda, nel senso che le disposizioni generali devono cedere il passo di fronte ad una disciplina speciale espressa, parzialmente o completamente difforme. D'altro canto, per tutti gli aspetti non toccati dalle norme speciali non potrà non farsi riferimento alla disciplina generale che pur rimane direttamente applicabile.

8. Il fondamento della risoluzione

L'indagine sul fondamento della risoluzione ha da sempre appassionato gli animi degli studiosi, dando luogo ad un ampio e approfondito dibattito che ha portato a molteplici soluzioni³⁵.

Sebbene la trattazione dell'argomento possa sembrare *prima facie* superflua in relazione al tema precipuo del presente lavoro, in realtà indagare le ragioni che stanno a fondamento del rimedio può aiutare a comprendere se e fino a che punto l'autonomia privata possa arrivare a forzare il dato normativo in tema di risoluzione; ciò ovviamente,

³⁴ Appare favorevole a questa seconda soluzione SICCHIERO, op cit., p. 797.

³⁵ Tra coloro che si sono occupati dell'argomento SACCO *Il Contratto*, op. cit., p. 611. Per una rapida disamina del fondamento dell'istituto si veda PISCIOTTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2000, p. 12 ss.

ai fini della presente analisi, interessa soprattutto con riferimento al rapporto tra domanda di risoluzione e domanda di adempimento.

Fra le prime teorie sviluppatesi sull'argomento ancora sotto la vigenza del codice del 1865, meritano rilievo quelle che potremmo riunire nella categoria delle teorie cosiddette "soggettive".

Vi erano innanzitutto coloro che ritenevano che la risoluzione trovasse il proprio fondamento in una "condizione risolutiva" intesa non in senso tecnico, bensì come tacitamente convenuta tra le parti.

Ciò veniva perlopiù spiegato considerando che le parti, al momento della conclusione del contratto, non intendevano impegnarsi in maniera incondizionata, bensì subordinatamente al conseguimento della controprestazione.

L'opinione trovava il proprio fondamento normativo nell'art. 1165 del codice previgente, laddove disponeva che *"la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione"*³⁶.

A tal riguardo tuttavia si rilevava come l'art. 1165 disponesse che il contratto non poteva comunque considerarsi sciolto di diritto, pur in presenza di quella particolare condizione risolutiva costituita dall'inadempimento, dal che si ricavava che in realtà non di vera condizione si trattava.

Proprio perché fondata sul tenore testuale della norma *de qua*, la tesi suddetta ha perso gran parte del suo valore con l'entrata in vigore del nuovo codice.

Secondo un altro orientamento, sviluppatosi sempre sotto il vigore del codice del 1865 e rapportabile sempre nell'alveo delle "teorie soggettive", la risoluzione

³⁶ In tal senso DIKOFF, *Studi sulla risoluzione dei contratti bilaterali secondo l'art. 1165 del c.c. italiano* in Archivi Giurisprudenza, 1930, p. 3 ss.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, *Fonti delle Obbligazioni – Continuazione dei Contratti*, Firenze, 1886, p. 205, il quale, peraltro, pur riconoscendo nella risoluzione una implicita convenzione tra le parti, nega che la stessa possa configurarsi come condizione.

troverebbe il suo fondamento nella discrasia tra la volontà contrattuale e lo stato di cose concretamente verificatosi, per cui il contratto non sarebbe più corrispondente alla volontà dei contraenti³⁷.

A tal riguardo si può obiettare che l'inadempimento causa di risoluzione deve essere necessariamente imputabile ad uno dei contraenti e, quindi, in quanto tale, rapportabile ad uno di essi quanto meno a titolo di colpa (salvi, come meglio si vedrà in seguito, i casi di "imputabilità oggettiva"), vertendosi, in caso contrario, nel diverso ambito della risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Ciò comporta che, per lo meno per una delle parti, la situazione verificatasi sarebbe perfettamente coincidente con la sua volontà di non dare esecuzione al contratto.

Alle teorie soggettive si contrappongono quegli orientamenti che potremmo definire "oggettivi", secondo i quali la risoluzione troverebbe il suo fondamento in un "difetto dello scambio" che non permette alla causa del contratto di funzionare.

Il fondamento viene così ricondotto ad un difetto della causa dell'accordo³⁸, tale da alterare l'equilibrio contrattuale originariamente esistente tra le prestazioni contrapposte.

La peculiarità di siffatte teorie è l'aver sviluppato un concetto che potremmo definire "dinamico" di causa, in quanto legato non più solo al momento genetico del contratto, ma rapportato anche alla sua successiva esecuzione.

Anche tale orientamento è stato sottoposto a critica: si è obiettato infatti che la risoluzione colpisce il rapporto e non il contratto, né, quindi, gli elementi strutturali dello stesso; a ciò si è aggiunto che il difetto di causa porta alla nullità del contratto e

³⁷ Così OSTI, *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali* in *Scritti Giuridici*, I, Milano, 1973, p. 403 ss.

³⁸ Tra gli interpreti che, in diversa misura si sono fatti paladini della "teoria oggettiva" merita citare: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, IX, Napoli, 1989, p. 185; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale* in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, IV, III, Milano, 1980, p. 269; BETTI, *Fonti e vicende dell'obbligazione* in *Teoria Generale delle Obbligazioni*, III, Milano, 1954, p. 67 ss.; MOSCO, op. cit. p. 12 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 681.

non al suo scioglimento³⁹.

In realtà, la critica prova troppo; se è vero infatti che la mancanza di causa determina la nullità del contratto *ex art. 1418 c.c.*, è anche vero che, affinché ciò si verifichi, l'assenza deve essere originaria.

Diversamente, nel caso in cui il difetto di causa abbia carattere funzionale, si sia cioè verificato in un momento successivo al perfezionamento dell'accordo, la conseguenza consisterebbe nel diritto riconosciuto in capo alla parte non inadempiente di sciogliere il vincolo contrattuale. E proprio il riconoscimento di tale facoltà presupporrebbe necessariamente l'esistenza di un contratto validamente perfezionatosi.

La differenza tra difetto genetico e difetto funzionale emerge se solo si considera che il primo porta ad un contratto inesistente, assolutamente inidoneo a produrre alcun effetto, mentre il secondo presuppone necessariamente un accordo valido, astrattamente idoneo, in quanto tale, a sortire gli effetti che ne sono propri⁴⁰.

D'altronde, che nessuno scambio di prestazioni concretamente si verifichi tra le parti del contratto appare di lapalissiana evidenza: non da parte del contraente inadempiente che si rifiuta di eseguire la propria, non da parte del contraente adempiente che ha diritto alla restituzione di quanto eventualmente già prestato.

Si è poi ulteriormente sostenuto che la teoria difetterebbe di basi normative, in quanto, *de iure condito*, l'unica causa disciplinata dal codice civile è quella di cui all'art. 1325, indissolubilmente legata al momento della nascita del contratto.

Ora, se è vero che di causa si parla espressamente solo con riferimento al momento genetico, è anche vero che ogni contratto, per poter continuare ad esistere come tale e ad essere inquadrato in una determinata categoria, deve avere una giustificazione causale

³⁹ In senso critico GIORGIANNI *Causa (Diritto Privato)* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, Milano, 1960, p. 553.

⁴⁰ Alla teoria del difetto funzionale della causa mostra di aderire anche la giurisprudenza; in tal senso, *ex multis*, Cass.azione, 1 giugno 2004, n. 10477, Cassazione, 4 gennaio 2002, n. 59, Cassazione, 3 febbraio 1987, n. 2221, Cassazione, 10 febbraio 1984, n. 1021.

che lo accompagna per tutta la sua esistenza.

Fra le varie teorie occupatesi del fondamento della risoluzione merita di essere ricordata anche quella secondo la quale il rimedio in parola avrebbe la funzione di prevenire un arricchimento ingiustificato nel patrimonio del debitore; ciò si è affermato sulla base di un asserito principio della “commutatività degli arricchimenti” per cui ogni arricchimento, per poter rimanere nel patrimonio di un soggetto, deve trovare la propria giustificazione in un arricchimento della controparte⁴¹.

Se è vero che nel nostro ordinamento giuridico, al di fuori degli atti di liberalità, non è generalmente ammesso un arricchimento che non importi contestualmente uno scambio con altro soggetto, è anche vero che non può neppure parlarsi di un principio generale “dell’arricchimento reciproco” a fronte della presenza di numerosi contratti aleatori che prescindono completamente dalla suddetta reciprocità e anzi fondano la propria causa proprio sul rischio insito in tale mancanza.

Se così fosse, inoltre, l’arricchito dovrebbe poter trattenere quanto riscosso e restituire l’equivalente e non, come invece accade, dover restituire la prestazione effettivamente e concretamente ricevuta⁴².

Secondo altri autori ancora, il fondamento del rimedio risiederebbe nel fatto di essere strumento di coercizione indiretta all’adempimento; in altri termini, la risoluzione diventerebbe non solo o meglio, non più solo, strumento per il soddisfacimento del creditore, ma anche e soprattutto mezzo di afflizione del debitore inadempiente.

Il carattere “sanzionatorio” se non addirittura “afflittivo” sarebbe implicito nella perdita da parte del debitore inadempiente del diritto alla controprestazione, inteso come “bene” di cui il debitore viene privato⁴³.

⁴¹ In tal senso si è espresso GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, p. 131 ss..

⁴² Così AULETTA, op. cit., p. 125.

⁴³ Di tale opinione è AULETTA, op. cit., p. 137 ss., secondo il quale la risoluzione sarebbe, insieme alla ritenzione e all’esecuzione forzata, “uno dei mezzi fondamentali nei quali si concreta la tutela giuridica

La teoria in parola ha sollevato numerosi interventi critici dovuti sia ai dubbi circa il significato da riconoscere al termine “sanzione”, intriso di senso più dal punto di vista della morale e del sociale che non dal punto di vista giuridico, sia al fatto che essa più che al fondamento del rimedio sembra far riferimento alla funzione dello stesso, prescindendo completamente dalla *ratio* che ne sta alla base⁴⁴.

A ciò deve poi aggiungersi il fatto che la sanzione produrrebbe i suoi effetti non solo sul contraente inadempiente, ma anche e soprattutto sulla parte adempiente, costretta sia a rinunciare alla prestazione promessale sia ad agire per la restituzione di quanto eventualmente da lei già prestato.

Né sembra potersi affermare, a sostegno della tesi *de qua*, che la sanzione consisterebbe nell’obbligo del contraente infedele di risarcire il danno, posto che risarcimento e risoluzione sono rimedi autonomi.⁴⁵ Ed infatti il primo può essere domandato anche senza richiedere lo scioglimento del vincolo contrattuale e la risoluzione, a sua volta, non comporta sempre la richiesta di risarcimento, essendo all’uopo necessaria la prova del subito danno⁴⁶.

A prescindere dalla teoria cui si voglia aderire, sembra comunque pacifico il fondamento privatistico del rimedio risolutorio; trattasi, infatti, di un istituto previsto per la tutela dell’interesse individuale e privato del contraente, senza commistioni con interessi più ampi che vanno oltre il singolo contraente⁴⁷. Tale considerazione

disposta dalla legge per i contratti bilaterali”. Sembra condividere tali idee BIANCA, op. cit., p. 263, il quale tuttavia precisa “che non si deve in tal modo attribuire al rimedio una connotazione repressiva o *afflittiva*”.

⁴⁴ Per un’ampia e approfondita disamina delle teorie rapportabili all’orientamento della risoluzione come “sanzione” si veda BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell’inadempiente*, Milano, 2001, p. 140 ss.

⁴⁵ Per una critica esauriente alla teoria si veda SICCHIERO, op. cit., p. 40 ss.

⁴⁶ Sull’asserita autonomia tra risarcimento e risoluzione LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento in Commentario Scialoja e Branca* a cura di Galgano, IV, I, 1, Bologna-Roma, 1990, p. 9 ss.

⁴⁷ Ciononostante e pur in mancanza di un divieto espresso a livello legislativo, si tende ad affermare l’impossibilità di apporre al contratto una “clausola di irresolubilità”. Tra i motivi che portano tendenzialmente ad affermarne la non apponibilità al contratto vi è quello per cui una tale clausola sortirebbe l’effetto di “sganciare” le due prestazioni, rendendole autonome l’una dall’altra. Ciò porterebbe alla rottura del legame sinallagmatico che le caratterizza e le renderebbe indipendenti l’una dall’altra. Si

ovviamente non può che giocare a favore della possibilità per i contraenti di influire di comune accordo sulla disciplina del rimedio risolutorio, ampliandone o restringendone i confini o ancora modificandone le modalità di funzionamento.

La tutela di interessi meramente privatistici non può che giocare a favore dell'elasticità del rapporto tra risoluzione e adempimento, giustificando, entro determinati limiti, la possibilità di variare la domanda.

Ciò tuttavia, come meglio si vedrà nel prossimo capitolo, sarà possibile fintantoché non si vada ad urtare contro interessi la cui tutela è sottratta alla disponibilità dei singoli.

9. I presupposti della risoluzione

9.1. L'inadempimento

Il presupposto sui cui si basa tutto l'impianto risolutorio è ovviamente l'inadempimento posto in essere da uno dei contraenti.

In tale categoria possono farsi rientrare tutte le infedeltà ai doveri imposti dal contratto, indipendentemente dall'eventuale perdita patrimoniale subita, e, quindi, a mero titolo

produrrebbe così il passaggio da un contratto a prestazioni corrispettive ad un accordo che si inserisce "nella logica della donazione o del gioco", imponendo a ciascuna parte di "*accettare ora per allora di donare alla controparte o di arricchire comunque la controparte ove questa sia inadempiente al contratto e insolubile rispetto all'obbligazione risarcitoria*" (l'inciso tra virgolette è di SACCO "*Il Contratto*", op. cit., p. 616). Può sorgere in questi casi il dubbio se le attribuzioni patrimoniali, dapprima sorrette da un'unica causa (basti pensare ad una tipica causa di scambio), possano successivamente affrancarsi da essa e reggersi ciascuna su una propria nuova causa. A ben vedere la risposta al quesito potrebbe dipendere dal significato che si vuole attribuire all'istituto giuridico della causa.

Non va poi dimenticato il principio cardine dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c. che consente alle parti di determinare liberamente il contenuto dell'accordo nei limiti imposti dalla legge; ora, non esistendo in materia alcun limite imposto dal legislatore, non si vede perché i contraenti non possano liberamente prevedere il patto di irrisolubilità.

La validità del patto in oggetto è stata da ultimo confermata nei Principi della Commissione Lando secondo i quali "*I rimedi in caso di inadempimento possono essere esclusi o limitati a meno che ciò non sia contrario ai principi della buona fede e della correttezza*" (art. 8:109).

Non vi sono dubbi, per contro, circa l'ammissibilità del patto volto ad ampliare i confini della risoluzione; basti pensare, al riguardo, alla possibilità di prevederla anche in caso di inadempimento "di scarsa importanza" come pare in effetti consentire lo stesso legislatore con la clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 c.c.

esemplificativo, l'omissione della prestazione dedotta in contratto, la sua attuazione difettosa ovvero ancora la commissione di attività vietata dall'obbligazione.

All'inadempimento viene di regola equiparata la dichiarazione o la minaccia di non voler adempiere, rese prima della scadenza dell'obbligazione⁴⁸.

E' vero che il proposito di non adempiere non può dare la certezza del futuro definitivo inadempimento, ma è anche vero che il creditore non può essere lasciato alla mercé del debitore e sperare che questi cambi idea⁴⁹.

L'esatta comprensione del concetto di inadempimento presuppone di considerarne sia l'ambito oggettivo, ovverosia il suo contenuto, sia l'aspetto soggettivo e, in particolare, la necessità che esso sia in qualche modo rapportabile al comportamento del debitore.

9.1.2 L'ambito oggettivo

Partendo dall'ambito oggettivo, volendo in certo qual modo individuare le ipotesi in cui l'inadempimento può portare alla risoluzione, potremmo indicare tre diverse situazioni rilevanti a tal fine: l'adempimento inesatto, l'adempimento ritardato e l'inadempimento definitivo.

Tralasciando la terza ipotesi che non pone problemi di sorta, la prima fattispecie ricorre qualora la prestazione, anche se in tutto o in parte effettuata, non possieda "*i requisiti soggettivi e oggettivi, che sono idonei a farla coincidere con l'oggetto dell'obbligazione ed a soddisfare l'interesse del creditore*"⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. Cassazione, 16 luglio 2001, n. 96379; Cassazione, 9 gennaio 1997, n. 97.

⁴⁹ Per una disamina delle teorie sviluppatesi nel tempo si veda BASINI, op. cit., p. 132 ss.. In tal senso si sono espresse sia la giurisprudenza: Cassazione, 16 luglio 2001, n. 9637; Cassazione, 9 gennaio 1997, n. 97 in Danno e Responsabilità, 1997, p. 727; Cassazione, 7 maggio 1982, n. 2843; che la dottrina: SACCO, *I rimedi sinallagmatici* in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 10, Torino, 2002, p. 654; FRAGALI *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere* in *Rivista di Diritto commerciale*, 1966, I, p. 243; MURARO, *L'inadempimento prima del termine* in *Rivista di Diritto civile*, I, 1975, p. 248.

⁵⁰ Così GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento* in *Contratto e impresa*, 1991, p. 863.

Vi è concordia al riguardo nel ritenere che anche l'adempimento inesatto, pur concretandosi in una prestazione, qualora rivesta particolare importanza avuto riguardo all'interesse del creditore, sia rilevante ai fini della risoluzione.

Più problematici invece la definizione e l'esatto inquadramento del ritardo nell'adempimento.

Si discute, al riguardo, se il ritardo (che, ovviamente, per acquistare rilievo deve essere di "non scarsa importanza") determini in capo al creditore la nascita di un diritto quesito a chiedere la risoluzione ovvero se al debitore debba essere riconosciuta la facoltà di eliminare il presupposto della domanda di risoluzione mediante un adempimento tardivo.

Ovviamente, ciò che qui interessa è il ritardo verificatosi fino al momento preclusivo della proposizione del rimedio risolutorio. Il III comma dell'art. 1453 c.c. è, infatti, per lo meno *prima facie*, chiaro, nell'identificare la domanda giudiziale come momento finale per l'adempimento tardivo.

Si tratta, in altri termini, di verificare se il ritardo sia di per sé solo sufficiente a giustificare il rifiuto del creditore di ricevere la prestazione e, per tale via, debba essere sempre e necessariamente equiparato all'inadempimento definitivo, ovvero se vi sia spazio per convertire il ritardo in adempimento tardivo, sufficiente, come tale, a soddisfare l'interesse del creditore.

Il discorso in oggetto presuppone che l'adempimento sia ancora giuridicamente possibile e che non fosse previsto nel contratto un termine essenziale, poiché, in tal caso, non vi sono dubbi che il ritardo diventi inevitabilmente inadempimento.

Si potrebbe ipotizzare, argomentando *a contrariis* dall'art. 1453, ultimo comma c.c., che il ritardo, fino a che non sia proposta domanda di risoluzione, non possa mai essere

equiparato al mancato adempimento⁵¹.

La tesi, sebbene fondata dal punto di vista normativo, presenta alcuni inconvenienti, tra i quali, *in primis*, quello di lasciare il creditore alla mercé del debitore, in grado di convertire la situazione a lui sfavorevole e da lui stesso provocata, in situazione a lui vantaggiosa⁵².

E' anche vero però che la parte non inadempiente può sempre bloccare l'iniziativa della controparte chiedendo la risoluzione, per cui l'eventuale ritardo o disinteresse nel proporre l'azione rischierebbe di produrre un danno nella sua sfera patrimoniale.

Per contro la celerità nell'agire premierebbe il creditore, ponendolo al riparo da possibili futuri adempimenti ai quali non sia più interessato.

Le sorti del contratto, in tal modo, verrebbero a dipendere dalla volontà del contraente adempiente, il quale potrebbe bloccare l'adempimento tardivo con la domanda di risoluzione proposta originariamente ovvero in seguito all'esercizio dello *ius variandi*.

Così facendo, tuttavia, si attribuirebbe un ruolo centrale all'arbitrio del creditore, premiando la sua celerità nel domandare la tutela giudiziale del suo diritto.

In realtà, tutta la discussione deriva dal fatto che il legislatore si è limitato a vietare l'adempimento successivo alla domanda di risoluzione, disinteressandosi completamente del problema analogo che può verificarsi prima di quel momento.

Sorge allora il problema del significato che si può attribuire al silenzio del legislatore.

Al riguardo si potrebbe ipotizzare una semplice lacuna da colmare con ricorso ai principi generali comunque desumibili in materia contrattuale.

Si potrebbe, al contrario, ritenere che il silenzio normativo risponda ad un disegno ben preciso messo in atto dal legislatore; in particolare, potrebbe ipotizzarsi l'applicazione

⁵¹ Così in dottrina DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, op. cit., p. 135; in giurisprudenza la tesi è prevalente; cfr. *ex plurimis*, Cassazione, 29 maggio 1997, n. 5235; Cassazione, Sezioni Unite, 9 luglio 1997, n. 6224 in *Giustizia Civile*, 1998, I, p. 825.

⁵² L'affermazione è di Cassazione, 31 luglio 1987, n. 6643 in *Foro Italiano*, 1988, I, c. 138.

del noto brocardo *ubi lex volui dixit*.

In entrambe le ipotesi, a parere di chi scrive, la conseguenza dovrebbe essere la possibilità dell'adempimento tardivo. Più precisamente, nella seconda ipotesi non sembra revocabile in dubbio che il codificatore, se avesse voluto impedire l'adempimento tardivo *ante causam*, lo avrebbe detto espressamente così come ha fatto per l'adempimento successiva a tale momento.

Qualora invece si ipotizzi una lacuna, potrebbe farsi ricorso al principio della conservazione del rapporto contrattuale o, ancora, al principio del *favor debitoris*, con la conseguenza di ammettere l'adempimento tardivo, ferma restando, per il creditore, la possibilità di agire per il risarcimento dell'eventuale danno derivante dal ritardo.

La possibilità di adempiere tardivamente anche se, comunque, prima della domanda, potrebbe desumersi anche dal fatto che fino a tale momento ci si trova di fronte ad un rapporto di carattere esclusivamente privatistico; al contrario, a partire dalla proposizione della citazione, il rapporto viene a coinvolgere anche interessi di natura pubblicistica che trascendono le parti del contratto. E proprio l'attivazione del sistema giudiziario verrebbe a limitare la libertà del debitore di adempiere tardivamente.

Quanto detto, preme ribadirlo, presuppone la mancanza nel contratto di un termine essenziale o per dichiarazione espressa delle parti ovvero perché tale carattere deve comunque essergli riconosciuto in considerazione della natura dell'accordo.

Se tale essenzialità non sussiste, il ritardo, in quanto tale, potrà fondare altre pretese da parte del creditore, ma non quella diretta a far dichiarare lo scioglimento del contratto.

Si ritiene invece che non rientri fra i presupposti della risoluzione l'esistenza di un danno, ovvero sia di una perdita patrimoniale quantificabile in denaro.

Ciò non significa che l'ordinamento sia indifferente alle conseguenze negative che possono derivare dall'inadempimento, ma semplicemente che esso rileva di per se

stesso, mentre il danno rappresenta un di più che nel singolo caso potrebbe anche mancare, ma che comunque nulla toglie e nulla aggiunge alla repressione dell'inadempimento⁵³.

La non essenzialità del danno ai fini del rimedio risolutorio viene giustificata facendo ricorso alla funzione che gli è propria: la risoluzione mira infatti al ripristino dello *status quo ante*, vale a dire al ristabilimento della situazione, soprattutto giuridica, esistente prima del vincolo contrattuale.

Diversamente il risarcimento del danno garantisce al creditore il diverso risultato di ottenere l'equivalente pecuniario dell'utilità da lui persa in conseguenza dell'inadempimento di controparte.

Da quanto detto deriva che i due rimedi hanno carattere autonomo, con l'ovvio corollario che la sorte dell'uno non influisce necessariamente sul destino dell'altro⁵⁴.

⁵³ L'opinione, che appare generalmente condivisa, viene espressa da LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, op. cit., pag. 12; nello stesso senso, SACCO, *Il contratto*, op. cit., pag. 948.

⁵⁴ Il carattere autonomo dei due rimedi viene talora riportato anche alla diversa ripartizione dell'onere della prova. Da una parte vi è chi si esprime nel senso di ritenere che il creditore che agisce sia tenuto esclusivamente a provare l'esistenza del titolo negoziale e non anche l'inadempimento di controparte; ciò a prescindere dal fatto di avere agito per la risoluzione, per l'adempimento o per il risarcimento.

In senso conforme si sono espressi, in dottrina: AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, op. cit.; CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento in Commentario Scialoja Branca*, Libro IV, *Delle Obbligazioni*, I, 1, art.1453-1454, Bologna, 1990, p. 73; in giurisprudenza: Cassazione, 7 febbraio 1996, n. 973 in *Foro Italiano*, 1996, I, 1265; Cassazione, 15 ottobre 1999, n. 11629 in *Foro Italiano* 2000, I, 1917.

In senso contrario si esprime talaltra dottrina, supportata anche da parte della giurisprudenza, secondo la quale spetta all'attore in risoluzione l'onere di provare solo il fatto costituente l'inadempimento, mentre all'attore che agisce per il risarcimento spetterebbe anche l'onere di provare il danno.

Cfr. Cassazione, 9 gennaio 1997, n. 124; Cassazione, 8 gennaio 2000, n. 123 in *Contratti*, 2000 con nota di CARNEVALI.

Recentemente sono intervenute sul punto le Sezioni Unite della Cassazione le quali, aderendo sostanzialmente al primo indirizzo, hanno sostenuto che, a prescindere dal fatto che il creditore agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento, egli deve limitarsi a provare la fonte del suo diritto, spettando poi al debitore dimostrare l'avvenuto adempimento ovvero il fatto che rende a lui non imputabile l'inadempimento. A tal riguardo non basta poi che il convenuto provi la semplice difficoltà della prestazione o il fatto ostativo del terzo, richiedendosi la prova dell'impiego della necessaria diligenza nel rimuovere gli ostacoli che impedivano l'esatto adempimento.

L'unica eccezione al principio dianzi esposto si avrebbe, sempre secondo la Cassazione, nell'ipotesi di obbligazione negativa in cui spetterebbe al creditore agente per l'adempimento, per la risoluzione ovvero per il risarcimento, il compito di provare il fatto stesso dell'inadempimento, vale a dire l'onere di provare che il debitore ha tenuto un comportamento commissivo in violazione dell'obbligazione di *non facere* o di non dare. Cassazione, Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533 in *Corriere Giuridico*, 2001, 1565 con nota di MARICONDA. Nello stesso senso, *ex plurimis*, Cassazione, 19 aprile 2007, n. 9351; Cassazione, 13 giugno 2006, n. 13674; Cassazione, 12 aprile 2006, n. 8615 Cassazione, 25 settembre 2002, n. 13925; Cassazione, 15 novembre 2002, n. 16092; Cassazione, 18 novembre 2002, n. 16211.

Ciò comporta che la domanda di risarcimento possa essere proposta sia congiuntamente sia separatamente da quella di risoluzione e che l'accoglimento o il rigetto dell'una non determini necessariamente l'accoglimento o il rigetto dell'altra⁵⁵.

9.1.3. L'ambito soggettivo

9.1.4. Segue: L'inadempimento imputabile

Tra i requisiti soggettivi dell'inadempimento vi è, innanzitutto, l'imputabilità.

Trattasi di requisito⁵⁶ fatto proprio soprattutto dalla giurisprudenza⁵⁷, la quale esclude l'applicabilità del rimedio in presenza di un inadempimento incolpevole.

Sebbene l'affermazione non trovi conferma espressa nell'art. 1453 c.c., il quale si limita a parlare di inadempimento senza nulla aggiungere e senza richiedere requisiti ulteriori, si ritiene cionondimeno che l'inadempienza debba essere rapportata al debitore a titolo di colpa o di dolo.

A tanto si giunge ritenendo che, pur mancando un riferimento esplicito all'imputabilità nella norma *de qua*, la stessa debba essere integrata con quanto disposto dall'art. 1218 c.c., laddove introduce, in presenza di un mancato adempimento, la presunzione relativa di imputabilità del debitore.

La tesi pare ulteriormente avvalorata dal confronto dell'art. 1453 c.c. con la norma di cui all'art. 1463 c.c. in tema di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

⁵⁵ Così Cassazione, 10 giugno 1998, n. 5774 in Vita Notarile 1999, 1207; Cassazione, 23 luglio 2002, n. 10741; Cassazione, 11 giugno 2004, n. 11103.

⁵⁶ Il requisito è analizzato da RUPERTO, *La Giurisprudenza sul Codice Civile*, Libro IV, Delle Obbligazioni, IV, a cura di Caianiello, Polito, Sgroi, Milano, 2005. Per una panoramica sulle posizioni di dottrina e giurisprudenza, da ultimo, DELLACASA, *Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto di vista della giurisprudenza*, in *Danno e responsabilità*, 3/2008.

⁵⁷ Così, *ex plurimis*, Cassazione, 28 marzo 1953, n. 812; Cassazione, 4 febbraio 1967, n. 364; Cassazione, 25 settembre 1984, n. 4820; Cassazione, 22 maggio 1986, n. 3408.

Anche l'inadempienza provocata da un'impossibilità sopraggiunta determina infatti lo scioglimento del rapporto, ma, a differenza di quanto accade nell'art. 1453 c.c., la mancanza di imputabilità impedisce che le conseguenze del mancato adempimento possano essere poste a carico del debitore.

A conferma della necessaria esistenza del requisito dell'imputabilità starebbe altresì il fatto che solo nell'ipotesi di cui all'art. 1453 c.c., e non in quella disciplinata dall'art. 1463 c.c., all'azione di risoluzione si accompagna il diritto al risarcimento del danno⁵⁸.

Se così non fosse la distinzione tra le due norme non avrebbe alcuna ragion d'essere e dovrebbe, secondo taluno, considerarsi il frutto di un mero errore del legislatore.

In senso pienamente conforme alla teoria *de qua*, si esprimono quanti sostengono le teorie soggettive in tema di fondamento della risoluzione per inadempimento e individuano il presupposto del rimedio in una sanzione a carico del debitore per il suo comportamento colpevole⁵⁹.

Eppure non mancano voci in senso contrario, secondo le quali l'art. 1453 c.c., nel disciplinare la risoluzione, prescinderebbe da qualsivoglia requisito soggettivo.

Ciò viene giustificato, ancora una volta, facendo ricorso al fondamento che si vuole riconoscere alla risoluzione. Si afferma infatti che l'inadempimento, comunque caratterizzato, stravolge il sinallagma funzionale del contratto⁶⁰ ed è proprio tale stravolgimento che, impedendo all'accordo di funzionare, ne decreta inderogabilmente la fine.

⁵⁸ Nel senso che l'imputabilità sia requisito necessario per la risoluzione per inadempimento si esprimono, in dottrina, AULETTA, op. cit., pag. 147; DALMARTELLO, op. cit. p. 128 ss.; in giurisprudenza, fra le molte, Cass. 22 maggio 1986 n. 3408; Cass. 28 febbraio 1985 n. 1741.

⁵⁹ Così, ad esempio, AULETTA, op. cit., p. 147 ss..

⁶⁰ In tal senso si sono espressi MOSCO, op. cit., p. 20; GIORGIANNI, *L'inadempimento, Corso di Diritto Civile*, Milano, 1975, p.317; SACCO, *Il contratto*, cit., p. 948 ss.. Quanti sostengono che la risolubilità per inadempimento è svincolata dal requisito della imputabilità non giungono ad affermare che il contratto è risolubile anche in presenza di una mancata esecuzione della prestazione imputabile al fatto del creditore o risulti, comunque, legittima a causa del comportamento della controparte.

Ai fini della presente indagine, l'adesione all'una o all'altra delle due teorie o, eventualmente, la scelta a favore di altra diversa opinione, presuppone, in via preliminare, di chiarire i termini della questione.

Si tratta, innanzitutto, di stabilire l'esatto significato da attribuire all'imputabilità dell'inadempimento, per verificare se inadempimento imputabile equivalga ad inadempimento colpevole.

Risolta la questione, si tratterà poi di stabilire se ed in quali limiti la scelta suddetta possa influire sul rapporto tra domanda di risoluzione e domanda di adempimento.

Di regola, l'imputabilità viene identificata con la riferibilità dell'inadempimento alla sfera soggettiva del debitore; nel senso che una condotta in tanto può essere riferita ad un soggetto, in quanto sia ravvisabile in capo allo stesso colpa o dolo.

Occorre tuttavia chiedersi se la colpa e il dolo esauriscano il novero dei casi in cui le conseguenze derivanti da un certo comportamento possono essere addossate al soggetto che lo ha posto in essere, ovvero se vi siano delle ipotesi in cui, nonostante la mancanza di colpa o dolo, la condotta può comunque essere imputata al soggetto e causare la risoluzione del contratto per inadempimento.

La lettura degli articoli del codice civile induce ad affermare l'esistenza di casi in cui, pur mancando dolo o colpa, il mancato adempimento del contratto può essere ugualmente posto a carico del debitore.

Si veda, ad esempio, l'art. 1228 c.c. che pone a carico del debitore il fatto doloso o colposo dell'ausiliario.

Orbene, in tale ipotesi, benché nessuna colpa o dolo possa essere ravvisato nella condotta del contraente⁶¹, il quale può aver utilizzato la diligenza media o anche

⁶¹ Ed infatti, a riprova del fatto che si prescinde assolutamente dal requisito della colpa, vi è l'impossibilità di far ricorso alla prova liberatoria contraria.

massima nella scelta del proprio ausiliario, l'inadempimento dell'accordo può essere ugualmente posto a suo carico.

Ciò porta a ritenere l'esistenza di una "zona grigia" in cui un determinato comportamento, pur non essendo colposo, è comunque imputabile ad un soggetto e, in quanto tale, sufficiente a fondare sia la domanda di adempimento che la domanda di risoluzione per inadempimento *ex art. 1453 c.c.*

Appare pertanto ipotizzabile, accanto al concetto di "imputabilità soggettiva", una nozione di "imputabilità oggettiva" che consente di porre a carico del debitore anche il comportamento che, pur non colposo, sia comunque ad esso rapportabile⁶².

Tirando le fila del discorso si può giungere ad affermare che la tesi da ultimo sostenuta, ponendosi a metà strada tra le due teorie contrapposte dianzi citate, dà all'art. 1453 c.c. il giusto peso soprattutto nei rapporti con l'art. 1463 c.c.

Ovviamente, se confrontata con la teoria dell'imputabilità soggettiva sostenuta dalla giurisprudenza⁶³, amplia la possibilità di ricorrere all'art. 1453 c.c. a scapito dell'art. 1463 c.c. e, quindi, ovviamente, aumenta le ipotesi in cui il soggetto non inadempiente può disporre della scelta tra i due rimedi ivi previsti.

La stessa soluzione, a ben vedere, argina l'ambito di applicazione dell'art. 1463 c.c. ai soli casi di "impossibilità definitiva, oggettiva ed assoluta" della prestazione; solo in tali

⁶² Cfr. SICCHIERO, op. cit., p. 170 ss. Secondo l'autore per spezzare il nesso causale tra inadempimento e debitore è necessario "*l'intervento di un fattore esterno non governabile dal debitore, senza che assumano però rilievo a suo favore le sue vicende personali ed essendogli invece addebitabile l'inadempimento che comunque gli sia riferibile a prescindere da qualsiasi altra valutazione*".

⁶³ In merito all'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza, va sottolineato che recentemente la stessa Corte di Cassazione sembra aver parzialmente rivisitato il proprio orientamento, sostenendo che il concetto di imputabilità va liberato dalle interferenze con il tema delle esimenti e rapportato, se non proprio alla condotta del debitore, quantomeno alla sua sfera di controllo. Così, Cassazione, 2 maggio 2006, n. 10139, la quale ha ritenuto che lo sciopero aziendale fosse imputabile all'impresa debitrice a titolo di responsabilità oggettiva, in quanto rientrante nella sua sfera di organizzazione e controllo. Nella fattispecie l'opinione è generata dal fatto che l'impresa aveva di fatto provocato lo sciopero disponendo il trasferimento di alcuni dipendenti senza consultare le organizzazioni sindacali. Per un riferimento più ampio si veda DELLACASA, *Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto di vista sulla giurisprudenza*, op. cit., p. 262.

ipotesi, infatti, non avrà più senso chiedere l'adempimento e l'unica strada percorribile sarà quella dello scioglimento del contratto.

Tale soluzione non può che essere *favor creditoris* e, quindi, agevolare il soggetto non inadempiente il quale, non solo avrà a propria disposizione la scelta tra i due rimedi, ma potrà anche vedersi riconosciuto il diritto al risarcimento del danno.

9.1.5. L'inadempimento grave

L'inadempimento, ancorché imputabile al debitore e, in quanto tale, fonte di responsabilità e risarcimento, potrebbe non essere sufficiente per portare allo scioglimento del contratto.

Ciò è dovuto alla disposizione di cui all'art. 1455 c.c., secondo la quale, l'inadempimento, per essere causa di risoluzione, deve essere "di non scarsa importanza".

Alla base della norma vi sono innanzitutto esigenze di proporzionalità: la risoluzione è un rimedio pesante perché, almeno secondo il dato letterale dell'art. 1453 II comma, c.c., scelta la via, *alteram non datur*, in quanto non sono ammessi per il creditore ripensamenti di sorta; a ciò deve poi aggiungersi che il rimedio distrugge il vincolo contrattuale ponendolo nel nulla.

Sarebbe, pertanto, esagerato applicarlo a qualsiasi ipotesi di malfunzionamento del contratto.

Proprio le suddette esigenze di cautela impongono di valutare la gravità dell'inadempienza alla luce dei due diversi criteri suggeriti dalla stessa norma di legge.

Il primo è il criterio oggettivo, basato sulla funzione e sul peso che la prestazione inadempita ha nell'economia del contratto.

Trattasi di parametro necessario ma non sufficiente per fondare la risoluzione, posto che, un inadempimento, ancorché grave nell'economia astratta del contratto, potrebbe non esserlo alla luce della valutazione concretamente fattane dal creditore, così come una inadempienza di per sé non grave potrebbe divenire tale in considerazione dell'impatto che concretamente ha avuto sulla vittima.

Occorre, pertanto, prendere in considerazione anche un secondo criterio, di tipo soggettivo,⁶⁴ che tiene conto dell'interesse che la vittima di un particolare contratto ha concretamente all'adempimento e la cui applicazione può rovesciare i risultati del primo criterio⁶⁵.

L'analisi di siffatto interesse sarà tanto più agevole quando dal testo del contratto emergano clausole ed espressioni volte a fondare e ad esternare l'importanza dell'inadempimento nell'economia dell'accordo o, ancora, quando lo stesso legislatore abbia fissato, in relazione ai singoli contratti, determinati parametri di riferimento⁶⁶.

Tale interesse, seppur soggettivo in quanto riferito necessariamente alla persona del creditore, non deve tuttavia essere inteso in senso esclusivamente soggettivo e consistere, quindi, in una valutazione puramente psicologica dello stato d'animo del creditore (quale, ad esempio, la lesione della sua fiducia nel contratto), ma deve piuttosto essere connotato da una certa obiettività⁶⁷.

In caso contrario si rischierebbe di giungere a dei risultati che non rispondono alle esigenze che il legislatore aveva di mira, senza contare le difficoltà che il giudice incontrerebbe di fronte a simili valutazioni e il rischio conseguente di incorrere in

⁶⁴ Cassazione, 26 luglio 2000, n. 9800; Cassazione, 29 settembre 1994, n. 7937 in *Giurisprudenza Italiana*, 1995, I, 1, p. 1010. Per una disamina su criteri utilizzati nella valutazione dell'inadempimento si veda BATELLI, *Domanda di Risoluzione e criteri di valutazione dell'inadempimento*, in *Giurisprudenza italiana*, 3, 2005, p. 478.

⁶⁵ Si veda al riguardo AMADIO, op. cit., p. 6 ss.

⁶⁶ Così, ad esempio, l'art. 129 codice del consumo, laddove prevede a carico del venditore l'obbligo di consegnare "beni conformi al contratto di vendita", individuando poi concretamente alcune circostanze in presenza delle quali i beni possono considerarsi tali.

⁶⁷ Così ha più volte avuto modo di esprimersi la giurisprudenza; cfr, *ex multis*, Cassazione, 15 marzo 2004, n. 5250.

giudicati eccessivamente discrezionali.

Una volta data per presupposta la necessità di ricorrere ad entrambi i criteri, si tratta di valutare come gli stessi possano essere utilizzati, se, cioè, debbano necessariamente coesistere, nel senso che un inadempimento per essere causa di risoluzione deve soddisfare entrambi i criteri, ovvero se sia sufficiente l'esistenza alternativa degli stessi. Esigenze di equità e di conservazione del contratto impongono di farne un utilizzo congiunto, di modo tale che si integrino e si contemperino a vicenda⁶⁸.

Proprio un simile uso rappresenta un limite intrinseco al giudizio del giudice, il quale, se anche non potrà esimersi dall'utilizzare le proprie categorie concettuali nell'analisi *de qua*, dovrà comunque tenere conto di indici soggettivi e oggettivi che devono portare ad un risultato univoco: la gravità dell'inadempimento. Di tale valutazione dovrà, peraltro, necessariamente, dare conto nella motivazione della sentenza.

Analogamente poi, anche l'esigenza di conservare il contratto, nei limiti in cui ciò sia possibile, di fronte all'idoneità della risoluzione di spazzarlo via definitivamente, fa propendere per l'uso congiunto e ponderato dei due parametri.

Il requisito della gravità dell'inadempimento acquista particolare importanza ai fini precipui della presente indagine, vale a dire in relazione al rapporto tra domanda di risoluzione e domanda di adempimento. Al riguardo basti pensare al fatto che la gravità costituisce requisito della sola richiesta di risoluzione, essendo sufficiente, ai fini della seconda domanda, il semplice inadempimento.

Quanto detto significa che la facoltà di scelta accordata al creditore *ex art. 1453, II comma c.c.*, con le conseguenze che ne derivano, esiste solo nei limiti in cui l'inadempimento possa qualificarsi come grave.

Quanto detto riguarda sia la scelta iniziale circa il rimedio da esperire, sia l'eventuale

⁶⁸ In tal senso si è espressa in maniera costante anche la giurisprudenza: cfr. Cassazione, 27 gennaio 1979, n. 626; Cassazione, 15 febbraio 1985, n. 1300; Cassazione, 10 settembre 1991, n. 9485; Cassazione, 26 luglio 2000, n. 9800; Cassazione, 22 maggio 2001, n. 695.

scelta successiva, sempre se e nei limiti in cui la si ammetta.

Così, ad esempio, la parte non inadempiente, dopo aver scelto di chiedere l'adempimento, potrà cambiare idea e optare per la risoluzione, solo se l'inadempimento, sia esso inizialmente grave o meno, possa ritenersi tale al momento in cui viene esercitato lo *ius variandi* concesso dalla norma in esame.

Quanto invece all'ipotesi inversa di mutamento della domanda di risoluzione in richiesta di adempimento, ovviamente laddove e nei limiti in cui la si ritenga ammissibile, nessuna influenza avrà su tale facoltà la persistente gravità dell'inadempienza, considerato che essa non è requisito richiesto ai fini della domanda di adempiere.

Sotto tale profilo la gravità potrà semmai rilevare ai fini della continuazione del giudizio di risoluzione, domandandosi se il requisito debba limitarsi a sussistere al momento iniziale della proposizione della domanda ovvero se esso debba continuare ad esistere anche nel corso del procedimento.

Il quesito è di non poca importanza se si considera che dalla sua soluzione può dipendere l'esito del giudizio di risoluzione.

Ed infatti, la scelta nell'uno o nell'altro senso ripartisce tra le parti processuali il rischio della possibile infondatezza iniziale della pretesa; così, attribuire rilievo, ai fini della valutazione della gravità, anche al periodo successivo alla presentazione della domanda, significa far dipendere dal comportamento del convenuto in risoluzione il fondamento della relativa domanda e, quindi, l'esito finale del giudizio.

Il convenuto, infatti, potrebbe sfruttare la durata del procedimento per ridurre la gravità dell'inadempienza e, quindi, far propendere a proprio favore l'esito del giudizio.

Al contrario limitare la rilevanza della gravità al momento iniziale significa addossare

all'attore tutti i rischi dell'infondatezza della domanda proposta⁶⁹.

La scelta tra l'una o l'altra delle due soluzioni impone di partire dalla considerazione del divieto posto a carico del debitore dall'art. 1453, 3° comma c.c., di offrire la prestazione successivamente alla proposizione della domanda di risoluzione.

Per tale via si giunge alla conclusione che non è possibile, in quanto contraddittorio, porre a carico del convenuto le conseguenze di un mancato comportamento che, comunque, egli non potrebbe tenere perché vietatogli dalla legge⁷⁰.

Tale soluzione, a parere di chi scrive, appare esatta, oltre che per il fatto di avere un fondamento normativo, anche perché improntata ad esigenze di equità sostanziale e processuale: sarebbe infatti iniquo far dipendere l'esito della scelta fatta propria da un soggetto, esclusivamente dal comportamento di altro soggetto.

Appare, per contro, più rispondente ad esigenze di correttezza, porre a carico del proponente i rischi di una domanda temeraria o comunque priva dei requisiti richiesti per legge.

Senza dimenticare le innegabili esigenze di certezza che pure sottendono alla soluzione divisata: rapportare la gravità dell'inadempimento anche alla fase successiva alla proposizione della domanda pone il problema di individuare a quale momento o fase del giudizio sia possibile riferire la valutazione.

Va da sé che non esistono criteri univoci al riguardo, con la conseguenza che un inadempimento potrebbe in astratto risultare più o meno grave nel corso dello stesso procedimento.

Per tale via il risultato sarebbe il riconoscimento in capo al giudice di un potere altamente discrezionale, poiché dalla scelta soggettiva di ancorare la gravità ad un

⁶⁹ Nello stesso senso si esprime SICCHIERO, op. cit., p. 579.

⁷⁰ Alla medesima conclusione giungono SACCO, *Il contratto*, op. cit., p. 636 ss.; AMADIO, op. cit., pp. 132 ss. In giurisprudenza, nello stesso senso, Cass.azione, 14 maggio 2004, n. 9200. Nel senso invece di attribuire rilievo anche al comportamento successivo alla proposizione della domanda di risoluzione si veda Cassazione, 7 giugno 1993, n. 6367.

momento piuttosto che ad un altro, dipenderebbe l'esito della stessa azione di risoluzione.

Quanto detto circa la necessità di cristallizzare il requisito della gravità al momento iniziale del giudizio non comporta che tutto ciò che accade successivamente sia ininfluenza ai fini del giudizio.

A tal riguardo è stato giustamente suggerito di tenere conto del comportamento successivo del creditore ai sensi e per gli effetti di quanto disposto dall'art. 1227 c.c., il quale impone al contraente fedele di non aggravare le conseguenze dell'inadempimento⁷¹.

9.2. L'inadempimento reciproco

Il codice non disciplina l'ipotesi in cui a non adempiere la prestazione siano entrambi i contraenti.

Gli unici criteri esistenti in materia sono pertanto quelli fissati dalla giurisprudenza, la quale, partendo dalla necessità della comparazione tra inadempimenti, ha perlopiù stabilito la regola della prevalenza di un inadempimento sull'altro.

In altri termini, si è condotto un esame comparativo, onde verificare quale inadempienza possa considerarsi più grave e, quindi, prevalente sull'altra.

Più precisamente, si è ritenuto che il giudice, non potendo pronunciare la risoluzione per inadempimento di entrambe le parti, debba addebitare l'inadempienza a quello dei

⁷¹ Secondo qualche autore, ciò comporterebbe che il creditore, il quale abbia ancora interesse a ricevere la prestazione, dovrebbe accettare di riceverla qualora *“la domanda risarcitoria sia in tal modo soddisfatta”*⁷¹, incorrendo, in caso contrario, nel rischio di vedere accertarsi nei propri confronti un concorso di colpa nella causazione del danno”. Così SICCHIERO, op. cit., p. 581. Sennonché, forse, affermare questo riporterebbe la questione ai termini di cui sopra, con la possibilità che il debitore possa, con il proprio comportamento, influire sull'andamento del giudizio contro il divieto di cui all'art. 1453, III comma c.c.

contraenti che, con il proprio comportamento, ha ⁷²alterato il nesso di reciprocità che lega le prestazioni, dando per ciò stesso causa all'inadempimento dell'altro.

In caso di eguale parità degli inadempimenti, la giurisprudenza ha abbracciato nel tempo soluzioni diverse: in un primo momento si riteneva che entrambe le domande dovessero essere respinte con la conseguenza che il contratto rimaneva in vita anche se con un futuro alquanto incerto.

Non era tuttavia facilmente giustificabile il fatto che i contraenti dovessero rimanere vincolati ad un rapporto contrattuale bilateralmente ineseguito che, per ciò stesso, risultava agli occhi di entrambi privo di interesse.

Successivamente si è preferito far ricorso alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta⁷³, perlomeno nei casi in cui gli inadempimenti non potevano essere provati. Tale soluzione, tuttavia, appare non perfettamente rispondente ai requisiti previsti dall'art. 1463 c.c., posto che ciascuna prestazione rimane di per sé giuridicamente e materialmente possibile.

Più fondata risulta la soluzione, pure talvolta abbracciata, della risoluzione per doppio inadempimento,⁷⁴ in considerazione del fatto che la reciprocità nulla toglie e nulla aggiunge al fondamento, alle caratteristiche e alla operatività della risoluzione.

Basti pensare, a tal riguardo, che ciascun inadempimento mantiene una propria autonomia e indipendenza, senza nulla togliere all'inadempienza di controparte.

Curiosi, al riguardo, i risultati cui si può pervenire in relazione alla tutela risarcitoria: ci si chiede infatti se le colpe reciproche si neutralizzino a vicenda con la conseguenza che nessuna parte avrà diritto al risarcimento ovvero se ciascuna di esse mantenga integro il

⁷² Cassazione, 3 gennaio 2002, n. 27.

⁷³ Cassazione, 24 novembre 2000, n. 15167 secondo la quale *“il giudice che in presenza di reciproche domande di risoluzione fondate da ciascuna parte sugli inadempimenti dell'altra, accerti l'inesistenza di singoli specifici addebiti, non potendo pronunciare la risoluzione per colpa di taluna di esse, deve dare atto dell'impossibilità dell'esecuzione del contratto per effetto della scelta ex art. 1453 2° comma c.c. di entrambi i contraenti”*.

⁷⁴ Cassazione, 29 aprile 1993, n. 5065 in Contratti, 1993, p. 527.

proprio diritto, salva la compensazione fino alla concorrenza dei due importi.

Tale seconda opinione risulta maggiormente giustificata alla luce della considerazione che non esiste nel nostro ordinamento giuridico un principio in base al quale le colpe reciproche si cancellano a vicenda.

Dubbi sorgono nell'ipotesi in cui a fronte di un inadempimento reciproco, si delinei un contrasto tra domanda di risoluzione da parte di un contraente e domanda di adempimento presentata dall'altro.

Non potendo a rigor di logica trovare accoglimento entrambe, si pone il problema di stabilire quale debba considerarsi prevalente sull'altra. A tal riguardo sembra maggiormente giustificata l'opinione che attribuisce prevalenza alla domanda di risoluzione in quanto avallata sia dal dato normativo che da esigenze sostanziali.

Quanto al primo, l'art. 1453 c.c. pone come principio generale l'impossibilità di adempiere o, comunque, di chiedere l'adempimento successivamente alla proposizione della domanda di risoluzione.

Alla stessa conclusione si giunge considerando *“la dialettica degli interessi che vengono qui in evidenza”*, per cui l'interesse volto a ricostruire la sostanza del patrimonio anteriore al contratto sembra dover prevalere su quello che potrebbe facilmente portare alla sostituzione dello scambio in natura con lo scambio per equivalente⁷⁵.

Va da sé inoltre che, accertata la sussistenza dei presupposti per lo scioglimento del contratto e, quindi, verificata la definitiva alterazione del sinallagma funzionale che giustifica il permanere in vita del rapporto, il fatto che uno dei contraenti intenda per contro conservare l'accordo, nulla cambia e nulla aggiunge ad una giustificazione causale oramai venuta meno⁷⁶.

⁷⁵ La riflessione è di LUMINOSO, op. cit. p. 29 nota 3.

⁷⁶ Così anche SICCHIERO, op. cit., p. 365.

CAPITOLO II

I rapporti tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione del contratto per inadempimento: la scelta reversibile

1. Rapporti tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione del contratto per inadempimento *ex art. 1453 c.c.*

Come già preannunciato nel capitolo precedente, l'obiettivo primario del presente lavoro consiste nell'occuparsi del rapporto tra la domanda di adempimento del contratto e la domanda di risoluzione del medesimo per inadempimento, alla luce di quanto disposto dall'art. 1453, 2° comma c.c.

La disposizione attribuisce al creditore la possibilità di reagire all'inadempienza del debitore attraverso la facoltà di scelta tra l'azione per ottenere l'adempimento ovvero, viceversa, per ottenere la risoluzione e, quindi, lo scioglimento definitivo del vincolo contrattuale.

Ciò significa che di fronte all'inadempimento di controparte la scelta circa il futuro e le sorti del rapporto è rimessa all'iniziativa della parte non inadempiente.

Ovviamente tale possibilità presuppone che l'adempimento sia ancora possibile; il che significa che di fronte ad una inadempienza definitiva (che può trovare la sua ragion d'essere in svariate circostanze, basti pensare al venir meno dell'interesse del creditore a ricevere la prestazione o, ancora, alla distruzione materiale del bene promesso) l'unica strada percorribile sarà la risoluzione⁷⁷.

Di fronte all'inadempimento di controparte, quindi, il creditore può reagire secondo due diverse modalità, la cui attuazione concreta comporta per il medesimo conseguenze

⁷⁷ La quale, nel primo esempio fatto, rientrerà nell'ambito di applicazione dell'art. 1453 c.c., mentre nel secondo costituirà un'ipotesi di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

profondamente differenti.

Tali sono quelle disciplinate dal capoverso della disposizione in esame, il quale, nella prima parte, attribuisce al creditore una facoltà di scelta reversibile: qualora egli abbia agito chiedendo l'adempimento del contratto può, infatti, cambiare idea e scegliere la risoluzione.

Diversamente, nella seconda parte, la scelta è irreversibile in quanto, il creditore, qualora abbia deciso di sciogliere il rapporto, non può tornare sui suoi passi e chiedere la conservazione del vincolo.

Scopo della presente analisi è ora quello di analizzare dettagliatamente il predetto meccanismo "bidirezionale", onde saggiarne l'ambito e i limiti di operatività.

2. Il cosiddetto "ius variandi" nel codice del 1865

Lo studio dello *ius variandi* così come disciplinato dal legislatore del 1942 presuppone un breve *excursus* storico sulle sue origini e sul suo sviluppo, che va ad integrare quanto già esposto nel capitolo I.

Come già visto, l'istituto della risoluzione era disciplinato in modo profondamente diverso nel codice del 1865⁷⁸. L'influenza esercitata dalla codificazione d'oltralpe aveva fatto sì che il rimedio operasse come una sorta di "condizione risolutiva tacita", implicitamente data per presupposta nei contratti bilaterali; con la particolarità che essa non operava alla stregua della condizione di efficacia disciplinata dagli artt. 1353 ss. del

⁷⁸ L'art. 1165 del codice così recitava: "La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione. In questo caso il contratto non è sciolto di diritto. La parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambedue i casi. La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente, e può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze."

codice attuale, ma richiedeva l'intervento dell'autorità giudiziaria, appositamente chiamata a pronunciarsi dalla parte non inadempiente.

Come già preannunciato nel primo capitolo, nessun riferimento normativo espresso alla reversibilità o meno della scelta era contenuto nel codice del 1865; l'art. 1165 si limitava, infatti, a prevedere a favore del creditore la scelta tra la manutenzione e lo scioglimento del vincolo contrattuale, senza nulla aggiungere.

Va da sé che, di fronte a tale dizione normativa, la maggioranza degli autori ritenesse di poter intravedere nella norma la massima libertà d'azione per il contraente fedele, con la conseguenza di considerare i due mezzi di tutela reciprocamente sostituibili⁷⁹.

In senso contrario alla maggior parte degli interpreti si schierava chi invece riteneva che la scelta di agire in risoluzione comportasse per l'attore l'impossibilità di mutare la domanda⁸⁰.

Ciò veniva giustificato prevalentemente con esigenze di tutela del debitore, il quale, una volta presentata la domanda di risoluzione da parte del creditore, doveva considerarsi "assolto" dall'obbligo di adempiere il contratto e, conseguentemente, libero di offrire *aliunde* la prestazione dedotta nell'accordo.

Senza contare poi il fatto che, a fronte del disinteresse del creditore, il debitore poteva già essersi spogliato del bene, venendo, in tal modo, a trovarsi nella situazione di doverlo recuperare nuovamente, magari a condizioni ben più onerose.

Trattasi, come si vedrà in prosieguo, di una motivazione che successivamente verrà spesso utilizzata anche sotto il vigore del codice civile del 1942 per giustificare l'irreversibilità della scelta effettuata.

Diversamente, in caso di domanda di adempimento si riteneva pacificamente che al contraente fedele fosse concesso di mutare la propria richiesta.

⁷⁹ Così, *ex multis*, FERRARA Senior, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 340.

⁸⁰ Tra questi VIVANTE, *op. cit.*, n. 1626.

Tra le spiegazioni fornite al riguardo, particolarmente diffusa era quella secondo la quale l'inizio del processo avrebbe aggravato l'inadempimento del convenuto, rafforzando, se non addirittura fondando, il presupposto essenziale per la domanda di risoluzione.

Tale *ratio* sottendeva l'esigenza di tutela del creditore, il quale, a fronte dell'aggravarsi dell'inadempimento, necessitava di strumenti di difesa ancora maggiori e più efficaci.

Tale via non esitò a condurre all'affermazione per cui, oltre alla domanda di adempimento, nemmeno la pronuncia di una sentenza di condanna all'adempimento e l'inizio dell'esecuzione forzata potevano bloccare la successiva richiesta di risoluzione⁸¹.

Infatti, solo successivamente al concreto soddisfacimento del creditore, ottenuto per una ovvero per l'altra via, l'esigenza di tutela poteva considerarsi definitivamente soddisfatta.

Va da sé che solo a seguito del concreto soddisfacimento raggiunto dal creditore per effetto dell'esecuzione forzata o in seguito all'esecuzione spontanea conseguente a sentenza di condanna, si riteneva che lo *ius variandi* venisse definitivamente meno.

Non pare revocabile in dubbio il fatto che grande influenza sul carattere reversibile o irreversibile della scelta tra le due azioni, avesse, anche sotto il vigore del codice del 1865, l'adesione all'una ovvero all'altra delle teorie sviluppatesi in merito al fondamento dell'istituto della risoluzione.

In particolare, i sostenitori della tesi che attribuiva alla risoluzione un fondamento sanzionatorio a carico del contraente inadempiente affermavano il carattere sempre reversibile della scelta, a prescindere dal tipo di giudizio inizialmente instaurato.

Non parevano, pertanto, esservi limiti al passaggio dalla domanda di adempimento a quella di risoluzione, posto che il perdurare di una situazione di inadempienza non

⁸¹ Così AULETTA, op. cit., p. 460.

poteva assolutamente limitare il potere del creditore di tutelare al meglio la propria posizione; anzi, proprio il carattere sanzionatorio della risoluzione giustificava il passaggio dalla richiesta di adempimento alla domanda di risoluzione.

Qualche dubbio, al contrario, sarebbe potuto sorgere in merito alla compatibilità fra la teoria della “sanzione” ed il passaggio opposto.

Se, infatti, a fronte del persistere dell’inadempimento, la risoluzione veniva configurata come la giusta sanzione a carico dell’infedele, in base a quale ragione si sarebbe dovuto giustificare il passaggio dalla domanda di risoluzione a quella di adempimento.

Cionondimeno, tra i sostenitori della “teoria coercitiva”, vi è stato chi ha giustificato il passaggio da risoluzione ad adempimento forzato in base alla loro identica natura di mezzi soddisfattivi, concessi dalla legge al creditore per tutelare al meglio il suo credito.

Ciò nel senso di ritenere che la facoltà di scelta fosse sempre possibile fintantoché la tutela del creditore non fosse di fatto raggiunta con la prestazione forzata (esecuzione specifica o esecuzione per equivalente) o con la sentenza di risoluzione.

In caso contrario, si aggiungeva, si sarebbe infatti privato il creditore del mezzo che, in un determinato momento, più era in grado di soddisfare il suo interesse⁸².

A diversa soluzione potevano intuibilmente condurre le teorie soggettive basate sul fondamento condizionale della risoluzione.

Non pare revocabile in dubbio, infatti, che il verificarsi dell’inadempimento inteso quale avvenimento risolutorio sia del rapporto che del contratto che ne sta alla base, potesse facilmente condurre all’assoluta irrevocabilità della scelta compiuta.

Senonché, i sostenitori della suddetta teoria, pur rapportando l’inadempimento nell’alveo della condizione, non ne traevano tutte le necessarie conseguenze.

L’accostamento all’elemento condizionale, quale avvenimento che spazza via con efficacia *ex tunc* tutto quanto fino a quel momento verificatosi, avrebbe dovuto

⁸² Così AULETTA, op. cit., p. 462 ss.

gioco forza condurre ad ammettere la sola possibilità di un'azione di "accertamento risolutivo", nel senso cioè di riconoscere alla sentenza di risoluzione carattere meramente dichiarativo, esclusa la stessa facoltà di agire per l'adempimento.

Tuttavia, come si è già detto nel corso del Capitolo I, le teorie condizionali non potevano non tener conto del dato normativo, il quale, ai fini della risoluzione, richiedeva la necessaria mediazione dell'intervento del giudice.

Per tale via, anche chi aderiva alle teorie condizionali riusciva ad ammettere il carattere "bidirezionale" del passaggio, nel senso cioè di ammettere il passaggio a prescindere dalla domanda proposta per prima.

Senonché, in tal modo, i sostenitori della teoria *de qua* non si rendevano conto che la soluzione cui giungevano era in netto contrasto con l'assunto da cui erano partiti.

Il che equivale a dire che la reversibilità del passaggio portava necessariamente a smentire il fondamento condizionale dell'istituto risolutorio.

Problematica poteva sembrare anche la compatibilità fra la teoria che individuava il fondamento della risoluzione nella mancanza di causa e il riconoscimento della possibilità di passare dalla domanda di adempimento a quella di risoluzione e viceversa. In verità, sebbene l'argomento venisse utilizzato proprio per smentire l'attendibilità della teoria della causa, non sembravano, a parere di chi scrive, esservi soverchi problemi di compatibilità.

Ciò, tuttavia, sul presupposto di considerare correttamente il difetto di causa che sta alla base del rimedio risolutorio; esso, infatti, non andava (e non va, dato che il problema, come vedremo più ampiamente in prosieguo, si ripropone anche nel sistema attuale) identificato con il difetto genetico che determina, in quanto tale, la nullità del contratto.

Come si è già visto nel corso del Capitolo I, il difetto derivante dall'inadempimento ha carattere funzionale, incide, cioè, sul rapporto, lasciando impregiudicata la causa genetica dell'accordo e, quindi, facendo salva la validità dello stesso.

L'inadempimento *ex uno latere*, inoltre, e il difetto di scambio che ne deriva, devono essere necessariamente verificati ad opera dell'autorità giudiziaria di modo tale che solo con la pronuncia del giudice il contratto potrà considerarsi sciolto.

Va da sé che fino al momento della sentenza di risoluzione l'accordo deve considerarsi ancora in essere, con tutte le conseguenze che ne derivano in relazione alla possibilità di passare da una domanda all'altra.

3. La Relazione del Guardasigilli al codice

Di fronte all'ampia libertà di cambiamento della domanda giudiziale e alla discrezionalità che l'art. 1165 sembrava offrire al creditore, non tardò a farsi strada l'esigenza di dettare delle regole espresse aventi la finalità di regolamentare e, quindi, di arginare detta facoltà di cambiamento.

Proprio tale esigenza si sente sottesa nel n. 661 della Relazione al codice, secondo il quale *“la risoluzione può essere chiesta anche se la parte fedele ai propri obblighi aveva promosso giudizio per ottenerne l'esecuzione; il che è ovvio dato che perdura lo stato di violazione del contratto.”* E ancora: *“non è invece consentito che la domanda di risoluzione si muti in domanda di adempimento; scegliendo la risoluzione, il contraente implicitamente dichiara di non aver più interesse al contratto e il debitore non deve ulteriormente mantenersi pronto per l'esecuzione della prestazione”*.

La Relazione al codice giustifica il carattere reversibile della scelta nel caso in cui l'attore abbia intrapreso dapprima l'azione di adempimento, mutandola poi in domanda

di risoluzione, facendo ricorso al principio di tutela del creditore, vittima dell'altrui inadempimento.

Ed infatti, il contraente non inadempiente potrebbe perdere interesse all'adempimento, il cui ritardo si va di giorno in giorno aggravando, e preferire, per l'effetto, una pronuncia di risoluzione⁸³.

Quanto all'ipotesi inversa, come già era accaduto sotto il vigore del codice abrogato, appare evidente che anche la Relazione giustifica l'irreversibilità della scelta facendo ricorso al principio del *favor debitoris*, inteso quale esigenza che l'inadempiente non resti esposto a tempo indeterminato al mero arbitrio del creditore.

4. Le ragioni giustificatrici della reversibilità

Cominciando ad addentrarci nel tema specifico del presente studio, è giunto il momento di analizzare le cause giustificatrici e i limiti di quanto disposto dal 2° comma dell'art. 1453 c.c. in relazione al mutamento della domanda giudiziale proposta.

Lo scopo, come già preannunciato, è di vagliarne la solidità e la fondatezza.

L'analisi non può che partire dalla prima parte della norma *de qua*, afferente la reversibilità della richiesta di adempimento.

I motivi che hanno guidato il legislatore in tale scelta coincidono sostanzialmente con le ragioni che già sotto il vigore del Codice del 1865 avevano indotto dottrina e giurisprudenza, nel silenzio della legge, a riconoscere il carattere reversibile della scelta nell'ipotesi in cui il creditore avesse inizialmente agito per ottenere l'adempimento del contratto.

⁸³ Si è affermato che la scelta rimarrebbe reversibile fintantoché l'adempimento non sia stato integralmente attuato; la semplice offerta reale della prestazione, se non accettata, non è di per sé sufficiente, qualora non comprenda anche il risarcimento del danno da ritardo e le spese processuali (Cassazione, 7 luglio 1987, n. 5902, Arch. civ., 1988, p. 45).

In primis, va sicuramente citata l'esigenza di tutela del creditore di fronte alla persistente inadempienza del debitore convenuto per l'adempimento.

Infatti, il perdurante comportamento omissivo del debitore non fa altro che peggiorare la sua posizione, sino a giustificare la perdita di interesse ad ottenere l'adempimento da parte del creditore.

Tale perdita di interesse, dal canto suo, induce a ritenere che l'unica via percorribile nella tutela *creditoris* sia il passaggio dall'adempimento alla risoluzione.

La perdita dell'interesse all'adempimento può essere collegata a tutta una serie di eventi contingenti quali, a titolo meramente esemplificativo, la perdita della capacità di adempiere, personale od economica, del debitore o i cambiamenti tecnologici relativi ai beni ad alto contenuto innovativo, tali da renderli inutilizzabili o, comunque, da diminuirne il valore; il tutto unito poi alla durata dei giudizi, oramai al di fuori dei limiti della ragionevolezza.

Va da sé che, nel perdurare dell'inadempimento, nessun affidamento meritevole di tutela sussiste in capo al debitore, con la conseguenza che l'unico soggetto da tutelare risulta essere il creditore.

Sotto tale profilo la risoluzione diventa una sorta di *extrema ratio* a difesa delle ragioni del creditore e si pone perfettamente in linea con il pensiero di quanti riconoscono nella risoluzione un fondamento di sanzione.

Ciò, tuttavia, non può ritenersi sufficiente per aderire alle teorie sul carattere "sanzionatorio" del rimedio, posto che la suddetta *mutatio libelli* si spiega, come vedremo, anche alla luce delle altre teorie sul fondamento della risoluzione.

Così, non vi sono dubbi che anche la teoria che individua il fondamento della risoluzione nel venir meno della giustificazione causale del rapporto contrattuale, appare coerente con il carattere reversibile della scelta in oggetto.

Nessun ostacolo infatti, né sostanziale né processuale, impedisce al creditore, di fronte ad un rapporto ancora esistente ancorché claudicante, di cambiare idea e di passare dalla richiesta di adempimento a quella di scioglimento del vincolo.

In verità, a parere di chi scrive, il passaggio dalla prima alla seconda domanda appare del tutto svincolato da qualsiasi legame con il fondamento che si voglia riconoscere all'istituto. Vero è che, persistendo l'inadempimento, il rimedio *de quo* risulta lo strumento più adeguato di fronte ad un rapporto gravemente ed irrimediabilmente compromesso.

Né, ci sia consentito, sembrano esservi motivi per vincolare la parte adempiente alla scelta originaria - fatta in un momento in cui il perdurare del rapporto appariva ancora vantaggioso - impedendole, di fronte alla presa di coscienza della irrimediabilità dell'inadempimento, di cambiare idea chiedendo lo scioglimento del rapporto.

Non vi ostano sicuramente esigenze di tutela della controparte, posto che la medesima, persistendo nel suo inadempimento, non mostra certo di fare affidamento sulla continuazione del rapporto⁸⁴. Anzi, proprio il suo colposo o doloso inadempimento impedisce di considerarla meritevole di qualsiasi tutela sia sostanziale che giudiziale.

Né sembrano essere di ostacolo principi di natura processuale.

Così, ad ulteriore giustificazione della facoltà di passaggio, si è sostenuto che la scelta di chiedere l'esecuzione forzata del contratto, se presuppone la rinuncia implicita del creditore agli effetti risolutivi dell'inadempimento precedente, non può, per contro, comportare la rinuncia a far valere tali effetti per l'inadempienza che continua a protrarsi successivamente alla proposizione della domanda⁸⁵.

⁸⁴ Così anche SMIROLDO, op. cit., p. 311 ss.

⁸⁵ Così, testualmente, il Tribunale di Ravenna, 8 novembre 1994, secondo il quale “*la domanda giudiziale di inadempimento, anche se vale come rinuncia agli effetti risolutivi dell'inadempimento pregresso, non può valere come rinuncia a quelli dell'inadempimento futuro*”.

Né, si è giustamente osservato⁸⁶, sembra esistere un principio di irretrattabilità della scelta compiuta, tale da vincolare l'attore alla propria scelta.

Se così fosse si sortirebbe l'effetto di paralizzare la tutela del creditore, indissolubilmente legato ad una scelta non più adeguata alle sue esigenze di tutela, finendo con il pregiudicare proprio colui che invece si voleva tutelare.

Nessun ostacolo alla citata reversibilità arriva dal principio di eguale tutela delle parti nel processo, posto che, come già ampiamente chiarito, nessuna tutela merita il debitore convenuto che persiste nel suo comportamento inadempiente.

Analogamente nessuna incompatibilità esiste con il principio di economia dei giudizi, di cui, anzi, la norma *de qua* rappresenta proprio una modalità di espressione, posto che consente di evitare un nuovo processo, con tutti i conseguenti risvolti positivi in termini di risparmio di tempo e di spese.

Tutto ciò con la logica conseguenza che il detto principio di tutela delle ragioni creditorie deve essere ritenuto libero di manifestarsi nei modi che nel singolo caso risultano più adeguati, ivi compreso il passaggio dalla domanda di adempimento a quella di risoluzione.

5. Lo *ius variandi* come regola processuale

Si ritiene prevalentemente, soprattutto in giurisprudenza, che lo *ius variandi* di cui all'art. 1453 2° comma c.c. sia una facoltà di natura meramente processuale⁸⁷ attribuita alla parte e che, come tale, vada coordinata con i principi che regolano il mutamento della domanda nel corso del giudizio.

⁸⁶ SMIROLDO, op. cit., p. 310.

⁸⁷ In tal senso in dottrina DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione*, op. cit., p. 213 ss; TOMEI *Sul mutamento in appello della domanda di adempimento in quella di risoluzione* in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, III, 1948, p. 377.

Proprio perché contenente una facoltà processuale, si ritiene che l'art. 1453, II comma c.c. sia una norma di valore procedurale e che, come tale, rappresenti una sorta di *lex specialis* rispetto alle norme processuali che in via generale disciplinano le domande nuove, destinata, in detta veste, a prevalere sulle stesse.

In tal senso si esprime in maniera pressoché univoca la Suprema Corte di Cassazione, la quale, con pronunce financo tratlative, afferma che *“la previsione del secondo comma dell'art. 1453 c.c., in forza della quale è possibile, in deroga alle norme processuali che dispongono il divieto della “mutatio libelli” nel corso del processo, la sostituzione – anche in appello ed eventualmente in sede di giudizio di rinvio – della domanda di risoluzione per inadempimento a quella originaria di adempimento del contratto”*⁸⁸.

Vi è di più. Siccome la suddetta norma prevede una *mutatio libelli*, essa, in quanto norma di carattere speciale, non può che derogare ai limiti generalmente posti dall'art. 183, VI comma c.p.c., con la conseguenza che la domanda nuova potrà essere proposta anche decorsi i termini perentori ivi previsti.

La giurisprudenza di legittimità è poi concorde nello stabilire che la suddetta deroga in tanto sia ammissibile in quanto si resti comunque all'interno della stessa *causa petendi*.

La Cassazione ha infatti avuto modo di osservare che alla base della successiva domanda di risoluzione devono comunque porsi gli stessi fatti e lo stesso inadempimento su cui si fondava l'originaria domanda di adempimento⁸⁹.

Più precisamente, al riguardo *“l'esercizio della facoltà ex art. 1453 c.c. di mutare nel corso del giudizio di primo grado e anche in appello la domanda di adempimento in quella di risoluzione, in deroga al divieto sancito dagli artt. 183,184 e 345 c.p.c., in*

⁸⁸ Così Cassazione, 31 ottobre 2008, n. 26325; nello stesso senso, tra le tante, Cassazione, 16 giugno 2009, n. 13953; Cassazione, 6 aprile 2009, n. 8234; Cassazione, 18 gennaio 2008, n. 1003; Cassazione, 27 marzo 2004, n. 6161; Cassazione, 26 aprile 1999, n. 4164, Cassazione, 27 marzo 1996, n. 2715; Cassazione, 6 settembre 1994, n. 7668.

⁸⁹ In tal senso Cassazione, 10 aprile 1999, n. 3502; Cassazione, 2 marzo 1996, n. 1636 in *Giustizia Civile*, 1996, I, p. 1963, Cassazione, Sez. Un., 18 febbraio 1989, n. 962 in *Rivista di diritto processuale*, 1990, vol. 45, p. 876 ss. con nota di ROTA, *Dalla domanda di adempimento alla domanda di risoluzione*; Cassazione, 11 maggio 1987, n. 4325; Cassazione, 7 agosto 1982, n. 4445.

tanto è giuridicamente ammissibile in quanto resti nell'ambito dei fatti posti a base dell'inadempienza originariamente dedotta, sia cioè una prosecuzione della facoltà di scelta iniziale tra tali due domande, in quanto diversamente, ove siano prospettati atti nuovi configuranti una nuova causa petendi, con introduzione di un nuovo tema d'indagine, riprendono vigore le preclusioni di cui agli artt. 183, 184 e 345 c.p.c."⁹⁰.

A ben vedere, detta soluzione finisce con il limitare più di quanto si creda la portata derogatrice che la giurisprudenza riconosce all'art. 1453, II comma c.c.

Ed infatti, per tale via, la deroga alle norme propriamente processuali opera fintantoché si resti nell'ambito dei fatti già contestati al debitore, laddove invece il verificarsi di un fatto nuovo richiederebbe comunque l'instaurazione di un successivo processo.

Quid iuris qualora nel corso del giudizio sopravvengano circostanze nuove di importanza e gravità tali da ridefinire o meglio riqualificare l'inadempimento originario ed estinguere, per ciò stesso, l'interesse del creditore ad ottenere l'esecuzione forzosa del contratto?

Stando al ragionamento più volte espresso dalla Suprema Corte, il creditore, in tal caso, non avrebbe altra via che quella di presentare una nuova domanda di risoluzione instaurando, quindi, un nuovo processo.

Quanto al precedente giudizio invece, esso presumibilmente terminerebbe con una sentenza di condanna, destinata, tuttavia, dato il sopraggiunto disinteresse del creditore all'adempimento, a restare ineseguita.

Tutto ciò comporterebbe un aggravio di spese e costi e finirebbe con il pregiudicare il diritto di tutela del creditore, costretto ad affrontare un nuovo giudizio e ad attendere le lungaggini del suo corso per ottenere il soddisfacimento del suo interesse.

Parrebbe, piuttosto, a parere di chi scrive, che i fatti sopravvenuti, qualora si possano

⁹⁰ Le parole sono di Cassazione, Sez. Un., 18 febbraio 1989, n. 962. In tal senso anche Cassazione, 27 novembre 1996, n. 10506.

comunque rapportare al comportamento pregresso del debitore in quanto ne costituiscono una conseguenza possibile ed eventualmente prevedibile, siano riconducibili nell'alveo dell'art. 1453, II comma c.c.⁹¹

Così, sembra potersi affermare l'esistenza di un unico fatto costitutivo - e, quindi, la possibilità di mutamento della domanda all'interno del giudizio - tutte le volte in cui l'accadimento storico, pur scomponibile in una serie di circostanze, presenti comunque una propria coerenza interna, tale da poterlo considerare come una fattispecie unitaria.

A titolo meramente esemplificativo l'accadimento e, quindi, l'inadempimento, potrà considerarsi unica qualora il debitore dapprima semplicemente si rifiuti di consegnare un bene alla controparte e, poi, successivamente, se ne disfi, alienandolo o distruggendolo.

Le condotte *de quibus*, seppur diverse nei loro elementi costitutivi, presentano comunque un'intima connessione che permette di considerarle come due momenti del medesimo disegno criminoso.

La giurisprudenza ha tratto dal carattere processualistico dello *ius variandi* anche altre importanti conseguenze.

In particolare, dal fatto che si tratti di una facoltà attribuita alle parti espressamente dalla legge, ha fatto derivare la non necessità che la controparte accetti il contraddittorio⁹², dimenticando, un po' troppo facilmente, che esso rappresenta un principio costituzionalmente garantito. Su detto tema, che merita una trattazione più approfondita, si tornerà, peraltro, nei paragrafi successivi.

Ancora, vi ha fatto derivare la non necessità che la relativa dichiarazione sia sottoscritta

⁹¹ Potrebbe accadere, altresì, che l'inadempimento del convenuto fosse anteriore alla domanda, ma che l'attore non potesse conoscerlo neppure usando l'ordinaria diligenza. Qualora la conoscenza sopraggiunga successivamente alla scadenza dei termini di cui all'art. 183, comma 6 c.p.c., si può ritenere possibile una richiesta di rimessione in termini da parte dell'attore. Così DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione*, op. cit., p. 221.

⁹² Così Cassazione, 11 febbraio 1993, n. 1698, Cassazione, 11 maggio 1987, n. 4325.

dalla parte personalmente o da un procuratore speciale, “*vertendosi in tema non di un atto di disposizione del diritto in contesa, ma di un’attività processuale che di tale diritto costituisce soltanto una modalità di esercizio e che rientra pertanto nei poteri del procurator ad litem essendo questi abilitato a proporre, in aggiunta o in sostituzione di quelle proposte con l’atto di citazione, tutte le domande che siano ricollegabili con l’originario oggetto*”⁹³.

6. I limiti al mutamento della domanda di adempimento in domanda di risoluzione

Accantonando, per il momento, la questione del carattere processuale dell’art. 1453, 2° comma c.c., in quanto ci si tornerà in maniera più approfondita e, ci sia consentito, più corretta, nel prosieguo, occorre ora chiedersi se esiste un termine finale alla facoltà di tale *mutatio libelli*.

Una riflessione adeguata della materia, infatti, non può fermarsi alla constatazione della reversibilità della scelta, ma deve addentrarsi nell’ambito incerto dell’individuazione dei limiti oltre i quali il passaggio non è più possibile.

Come vedremo, proprio l’individuazione di tali limiti contribuirà ad affrontare nei giusti termini il discorso circa l’esatta natura dello *ius variandi*⁹⁴.

Il legislatore si limita a dire che la domanda di adempimento può essere abbandonata in favore della domanda di risoluzione senza nulla aggiungere; senza precisare, cioè, se ciò possa avvenire solo all’interno dello stesso giudizio ovvero anche dopo ed oltre ad

⁹³ Così Cassazione, 11 maggio 1987, n. 4325.

⁹⁴ Lo *ius variandi* può essere reso più complicato dall’esistenza di una pluralità di soggetti componenti la parte attiva o passiva; la soluzione passa attraverso la scelta tra divisibilità o indivisibilità dell’azione di risoluzione. Se si aderisce alla prima teoria, nell’ipotesi di pluralità nel lato attivo, si potrà giocoforza ammettere la modifica della domanda da parte di taluni soltanto dei soggetti agenti; al contrario l’adesione alla seconda impostazione importa necessariamente l’accordo di tutti. Nel caso di pluralità nel lato passivo, anche in ossequio al principio della presunzione di solidarietà passiva, si ritiene preferibile affermare che, poiché l’adempimento va richiesto nei confronti di tutti i convenuti, allo stesso modo anche la risoluzione dovrà necessariamente rivolgersi contro tutti e ciascuno.

esso.

L'argomento è stato oggetto di ampi dibattiti sia in ambito dottrinale che a livello giurisprudenziale.

Numerosa, pertanto, risulta anche la casistica sviluppatasi al riguardo.

6.1. Segue: i limiti interni al processo

Per quanto concerne la prima delle questioni sollevate, vale a dire la reversibilità della scelta all'interno dello stesso processo, si è sostenuto che il mutamento potrebbe avvenire solo nel giudizio di primo grado e, all'interno di esso, solo fino al momento della precisazione delle conclusioni⁹⁵.

All'individuazione di tale ultimo termine nel processo di primo grado si è giunti, come già rilevato, partendo dall'equazione per cui, se l'art. 1453, II comma c.c. è norma processuale speciale, significa che essa è in grado, come tale, di vincere le preclusioni poste dall'art. 183, VI comma c.p.c. per la modifica della domanda.

Altre volte si è sostenuto che il passaggio potrebbe avvenire – pur rimanendo nell'ambito dello stesso processo - anche in grado d'appello, in deroga al divieto di domande nuove di cui all'art. 345 c.p.c.⁹⁶.

Anche in tale ipotesi, la deroga appare la fin troppo semplice conseguenza del riconosciuto carattere processuale della norma di cui all'art. 1453, II comma c.c.

⁹⁵ Così Cassazione, 27 marzo 1996, n. 2715; in tema di appalto analogamente cfr. Cassazione, 22 febbraio 1999, n. 1475 secondo la quale *“In tema di appalto non è applicabile il principio stabilito per la vendita dal comma 2 dell'art. 1492 c.c. dell'irrevocabilità della scelta operata mediante domanda giudiziale, tra la risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo, con la conseguenza che la domanda di risoluzione del contratto di appalto può proporsi nell'udienza di precisazione delle conclusioni dopo che con l'atto di citazione sia stata chiesta la riduzione del prezzo e che quest'ultima può essere nuovamente introdotta nel giudizio di appello in sostituzione di quella di risoluzione, in quanto fondata sulla stessa "causa petendi" e su un più limitato "petitum". Pertanto, non incorre in vizio di ultrapetizione il giudice che, qualora ritenga di non poter accogliere la domanda di risoluzione del contratto perché i vizi dell'opera non sono tali da renderla inidonea alla sua destinazione, disponga soltanto la riduzione del prezzo pattuito, adeguandolo all'opera compiuta”*.

⁹⁶ Tra le tante Cassazione 24 maggio 2005, n. 10927; Cassazione, 5 maggio 1998, n. 4521; Cassazione, 28 gennaio 1987, n. 791; in dottrina, tra i primi a sostenerlo, MOSCO, op. cit., p. 247 ss.

Ed infatti, posto che il capoverso dell'art. 1453 c.c. non pone limiti all'esercizio del diritto di mutare la domanda, esso dovrà giocoforza ammettersi fino alla sua "consumazione" e, dunque, in ogni fase e grado del giudizio.

Molto si è discusso sul fatto se il mutamento possa poi avvenire nel giudizio di rinvio⁹⁷.

Al riguardo, appare preferibile, come è stato sostenuto, distinguere a seconda dei casi ed ammettere il mutamento della domanda giudiziale se il rinvio avviene perché la sentenza ha omissis misure sananti o integrative (si pensi, ad esempio, al mancato ordine di integrazione del contraddittorio o di rinnovazione di atto nullo); in tal caso il processo deve svolgersi come se si discutesse per la prima volta nella fase di rito, con tutti i conseguenti poteri, ivi compresa la facoltà di mutare la domanda di adempimento in domanda di risoluzione⁹⁸.

La soluzione affermativa si giustifica alla luce dell'esigenza di garanzia e di giustizia che il processo deve offrire ai contendenti (di cui il giudizio di rinvio è peraltro espressione fondamentale), esigenza che non può assolutamente considerarsi realizzata in una fase di merito svoltasi in modo incompleto e lacunoso.

Il mutamento della domanda non si ritiene invece ammissibile in cassazione, posto che il giudizio di legittimità si propone di confermare o cassare la sentenza d'appello, discutendosi solo del corretto esercizio della giurisdizione nei gradi di merito.

L'ampio spazio cronologico⁹⁹ che si è via via riconosciuto al mutamento della domanda all'interno dello stesso processo, oltre ad essere l'immediata conseguenza del carattere processualistico costantemente attribuito all'art. 1453, II comma c.c., è anche il logico corollario dei principi che si sono visti costituire il fondamento della scelta reversibile.

⁹⁷ In senso negativo, tra le altre, Cassazione, 16 febbraio 1972, n. 421; in senso affermativo Cassazione, 27 novembre 1996, n. 10506; Cassazione, 10 aprile 1986, n. 2503; Cassazione, 23 aprile 1981, n. 2414.

⁹⁸ In senso conforme RICCI, *Sulla sostituzione della domanda di adempimento con la domanda di risoluzione nel giudizio civile di rinvio* in *Giurisprudenza italiana*, I, 1, 1974, p. 259 ss., il quale peraltro, partendo dalla possibile casistica dei giudizi di rinvio, ne fa derivare la possibilità o meno del mutamento di domanda.

⁹⁹ La casistica è riportata in CARNEVALI, op. cit. p. 86 ss.

E non poteva essere altrimenti, poiché una reversibilità più limitata avrebbe determinato il sacrificio sia di principi considerati il cardine del sistema processuale italiano che di valori posti alla base del sistema civilistico.

Nell'interpretazione del capoverso dell'art. 1453 c.c. la giurisprudenza generalmente distingue tra le facoltà concesse all'attore e quelle spettanti al convenuto.

Se, infatti, per il primo lo *ius variandi* opererebbe nei termini sopra riportati, per il secondo sussisterebbe una preclusione, nel senso di ritenere che la domanda di risoluzione dovrebbe, comunque, essere spiegata “*tempestivamente*”¹⁰⁰.

La *ratio* di tale interpretazione non è, a dire il vero, particolarmente chiara.

Apparentemente essa potrebbe trovare un appiglio nel dettato letterale del capoverso dell'art. 1453 c.c., poiché il riferimento al giudizio “promosso” potrebbe far pensare si tratti di una facoltà del solo attore.

In verità la norma si limita a dire che “*la risoluzione può essere domandata*”, senza precisare in alcun modo il soggetto cui è attribuito lo *ius variandi*.

Si ipotizzi, al riguardo, il caso che il venditore convenga in giudizio l'acquirente per ottenere il pagamento del prezzo ed il convenuto, da parte sua, chieda, in via riconvenzionale, la condanna alla consegna del bene venduto e si avveda poi che il bene risulta trasferito a terzi ovvero affetto da vizi tali da renderlo del tutto inidoneo all'uso cui è destinato.

Non si comprende per quale motivo all'attore dovrebbe essere concesso di cambiare idea in ogni istante, anche oltre i termini di cui all'art. 183 VI comma c.p.c., e che al convenuto sia, invece, precluso chiedere successivamente la risoluzione.

¹⁰⁰ In tal senso, da ultima, Cassazione 24 maggio 2005, n. 10927 secondo la quale “...*tale facoltà* (n.d.r. lo *ius variandi*) è attribuita solamente alla parte che abbia chiesto l'adempimento e non anche a quella che in giudizio ad essa si opponga, la quale è pertanto tenuta a spiegare tempestivamente eventuale domanda di risoluzione” . Nello stesso senso Cassazione 15 ottobre 1992, n. 11279.

Trattasi di una scelta del tutto disancorata da principi sia di ordine sostanziale che processuale.

Dal primo punto di vista la teoria pare del tutto contraria ad esigenze di equità, posto che non tiene nel minimo conto la posizione del debitore convenuto.

Se è vero che lo *ius variandi* è posto nell'interesse e a tutela della posizione del contraente fedele, è altrettanto vero che il convenuto non può essere per ciò stesso privato di ogni strumento di difesa.

Senza contare poi che detta soluzione cozza contro l'esigenza di parità di trattamento delle parti nel processo e contro il principio di economia processuale.

L'impossibilità per il convenuto di modificare la propria domanda secondo quanto previsto all'art. 1453, II comma c.p.c., infatti, imporrebbe al medesimo - nell'ipotesi in cui il primo giudizio terminasse con la condanna all'adempimento - di affrontare un nuovo processo per far accertare che la cosa è già stata trasferita a terzi o che è gravemente viziata.

Stante quanto sopra, a parere di chi scrive, appare più equo e maggiormente rispondente ai predetti principi, ritenere che lo *ius variandi* non sia prerogativa del solo contraente fedele, ma possa essere esercitato, in presenza di determinati requisiti, da entrambe le parti in causa¹⁰¹.

Ciò, ovviamente, presuppone che il convenuto abbia chiesto in via riconvenzionale l'adempimento dell'attore e non si sia limitato a chiedere il rigetto della domanda attorea, nel qual caso la domanda di risoluzione sarebbe sì una domanda riconvenzionale nuova, non collegata ad una precedente domanda di adempimento¹⁰².

Vero è forse che il convenuto che chieda in via riconvenzionale l'altrui adempimento assumendo una condotta processuale attiva e non si limiti ad un comportamento

¹⁰¹ Nel senso del testo SICCHIERO, op. cit., p. 310 ss.

¹⁰² Nello stesso senso si veda anche CARNEVALI, op. cit., p. 81 ss.

meramente difensivo si trasforma, perlomeno da un punto di vista sostanziale, in un “attore in riconvenzionale” con conseguente pacifica applicazione dello *ius variandi* di cui all’art. 1453 c.c.

6.2. Segue: i limiti esterni al processo

Il mutamento di domanda è stato ammesso, a dire il vero con qualche contrasto, anche al di fuori del giudizio instaurato per ottenere l’esecuzione del contratto.

Lo si è ammesso addirittura in seguito al passaggio in giudicato della sentenza di condanna all’adempimento ovvero in seguito alla mancata opposizione al decreto ingiuntivo¹⁰³.

Ciò che suona strano è che detto mutamento sia stato ammesso anche da quella giurisprudenza che tanto si è affannata ad affermare il carattere meramente processuale dello *ius variandi*¹⁰⁴.

Così facendo, infatti, non pare esservi dubbio che l’art. 1453, II comma c.c. acquisti un significato più ampio di quello tradizionalmente attribuitogli dalla giurisprudenza, di mera deroga ai termini perentori di cui all’art. 183, VI comma c.p.c.

Finché ci si limita a spiegare lo *ius variandi* in detti termini, si consente al diritto di operare solo all’interno del medesimo giudizio, sia pure in primo o in secondo grado ovvero in sede di rinvio.

Le sentenze che hanno riconosciuto l’operatività del diritto anche oltre i limiti del singolo procedimento, sono rimaste, comunque, nell’ambito della sfera processuale,

¹⁰³ In questo senso SMIROLDO, op. cit., p. 316 ss.; AULETTA, *Ancora sul mutamento della domanda di esecuzione in domanda di risoluzione*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1950, p. 661ss.; CARNEVALI, op. cit., p. 88 ss.

¹⁰⁴ Così Cassazione, 18 maggio 1994, n. 4830: “la disposizione dell’art. 1453, comma 2 c.c. la quale, in deroga agli artt. 183, 184, 345 c.p.c. consente di sostituire all’originaria domanda di esecuzione del contratto quella di risoluzione per inadempimento, trova applicazione anche nel caso in cui la condanna all’adempimento sia stata pronunciata con sentenza passata in giudicato, sempre che questa non abbia avuto esecuzione per essere proseguito l’inadempimento”.

occupandosi esclusivamente dell'ipotesi in cui la successiva richiesta di risoluzione assuma la veste di domanda giudiziale volta all'instaurazione di un nuovo processo.

In altri termini, i giudici non hanno saputo cogliere dall'assunto cui sono giunti tutte le conclusioni che invece avrebbero potuto trarne, rimanendo comunque ancorati al significato tradizionalmente riconosciuto allo *ius variandi* di facoltà meramente processuale.

La teoria che ammette il mutamento della domanda anche dopo che la sentenza di condanna è divenuta definitiva merita, comunque, accoglimento se si pensa che la condanna all'adempimento non equivale ad adempimento concreto.

Nulla toglie, infatti, che il debitore, nonostante la condanna, possa rimanere inadempiente, aggravando in tal modo la sua posizione nei confronti del creditore, il quale, di fronte alla persistente *prorogatio* dell'inadempienza, potrebbe perdere interesse ad una esecuzione forzata rivelatasi lunga e difficile.

Né sembra potersi sostenere, in senso contrario alla tesi esposta, che in tal modo il creditore cumulerebbe i due strumenti di tutela, in contrasto con il carattere necessariamente alternativo attribuito ai medesimi dall'art. 1453 c.c., né che per tale via il creditore diverrebbe destinatario di un indebito arricchimento.

Non si dubita, infatti, che il debitore, di fronte all'eventuale pretesa della parte creditrice di ottenere sia l'esecuzione coattiva che la risoluzione (con le conseguenze insite in tale rimedio, tra cui la restituzione della prestazione eventualmente già eseguita) non esiterebbe a bloccare la plurima e disonesta pretesa della controparte con gli strumenti appositamente messi a disposizione dall'ordinamento giuridico.

Ed infatti, a seconda del momento in cui il creditore disonesto decida di introdurre il giudizio di risoluzione, l'ordinamento reagisce apprestando a favore del debitore nuovamente convenuti appositi mezzi di tutela.

Così, se la domanda di risoluzione venisse notificata dopo che la sentenza di condanna è stata eseguita con soddisfacimento del creditore, il debitore potrebbe bloccarla eccependo l'avvenuta esecuzione dell'accordo.

Qualora, invece, il creditore tentasse di dare esecuzione al giudicato di condanna successivamente all'introduzione del giudizio di risoluzione, il debitore potrebbe opporsi all'esecuzione in base al disposto dell'art. 1453 c.c. che vieta di chiedere l'adempimento successivamente alla domanda di risoluzione.

Se il creditore, infine, decidesse di servirsi della condanna dopo aver ottenuto una sentenza di risoluzione, il debitore potrebbe ancora una volta opporvisi, eccependo l'intervenuta estinzione del rapporto contrattuale per risoluzione e, quindi, il venir meno del presupposto su cui si fondava la prima sentenza¹⁰⁵.

Dubbi circa la successiva proponibilità di una domanda di risoluzione avente ad oggetto il medesimo contratto al cui adempimento il debitore è stato condannato, potrebbero derivare dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna e, quindi, dal principio del *ne bis in idem*.

Il giudicato, infatti, copre con la sua autorità tutto ciò che ha costituito l'antecedente logico necessario per pervenire alla decisione, precludendo, per ciò stesso, ogni possibilità di riesaminare ciò che ha costituito l'oggetto del precedente giudizio.

¹⁰⁵ La giurisprudenza è andata oltre, ritenendo che la domanda di risoluzione possa essere esercitata anche in seguito all'esercizio dell'azione esecutiva, nell'ipotesi in cui questa abbia portato ad un soddisfacimento solo parziale del creditore; cfr. Cassazione, 22 marzo 2001, n. 4123. Tale soluzione, tuttavia, suscita qualche perplessità se solo si pensa che l'accoglimento della domanda di risoluzione dovrebbe comportare la restituzione della prestazione eventualmente già eseguita dal creditore, il quale, pertanto, verrebbe a disporre sia della propria prestazione sia di parte di quella eseguita dal debitore con conseguente suo indebito arricchimento ed onere del debitore di agire per la ripetizione di quanto ingiustamente prestato. Per tale via, quindi, si rischierebbe di realizzare un eccesso di tutela del creditore a totale scapito del debitore. Né ha senso affermare che il creditore potrebbe ripetere solo parte della prestazione eseguita, posto che essa potrebbe essere per natura o per volontà indivisibile, senza parlare poi delle difficoltà che si incontrerebbero nella valutazione della parte di prestazione ripetibile corrispondente a quella ottenuta. Trattasi, comunque, di riflessioni che, a ben vedere, cozzano contro il concetto stesso di risoluzione che determina, in quanto tale, lo scioglimento del vincolo contrattuale e, quindi, l'estinzione del rapporto che ne deriva e che postulerebbero invece l'ammissibilità, anche nel contratto a prestazioni corrispettive con due sole parti, la risolubilità parziale del rapporto.

Per ritenere operante detta preclusione occorre che tra i due giudizi, quello di adempimento e quello di risoluzione, vi sia un'identità oggettiva, in quanto i fatti posti a fondamento siano gli stessi, e soggettiva, in quanto le parti siano le medesime.

Si tratta ora di vagliare se dette identità siano rinvenibili anche nella fattispecie in esame.

Tralasciando la questione dell'identità delle parti dei due giudizi, il discorso va concentrato sull'aspetto oggettivo che entrambe le azioni coinvolgono.

Appare utile, a riguardo, analizzare il pressoché costante indirizzo della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale *“nel caso in cui tale condanna (n.d.r.: quella all'adempimento) sia rimasta di fatto inadempita è possibile, infatti, chiedere lo scioglimento del contratto, permanendo l'inadempimento, senza alcuna necessità per l'attore di mettere in esecuzione preventivamente la sentenza di condanna, perché l'esercizio dell'azione di esecuzione non è un dovere per la parte vittoriosa, ma una facoltà che, come tale, può anche non essere esercitata. Poiché il rapporto tra le parti, nel momento in cui la sentenza passa in giudicato, diviene sostanziale e non più processuale, nulla vieta alla parte vittoriosa di rompere il contratto proponendo la domanda di risoluzione, il cui unico presupposto è l'inadempimento, non già...l'effettivo inizio né tanto meno infruttuoso esito dell'azione esecutiva”*¹⁰⁶.

Lasciando per ora da parte il pur non trascurabile inciso del riconoscimento dell'esistenza di un rapporto sostanziale e non meramente processuale tra le parti e, quindi, conseguentemente, anche tra i due rimedi¹⁰⁷, va preliminarmente sottolineato che di regola si riconosce alle due domande la stessa *causa petendi*¹⁰⁸, in quanto entrambe traggono origine e giustificazione dall'inadempimento del contratto.

¹⁰⁶ Così Cassazione, 4 ottobre 2004, n. 19826.

¹⁰⁷ Detto rapporto costituirà, infatti, oggetto del prossimo paragrafo.

¹⁰⁸ In tal senso MOSCO, op, cit., p. 217.

Maggiori dubbi sorgono invece in merito all'eventuale identità del *petitum*¹⁰⁹, trattandosi al riguardo di capire quale sia effettivamente l'oggetto dei due rimedi e quale ampiezza gli si debba riconoscere.

Volendo identificare l'oggetto con la specifica finalità perseguita dalle due azioni, ne consegue che quella di adempimento mira al conseguimento dell'esatta prestazione dovuta dal debitore o, quantomeno, all'equivalente, laddove quella di risoluzione mira allo scioglimento del vincolo contrattuale con le conseguenti eventuali restituzioni¹¹⁰.

Qualora si volesse invece attribuire al concetto di "oggetto" un significato più ampio, si potrebbe addirittura arrivare a sostenere che le due domande, in quanto comunque dirette a reagire ad una mancanza sopravvenuta di equilibrio, presentano una comune funzione riequilibratrice.

Per tale via, a ben vedere, si giungerebbe a riconoscere ai due rimedi un'identità di *petitum* che non consentirebbe di superare il principio del *ne bis in idem* senza violarlo.

Se anche è vero, tuttavia, che innegabilmente entrambe le azioni presentano una finalità con funzione "riequilibratrice", a parere di chi scrive, l'attribuzione di un significato particolarmente ampio al *petitum* rischia di far perdere ai due rimedi la propria specificità.

Ciò senza dimenticare che solo l'azione di adempimento ha di mira il ripristino dell'equilibrio proprio del contratto, laddove invece l'azione di risoluzione mira piuttosto a ricreare, per quanto possibile e con l'ausilio delle eventuali conseguenti restituzioni, l'equilibrio antecedente la conclusione del contratto.

¹⁰⁹ Nel senso che le due domande differiscono quanto al *petitum* si sono espressi AULETTA, op. cit., p. 465; CARNEVALI, op. cit., p. 88; DELLACASA, op. cit., p. 217. In giurisprudenza, nello stesso senso, Cassazione, 4 ottobre 2004, n. 19826; Cassazione, 18 maggio 1994, n. 4830; Cassazione, 27 settembre 1986, n. 5788; nel senso invece che domanda di adempimento e domanda di risoluzione avrebbero lo stesso oggetto si è espressa, ma trattasi di opinione del tutto minoritaria, Cassazione, 12 maggio 2003, n. 7272.

¹¹⁰ *Ibidem*.

Ma forse sembra più corretto sostenere che la domanda di risoluzione in quanto tale, più che ad un ripristino dell'equilibrio, si propone di porre fine alla situazione di disequilibrio venutasi a creare all'interno del vincolo contrattuale, a prescindere dall'ottenimento di una nuova situazione di equilibrio.

Il più opportuno riconoscimento a ciascun rimedio di un *petitum* specifico, costituito ora dall'adempimento ora dallo scioglimento del contratto, consente di superare l'ostacolo costituito dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna all'adempimento e di giungere ad ammettere l'esperibilità della domanda di risoluzione nell'ambito di un nuovo giudizio.

Tornando alla sopra citata sentenza, essa supera *l'empasse* costituito dal *ne bis in idem*, percorrendo la strada dell'inadempimento sopravvenuto.

In altri termini, essa nega che il principio possa trovare applicazione nel caso in cui il debitore persista nel non adempiere la prestazione promessa anche dopo la pronuncia della sentenza di condanna.

Se, infatti, è vero che entrambe le domande hanno a fondamento l'inadempimento contrattuale, è anche vero che la prima ha ad oggetto l'inadempimento originario, peraltro già constatato e ritenuto esistente dal primo giudice, mentre la seconda ha ad oggetto l'inadempimento sopravvenuto che verrà valutato per la prima volta dal nuovo giudice investito della causa.

L'espressione "inadempimento sopravvenuto" si riferisce al fatto che l'inadempimento originario, protraendosi anche dopo la sentenza di condanna, si arricchisce di nuovi elementi, azioni od omissioni, che danno vita ad un *quid pluris* rispetto all'inadempienza originariamente constatata.

Ciò non significa che l'inadempimento sopravvenuto sia nuovo e diverso da quello originario, trattandosi pur sempre del medesimo inadempimento, ancorché protrattosi

per più lungo tempo e, che, proprio per questo, non può identificarsi perfettamente con quello originario.

Ne consegue che i fatti posti a fondamento delle due domande non possono considerarsi identici.

Come se non bastasse il giudice investito di una richiesta di risoluzione deve effettuare una valutazione ben più complessa di quella effettuata dal precedente giudice: non potrà infatti limitarsi a constatare l'effettivo inadempimento contrattuale, ma dovrà valutare anche la non scarsa importanza richiesta dall'art. 1455 c.c. quale requisito necessario per addivenire ad una sentenza di risoluzione¹¹¹.

Quanto sopra sembra invero sufficiente per negare che tra le due domande vi sia quell'identità oggettiva che costituisce uno dei pilastri su cui si basa il principio del *ne bis in idem*.

Ma la citata sentenza appare di indubbio interesse anche per un altro, forse sottovalutato, aspetto.

La possibilità di agire in risoluzione viene fatta dipendere dai giudici di legittimità, oltre che dall'inadempimento sopravvenuto (inteso nell'accezione sopra vista), anche dal fatto che la sentenza di condanna non consuma il diritto alla risoluzione attribuito al contraente non inadempiente *ex art. 1453 c.c.*

¹¹¹ Le due domande (di adempimento e di risoluzione) non sembrano invece differenziarsi, almeno stando all'orientamento attualmente prevalente in giurisprudenza e consacrato recentemente anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, quanto alla ripartizione dell'onere probatorio. Le Sezioni Unite hanno sostenuto che, a prescindere dal fatto che il creditore agisca per l'adempimento, per la risoluzione (o anche per il risarcimento del danno), egli deve limitarsi a provare la fonte del suo diritto, spettando poi al debitore dimostrare l'avvenuto adempimento ovvero il fatto che rende a lui non imputabile l'inadempimento. Cassazione, Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533 in *Corriere Giuridico*, 2001, 1565 con nota di MARICONDA. Nello stesso senso, *ex plurimis*, Cassazione, 19 aprile 2007, n. 9351; Cassazione, 13 giugno 2006, n. 13674; Cassazione, 12 aprile 2006, n. 8615 Cassazione, 25 settembre 2002, n. 13925; Cassazione, 15 novembre 2002, n. 16092; Cassazione, 18 novembre 2002, n. 16211. Per una disamina degli oneri probatori si veda PATTI, *Risoluzione per inadempimento del contratto di appalto*, in *Studium Iuris*, 11, 2004, p. 1378.

In altri termini, l'intervenuto esercizio del diritto all'adempimento culminato con la sentenza di condanna non elimina per ciò stesso il diritto sostanziale allo scioglimento del contratto riconosciuto in via alternativa al creditore dalla norma in oggetto.

Il che equivale a dire che i due diritti (all'adempimento e alla risoluzione) operano su di un piano diverso dal mero concorso di azioni, con la conseguenza che l'accoglimento di un'azione non può per ciò stesso interferire con il diritto sostanziale riconosciuto ad un soggetto. Ne consegue che solamente la soddisfazione del diritto all'adempimento può determinare l'estinzione del diritto alla risoluzione del contratto¹¹².

Anche la giurisprudenza, quindi, giunge, come vedremo suo malgrado ed in maniera alquanto inconsapevole, a riconoscere alla disposizione e alle domande in essa previste un significato che va oltre l'ambito meramente processuale.

Ma di questo argomento ci occuperemo più diffusamente nel prossimo paragrafo.

La possibilità di esercitare lo *ius variandi* successivamente alla condanna e, quindi, al di fuori del processo promosso per ottenere l'adempimento trova il suo fondamento anche e, forse, soprattutto, nel fatto che la sentenza di per sé non produce alcun mutamento nel vincolo contrattuale, che continua a permanere inalterato¹¹³.

Ed infatti, il giudicato di condanna all'adempimento nulla toglie e nulla aggiunge al rapporto sostanziale sottostante; anzi, a dire il vero lo rafforza, dotando il creditore dei mezzi che gli consentono di ottenere l'adempimento anche senza il consenso del debitore infedele.

¹¹² In questo senso già ROTA, op. cit., p. 891 ss.

¹¹³ In tal senso, tra le prime sentenze in materia Cassazione, 21 maggio 1952, n. 1464 con nota di AULETTA, *Sentenza di condanna all'esecuzione e azione di risoluzione per inadempimento*; Cassazione, 28 febbraio 1955, n. 590; Cassazione, 6 aprile 1977, n. 1322; Cassazione, 18 maggio 1994, n. 4830 secondo la quale "La disposizione dell'art. 1453 comma 2 c.c. la quale in deroga agli art. 183, 184, 345 c.p.c. consente di sostituire all'originaria domanda di esecuzione del contratto quella di risoluzione per inadempimento, trova applicazione anche nel caso in cui la condanna all'adempimento sia stata pronunciata con sentenza passata in giudicato, sempre che questa non abbia avuto esecuzione per essere proseguito l'inadempimento". Non sono mancate tuttavia sentenze in senso contrario: così, sempre tra le prime, Cassazione, 4 maggio 1942, n. 1164; Cassazione, 24 aprile 1974, n. 1191.

La circostanza che la sentenza di condanna non importi la novazione del rapporto contrattuale, comporta che il contraente non inadempiente manterrà tutti i diritti che da questo gli derivano.

Va da sé che, permanendo in vita il presupposto su cui si fonda il rimedio risolutorio, nessun ostacolo si frappone all'esperimento del medesimo anche oltre il processo instaurato ai fini dell'adempimento.

D'altronde, che il passaggio da una domanda ad un'altra non sia limitato ad un unico giudizio lo si evince chiaramente dallo stesso tenore letterale dell'art. 1453 II comma c.c., che non fa alcun riferimento ad un termine oltre il quale il mutamento diviene impossibile¹¹⁴.

E' plausibile ritenere che il legislatore, se effettivamente avesse voluto limitare la facoltà di variare la domanda di adempimento in domanda di risoluzione all'interno del giudizio, lo avrebbe probabilmente previsto espressamente.

Nondimeno, probabilmente, avrebbe situato altrove la norma, vale a dire nel luogo deputato alla disciplina del processo, ovverosia nel codice di procedura civile.

Ma allora, forse, l'ampia dizione normativa nasconde un significato diverso da quello che tradizionalmente le si attribuisce.

7. La natura sostanziale dello *ius variandi*

Come già preannunciato, la constatazione che la possibilità di mutare la domanda di adempimento in domanda di risoluzione va oltre l'ambito del processo porta con sé conseguenze molto più importanti di quelle che si potrebbero *prima facie* immaginare e conduce ad abbracciare una soluzione diversa da quella divisata dalla giurisprudenza maggioritaria.

¹¹⁴ Così anche SMIROLDO, op. cit., p. 318 ss.

Più precisamente, conduce ad attribuire alla norma natura sostanziale, il che, tuttavia, non impedisce di riconoscere alla stessa carattere prevalente, sul presupposto di ritenere che il diritto sostanziale debba prevalere su quello processuale in quanto preordinato al primo¹¹⁵.

Non si tratta semplicemente di attribuire un fondamento sostanziale ad un principio processualistico, posto che spesso i principi che governano l'ambito giudiziale promanano da esigenze di tipo sostanziale, quanto piuttosto di riconoscere allo *ius variandi* un ambito operativo che va oltre il campo meramente processuale¹¹⁶.

L'approdo ad una simile teoria si basa su di una convincente – perlomeno a parere di chi scrive - interpretazione logico-sistematica del II comma dell'art. 1453 c.c., che tiene nel debito conto il contenuto dell'intera disposizione.

Così, se il primo comma è chiaro nel formulare una scelta fra due diritti, quello all'adempimento e quello alla risoluzione, una interpretazione logico-sistematica del 2° comma porta a ritenere che anch'esso faccia riferimento al diritto prima ancora che all'azione¹¹⁷.

Ciò che si intende dire è che il diritto all'adempimento e il diritto allo scioglimento del vincolo contrattuale per inadempimento sono, prima di tutto, due diritti di carattere sostanziale.

La possibilità di esercitarli, oltre che sul piano sostanziale, anche sul piano processuale attraverso lo strumento della domanda giudiziale non incide in alcun modo sulla loro natura giuridica.

¹¹⁵ Così si è espresso REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità* in *Rivista trimestrale diritto e processo civile*, 1947, pag. 583 nota 13.

¹¹⁶ In tal senso si espresse anche SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1962, p. 140, secondo il quale: “di eccezione non c'è neppure l'ombra, perché la domanda è nuova non solo in un senso volgare e in realtà si tratta dell'esercizio di un diritto che non può essere pregiudicato dalla pendenza del giudizio”; nel senso che “in questo caso si può parlare di un concorso di azioni solo in senso improprio, ovvero di mera proiezione processuale; nel senso, cioè, per cui, sulla scorta della distinzione tra diritto ed azione, si afferma che ad ogni diritto corrisponde un'azione” si veda anche, tra i primi in tal senso, LIEBMAN, *Azioni concorrenti in Problemi del processo civile*, Napoli, 1934, p. 58.

¹¹⁷ Cfr. ROTA, *op.cit.*, p. 883.

La stessa *ratio* sostanziale che sottende i due diritti è ravvisabile anche nella facoltà di passare dall'uno all'altro diritto e, quindi, dall'esercizio del diritto ad ottenere l'adempimento a quello volto allo scioglimento del contratto¹¹⁸.

Ancora una volta, pertanto, il fatto che detto *ius variandi* possa essere esercitato oltre che sul piano sostanziale anche all'interno del processo non muta la sua natura sostanziale.

Non vi sono dubbi, innanzitutto, che l'ampia dizione normativa del 1° comma prescindendo da qualsiasi "localizzazione" della richiesta di adempimento o di risoluzione, nel senso che il creditore potrà scegliere la via stragiudiziale ovvero la via giudiziale.

Quanto all'adempimento, in particolare, il contraente fedele potrà scegliere se ricorrere *ab initio* alla domanda giudiziale, ovvero tentare di percorrere la via extragiudiziale attraverso la diffida ad adempiere dell'art. 1454 c.c. oppure dando notizia all'altra parte di esigere l'esecuzione dell'accordo nonostante la scadenza del termine essenziale contrattualmente convenuto.

Nel caso, invece, in cui il creditore propenda subito per lo scioglimento del vincolo, qualora non opti per la risoluzione giudiziale, potrà rivolgere alla controparte una formale diffida ad adempiere ovvero semplicemente dichiarare che intende avvalersi della clausola risolutiva espressa qualora inserita nel corpo del contratto.

Va da sé che il II comma, rappresentando la continuazione logico-sistematica del I, non potrà che avere lo stesso significato e lo stesso ambito di applicazione.

Detta conclusione pare rafforzata anche dal fatto che la terminologia del capoverso, come già si è visto per il primo comma, pare prescindere da qualsiasi "categorizzazione" della natura della richiesta successivamente avanzata dal creditore.

In verità, che alla norma in rassegna non possa riconoscersi carattere esclusivamente

¹¹⁸ Lo stesso discorso relativo alla natura sostanziale dello *ius variandi* si potrà fare, a tempo debito, anche con riferimento all'ipotesi inversa, ovviamente qualora si accetti l'assunto che ammette la variazione da risoluzione ad adempimento nonostante l'apparente divieto normativo.

processuale, a parere di chi scrive, deriva anche dalla constatazione che i mezzi apprestati dal legislatore per ottenere la risoluzione, come già visto, sono sia di carattere giudiziale che stragiudiziale, con la logica conseguenza che, se nessuna limitazione risulta dal contesto normativo – come pare nel caso di specie – in applicazione anche del noto brocardo *ubi lex voluit dixit*, nulla impedirà al creditore di servirsi dell'una ovvero dell'altra strada.

Così, il contraente non inadempiente, pur avendo promosso giudizio per ottenere l'adempimento, potrà rivolgere alla controparte formale diffida ad adempiere, con l'avvertimento che l'inutile decorso del termine provocherà la risoluzione di diritto del contratto.

O, ancora, potrà decidere di servirsi della clausola risolutiva espressa, facendone dichiarazione alla controparte.

Oppure, ancora, potrà modificare la propria domanda di adempimento con la richiesta di risoluzione, rimanendo nell'ambito del giudizio.

L'assunto che si intende dimostrare trova conferma anche argomentando dal principio sostanziale che sta alla base della norma in oggetto, ovvero sia la tutela delle ragioni creditorie; il riconoscimento del carattere meramente processuale della norma, in quanto imporrebbe al creditore che successivamente decidesse di chiedere lo scioglimento del vincolo, di rimanere nell'ambito processuale, finirebbe con il negargli la possibilità di ricorrere agli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.

Ciò, a ben vedere, porterebbe ad un risultato diametralmente opposto a quello da cui si è partiti.

Così facendo, infatti, si giungerebbe a negare al contraente fedele, che abbia inizialmente optato per una difesa giudiziale, la possibilità di servirsi degli strumenti stragiudiziali pur messi a disposizione dal legislatore.

Non pare neppure azzardato affermare che la norma, se interpretata in senso meramente processualistico, potrebbe addirittura finire con il violare principi costituzionalmente garantiti quali la parità e l'uguaglianza.

Il creditore poi, a seconda della scelta iniziale, si troverebbe a disporre di strumenti di tutela più o meno ampi.

Ed infatti, a fronte di una domanda giudiziale di adempimento non gli resterebbe che continuare nell'ambito processuale, usufruendo, semmai, della deroga ai termini di cui all'art. 183, VI comma c.p.c.

Per contro, nel caso in cui abbia dapprima tentato di ottenere l'adempimento in via stragiudiziale, rimarrà libero di chiedere la risoluzione proseguendo per tale strada, ovvero proponendo domanda giudiziale.

La riconosciuta natura sostanziale del diritto di mutare la richiesta di adempimento in richiesta di risoluzione consente allora di tutelare al meglio il creditore, al quale nulla impedirà di servirsi dei mezzi processuali apprestati dall'ordinamento, rimanendo così nell'ambito del giudizio, ovvero di uscire dal processo per cercare un soddisfacimento stragiudiziale.

Riconoscere allo *ius variandi* carattere sostanziale non significa, quindi, che il diritto possa essere esercitato solo al di fuori del processo, ma che, al contrario, esso prescinde dalla sfera giudiziale o stragiudiziale, variando solo le modalità concrete del suo esercizio.

Ne consegue che parlare di "concorso di azioni" può risultare non solo riduttivo, ma addirittura fuorviante, atteso che prima e a fondamento dell'azione viene il diritto di cui la medesima costituisce la "*mera proiezione processuale*"¹¹⁹.

La sostanziale differenza che intercorre tra il puro concorso di azioni e il concorso di diritti (diritto all'adempimento e diritto alla risoluzione) si coglie ponendo mente al

¹¹⁹ Così ROTA, op. cit., p. 887.

fatto che mentre l'accoglimento di un'azione preclude l'altra, nel secondo caso solo la soddisfazione di un diritto estingue l'altro, con la logica conseguenza che la pronuncia favorevole non impedisce, in quanto tale, la proposizione dell'azione per il diritto concorrente.

Risulta allora esatta l'affermazione secondo la quale, risultata infruttuosa l'esecuzione e perdurando l'inadempimento, l'azione di risoluzione è esperibile anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna¹²⁰.

Specularmente, il rigetto dell'azione di adempimento perché il credito non è mai sorto o perché regolarmente adempiuto fa sì che l'eventuale successiva azione di risoluzione non sia preclusa dal giudicato formatosi sulla precedente, ma debba essere respinta nel merito¹²¹.

Chiarita la natura sostanziale del diritto, occorre ora chiedersi come lo stesso possa qualificarsi.

Si tratta, all'evidenza, di una facoltà per il cui esercizio è necessaria e sufficiente la manifestazione unilaterale di volontà del creditore, di fronte alla quale la controparte non può e non deve fare alcunché¹²².

Ciò nel senso che il diritto di variare la domanda non necessita (come invece accade per i diritti di credito), di una prestazione, essendo in sé completo ed autosufficiente.

Alla luce di quanto esposto sembra allora imporsi l'accostamento ai diritti potestativi¹²³, trattandosi pur sempre di una facoltà che consente al titolare di realizzare il proprio interesse attraverso il suo semplice esercizio, sia che esso avvenga nel processo sia al di fuori di esso, senza che a tal fine sia richiesta la collaborazione o, comunque, un

¹²⁰ Così ancora, MOSCO, op. cit., p. 244 ss; in senso analogo ROTA, op. cit., p. 892.

¹²¹ La riflessione è di MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 355.

¹²² Così anche TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 2005, p. 63.

¹²³ In senso conforme SICCHIERO, op. cit. p. 269 ss.; TRIOLA, *Osservazioni in tema di rapporti tra domanda di risoluzione e inadempimento tardivo*, 3, 2000, p. 1366; PATTI, *Risoluzione per inadempimento, contratti di durata e contratto di appalto d'opera* in *Rivista di diritto commerciale*, 7-8/9-10, 2002, p. 532.

determinato comportamento da parte di altro soggetto.

8. Il rapporto tra l'art. 1453, II comma, I parte c.c. e l'art. 183, VI comma c.p.c. alla luce della riconosciuta natura sostanziale dello *ius variandi*

Il riconosciuto aspetto sostanziale dello *ius variandi* potrebbe portare ad affermare che l'art. 1453, II comma c.c. non deroga, in quanto legge speciale, alla disposizione di cui all'art. 183 VI comma c.p.c., con il logico corollario che il creditore, qualora intendesse esercitare lo *ius variandi* all'interno del processo, dovrebbe farlo nel rispetto dei termini perentori ivi previsti.

Anche la giurisprudenza, pur rimanendo ancorata alla natura meramente processuale della facoltà in oggetto, talvolta, ha ammesso la necessità che la medesima sia coordinata con il sistema di preclusioni di cui all'art. 183 VI comma c.p.c.¹²⁴.

Ciò in considerazione, soprattutto, del fatto che la norma *de qua*, con le limitazioni ed i termini ivi previsti, è stata introdotta solo nel 1990 per rispondere a determinate esigenze di riforma del sistema processuale ed è, pertanto, di molto successiva all'art. 1453, II comma c.c.

Tali sono, innanzitutto, esigenze di carattere pubblicistico in quanto finalizzate ad un ordinato e razionale svolgimento del processo, attraverso la fissazione dell'oggetto della controversia sin dall'inizio, nonché esigenze di interesse privatistico di garantire una maggiore attuazione del contraddittorio tra le parti, impedendo “mosse a sorpresa” che

¹²⁴ In tal senso Tribunale di Alessandria, 25 marzo 1998 in *Giurisprudenza italiana*, 10, 1999, c. 1865 con nota critica di GILI: “la facoltà, riconosciuta alle parti dall'art. 1453, 2° comma, c.c., di mutare, nel corso del giudizio, la domanda di adempimento del contratto in domanda di risoluzione del medesimo, deve coordinarsi con il sistema di preclusioni introdotte con la novella del 1990 e, in particolare, con l'art. 183 c.p.c., nella parte in cui fissa, come termine ultimo per la precisazione e modificazione delle domande ed eccezioni già proposte, quello concesso dal giudice per il deposito delle memorie di cui all'ultimo comma della norma richiamata”.

possano mettere in difficoltà l'avversario¹²⁵.

A chi scrive, tuttavia, la cennata interpretazione del rapporto intercorrente tra l'art. 1453, II comma c.c. e l'art. 183, VI comma c.p.c. non convince; il carattere sostanziale riconosciuto allo *ius variandi*, infatti, non porta necessariamente ad una interpretazione restrittiva della prima norma, nel senso, cioè, di comprimerla entro i limiti previsti dall'art. 183, VI comma c.p.c.

Il limite che da tale punto di vista si può forse riconoscere a coloro che si sono occupati dell'art. 1453 e, in particolare, del rapporto tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione, è il fatto di essersi limitati alla ricerca del rapporto intercorrente tra la norma *de qua* e la norma processualistica (l'art. 183 c.p.c.), allo scopo precipuo di individuare quale delle due possa considerarsi prevalente sull'altra.

Al riguardo ci sembra forse preferibile pensare che ciascuna abbia un proprio ambito di operatività e di applicazione che non interferisce e non limita necessariamente l'ambito di operatività e di efficacia dell'altra, in quanto fondate ciascuna su propri principi e destinate a rispondere ad esigenze diverse, sebbene tutte di fondamentale importanza.

Ciò comporta, quale logico corollario, che lo *ius variandi* possa essere esercitato anche oltre i termini perentori dettati dall'art. 183, VI comma c.p.c. per la modifica delle domande formulate.

Resta, tuttavia, la necessità di coordinare l'esercizio di tale diritto in sede processuale con il principio del contraddittorio di cui all'art. 111, comma 2 della Costituzione, secondo il quale "*ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità*".

Ne consegue che l'esercizio della facoltà di mutare la domanda di adempimento originariamente formulata in giudizio in domanda di risoluzione, dovrà ritenersi

¹²⁵ Tra coloro che si sono occupati delle finalità perseguite dal legislatore con l'introduzione del nuovo sistema di preclusioni cfr. TARUFFO, *Le preclusioni nella riforma del processo civile* in *Rivista diritto processuale*, 1992, p. 296 ss.

impossibile ogniqualvolta alla controparte non sia attribuita la facoltà di difendersi, come accadrebbe, ad esempio, se il diritto fosse esercitato per la prima volta nella memoria di replica di cui all'art. 190 c.p.c.

Poiché, tuttavia, nessun limite interno al processo viene di fatto delineato dall'art. 1453, comma 2 c.c., pare vieppiù arbitrario che esso possa essere introdotto in modo del tutto discrezionale dall'interprete.

Quanto sopra porta, giocoforza, a ritenere che l'esercizio del diritto (financo nella memoria di replica ex art. 190 c.p.c.) non possa considerarsi tardivo da parte del giudice, il quale, di conseguenza, dovrà consentire alla controparte di difendersi mediante l'integrazione del contraddittorio sia sotto il profilo sostanziale che probatorio. Ciò che potrà avvenire rimettendo in termini le parti e riassegnando alle medesime le scadenze di cui all'art. 183, VI comma c.p.c.

La critica per cui detta rimessione in termini cozzerebbe contro il principio dell'economia processuale risulta vieppiù pretestuosa se si considera che per tale via si consente di dare applicazione al principio costituzionalmente garantito del diritto al contraddittorio.

Senza dimenticare poi che *“scopo del processo è riconoscere la ragione a chi la abbia”*¹²⁶.

Vi è, inoltre, da considerare che la rimessione in termini non porta ad un allungamento necessariamente sproporzionato della vicenda processuale, posto che i termini di cui all'art. 183, VI comma c.p.c., oltre ad essere brevi, hanno anche carattere perentorio.

Ciò senza dimenticare che ci si trova pur sempre di fronte ad un *“inadempimento che non è stato ancora sanato offrendo la prestazione prima che la domanda di adempimento sia mutata in risoluzione, sicché nel contrasto tra diversi interessi, resta*

¹²⁶ Così SICCHIERO, op. cit., p. 312.

da preferire quello del contraente deluso anziché proteggere il contraente infedele”¹²⁷.

Appena soggiunto poi che il riconoscimento di un diritto in capo al contraente fedele non può non permettergli di allegare e provare in giudizio la fattispecie generatrice del suo diritto.

¹²⁷ L'espressione è ancora di SICCHIERO, op. cit., p. 312 ss.

CAPITOLO III

La scelta irreversibile: l'art. 1453, II comma, seconda parte c.c.

1. Le ragioni giustificatrici del divieto

Ai sensi dell'art. 1453, II comma, seconda parte c.c., *“non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione”*.

Ciò significa che la proposizione della domanda di risoluzione produce l'effetto di precludere al creditore la possibilità di chiedere l'adempimento.

Si afferma, tradizionalmente – ed in ciò sembra esservi il consenso sia della dottrina che della giurisprudenza - che la norma è posta preminentemente a tutela dell'interesse del soggetto nei cui confronti si agisce in risoluzione¹²⁸.

La stessa giurisprudenza di legittimità ha sancito che *“la norma di cui al 2° comma, art. 1453 c.c., che pone il divieto di chiedere l'adempimento del contratto quando è già stata domandata la risoluzione”*, è posta *“nell'interesse della parte inadempiente”*¹²⁹.

Ciò in quanto la reversibilità condurrebbe ad un eccessivo aggravamento della posizione del debitore, il quale dovrebbe tenersi pronto ad adempiere per un tempo indefinito.

Al contrario, per effetto del carattere irreversibile della scelta effettuata dal creditore, il contraente inadempiente, considerando decaduto l'interesse dell'altro contraente all'adempimento, non si terrà più pronto ad adempiere e potrà, pertanto, offrire *aliunde* la prestazione non eseguita, preparandosi, al tempo stesso, a sopportare il risarcimento del danno, organizzando le proprie forze ed attività in tale direzione.

Alla giustificazione di cui sopra si è aggiunto che il contraente non inadempiente

¹²⁸ Sul fatto che l'irreversibilità sia posta a tutela dell'interesse del debitore concorda la dottrina. Così, ad esempio, SACCO, *Il contratto*, cit., p. 650; DALMARTELO, op. cit., p. 140; da ultimo DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione*, cit., p. 225.

¹²⁹ Così Cassazione, 24 maggio 1993, n. 5838; cfr. anche Cassazione, 29 novembre 2001, n. 15171.

potrebbe approfittare della possibile reversibilità della scelta effettuata e speculare sulle fluttuazioni del mercato successive alla domanda di risoluzione; si pensi, ad esempio, ad un improvviso ed inaspettato aumento di valore della merce acquistata e non ricevuta¹³⁰, ciò che potrebbe far rinascere l'interesse del creditore al contratto, allettato dalla possibilità di rivendita del bene e, quindi, di maggior guadagno.

Per tale via si verificherebbe un nuovo interesse, non tanto alla prestazione in sé considerata, quanto piuttosto alla possibilità di lucrare sulla medesima.

Il divieto in parola pare ulteriormente rafforzato dal III comma dell'art. 1453 c.c. che impedisce al contraente inadempiente di eseguire la propria prestazione successivamente alla domanda di risoluzione. Detto comma, è stato giustamente osservato¹³¹, opera in due direzioni opposte: se da un lato fonda la legittimità del rifiuto dell'attore di ricevere la prestazione perché “*il creditore, manifestando la volontà di sciogliersi dal rapporto, intende con ciò essere legittimato a procurarsi altrove, ove necessario, la prestazione inutilmente attesa*”¹³², dall'altro dimostra come il contraente infedele sia libero, dopo quel momento, di utilizzare altrimenti la prestazione dovuta e la propria capacità economica.

Il principio del *favor debitoris*, a sua volta, sembra trovare la propria *ratio* nell'esigenza di certezza delle posizioni giuridiche; l'impossibilità di cambiare il proprio modo di agire, infatti, sicuramente garantisce maggiore sicurezza in quanto le parti restano “ancorate” al momento iniziale del procedimento a prescindere da qualsiasi accadimento posteriore.

Il medesimo principio pare potersi ricondurre, in ultima analisi, anche al principio dell'affidamento, inteso come convinzione in capo al debitore della carenza d'interesse del creditore alla continuazione del rapporto contrattuale e, quindi, come convinzione

¹³⁰ In tal senso CARNEVALI *Della risoluzione per inadempimento*, op. cit., p. 81.

¹³¹ SICCHIERO, op. cit., 261.

¹³² Così GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., p. 64.

della libera disponibilità della propria prestazione¹³³.

Convinzione originata dalla scelta del contraente non inadempiente di chiedere lo scioglimento del vincolo contrattuale con la perdita definitiva della prestazione non eseguita.

Se così fosse, se cioè si partisse dal presupposto che alla base del divieto vi è la tutela dell'interesse del debitore allo scioglimento del vincolo contrattuale, allora, di fronte al mutamento della domanda da parte del creditore, al debitore non spetterebbe che sollevare la relativa eccezione, senza onere di provare il motivo che vi sta alla base¹³⁴.

Senonché, se l'irreversibilità viene fatta dipendere esclusivamente dall'affidamento del debitore nella risoluzione del contratto, si rischia di giungere ad un *impasse* nell'ipotesi in cui detto affidamento di fatto manchi.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui il debitore neghi il proprio inadempimento o chieda, comunque, l'adempimento della controprestazione, dimostrando, per ciò stesso, di avere ancora interesse alla continuazione del rapporto. Se così è, l'irreversibilità rischia di rimanere priva di fondamento, o, meglio, finisce con l'essere giustificata solo in

¹³³ Con il ricorso al principio dell'affidamento viene perlopiù giustificata anche la possibilità di proporre la domanda di adempimento in subordine a quella di risoluzione.

Ed infatti, nessun affidamento del convenuto merita di essere tutelato qualora egli, fin dal momento della proposizione della domanda, sia a conoscenza del fatto che l'attore ha conservato l'intenzione di ottenere, ancorché in via subordinata, l'esecuzione del contratto.

Affinché ciò accada le due domande devono essere proposte contestualmente, vale a dire nello stesso atto, di modo tale che si tratti di due domande distinte, ancorché coeve dal punto di vista cronologico; diversamente ritornerebbe ad avere vigore il principio della irreversibilità di cui all'art. 1453, 2° comma c.c. come si ritiene accadere nell'ipotesi in cui la domanda di adempimento venga proposta esplicitamente solo al momento della precisazione delle conclusioni.

L'ammissibilità viene giustificata anche con l'interesse dell'attore a proporre le due domande in via gradata nell'ipotesi in cui il Giudice, non ritenendo l'inadempimento sufficientemente grave ai sensi dell'art. 1455 c.c., rigetti la domanda di risoluzione. Fra le tante, in tal senso, Cassazione, 9 dicembre 1988, n. 6672; Cassazione, 26 agosto 1986, n. 5235; Cassazione, 11 maggio 1996, n. 4444 in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 1997, p. 742 ss. con nota di CUBEDDU, *Divieto di domanda di adempimento e interesse del creditore*. La prima sentenza ad esprimersi affermativamente sulla questione fu Cassazione, 22 ottobre 1955, n. 3429 in *Giurisprudenza Italiana*, 1956, I, 1, p. 481 con nota di AULETTA *Domanda di risoluzione e domanda di adempimento (in via principale e in via subordinata e questioni sull'importanza dell'inadempimento)*.

¹³⁴ Così MOSCO, op. cit., p. 240 ss.; SICCHIERO, op. cit., p. 263 ss.

presenza di un affidamento¹³⁵.

In altri termini, partendo da tale assunto, si può giungere ad affermare che la regola posta dall'art. 1453, II comma, II parte c.c. non risulta sempre dotata di una propria *ratio* sostanziale, ovvero si può inferire che la preclusione, in quanto fondata sull'affidamento, opera solo in sua presenza.

Per tale via si apre, quindi, il primo varco verso il riconoscimento di una possibile portata limitata del divieto.

A detta soluzione è giunta, presumibilmente in maniera inconsapevole, sin da un'epoca oramai lontana, una parte della giurisprudenza, la quale ha ritenuto che fosse onere del convenuto provare il proprio interesse ad avvalersi dell'eccezione di preclusione in conformità delle ragioni che hanno ispirato la formulazione della norma¹³⁶.

In altri termini, già in epoca risalente si era giunti ad affermare che la preclusione, in quanto posta nell'interesse del debitore, opera solo quando esso sussiste e a condizione che il debitore ne provi l'esistenza¹³⁷.

Ne deriva che l'impossibilità di mutare la richiesta di risoluzione in richiesta di adempimento rischierebbe di pregiudicare chi invece si pretendeva di tutelare anche se dalla norma non traspare assolutamente l'onere del debitore di provare l'interesse ad avvalersi dell'eccezione.

In aderenza a quanto sopra e nel tentativo di dare al divieto una giustificazione più ampia e comprensiva, si è aggiunto che esso troverebbe la propria ragion d'essere nel principio della buona fede intesa in senso oggettivo.

Così, secondo una recente Cassazione *“alla luce del principio di buona fede oggettiva, il comportamento del contraente che chieda incondizionatamente la risoluzione è*

¹³⁵ In senso critico rispetto al principio dell'affidamento si pone CONSOLO, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1995, p. 316.

¹³⁶ Così già Corte d'Appello di Torino, 17 febbraio 1947 in *Foro Padano*, 1947, col. 304.

¹³⁷ In senso contrario all'onere del debitore di provare il proprio interesse alla risoluzione MIRABELLI, *I Contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, IV, 2, Torino, 1980, p. 613 ss.

*valutato dalla legge come manifestazione di carenza di interesse al conseguimento della prestazione tardiva*¹³⁸.

Ciò a significare che l'irreversibilità altro non sarebbe se non la codificazione del dovere di correttezza che deve guidare le parti, creditore e debitore, nel loro rapporto contrattuale, a partire dalle trattative fino a ricomprendere l'esecuzione del contratto¹³⁹.

Ancora una volta, quindi, alla base della norma si delineano quei principi di carattere sostanziale che governano la materia contrattuale e che, in quanto tali, contribuiscono a giustificare la natura sostanziale della disposizione normativa contenuta al II comma dell'art. 1453 c.c.

Ne consegue, come meglio si vedrà, che la stessa connotazione sostanziale che si è attribuita alla prima parte del comma II della norma e, quindi, allo *ius variandi*, si potrà riconoscere anche alla sua seconda parte.

Ne consegue che la provata struttura sostanziale gioca un ruolo primario anche nell'individuazione degli eventuali limiti all'operatività del divieto.

2. La portata del divieto

I dubbi maggiori, più che la *ratio* giustificatrice del divieto, sembrano riguardare la sua interpretazione.

Il tenore letterale della norma, invero, pare conferire al divieto portata generale,

¹³⁸ Cassazione, 19 gennaio 2005, n. 1077, ma già Cassazione, 23 novembre 1979, n. 6134 in *Giurisprudenza Italiana*, 1980, I, 1, 559, secondo la quale addirittura la valutazione effettuata dalla legge della mancanza di interesse alla prestazione è tale da determinare, comunque, l'estinzione dell'obbligazione, quand'anche il giudice non abbia pronunciato la risoluzione del contratto. Trattasi, all'evidenza, di una conclusione che non trova alcun appiglio a livello normativo, ma che, anzi, potrebbe dirsi in contrasto con lo stesso tenore dell'art. 1453, II comma seconda parte, laddove dice che la domanda di adempimento – seppur astrattamente esperibile in quanto il rapporto è ancora in essere – non può esserlo in concreto. Cfr. in dottrina ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, p. 67.

¹³⁹ Per un'analisi più approfondita del concetto di buona fede oggettiva si rinvia a GAZZONI, op. cit., p. 530 ss.

senonché già nel paragrafo precedente si è paventata una sua applicazione più ridotta di quella che potrebbe *prima facie* ricavarsi dalla sua lettura.

L'analisi degli autori che si sono occupati della questione fin dall'entrata in vigore del codice attuale ha evidenziato opinioni alquanto discordi.

Più precisamente, la norma si è offerta a due diverse interpretazioni: la prima, più rigida, saldamente ancorata al dato letterale, attribuisce al divieto valore assoluto; la seconda, più "liberale", tenta di restringerne l'ambito di applicazione, riconoscendogli un valore relativo.

3. La teoria restrittiva

La prima lettura, ancorata ad una interpretazione meramente letterale della norma, non ne ammette alcuna forzatura. Il creditore rimane irreversibilmente vincolato alla propria scelta, a prescindere da qualsiasi evento processuale e da qualsivoglia atteggiamento assunto dal convenuto¹⁴⁰.

Da ciò consegue che, proposta la domanda di risoluzione, la richiesta di adempimento diviene, per l'effetto, improponibile, sia all'interno del processo in cui la domanda è stata svolta, sia in qualsiasi altro successivo giudizio.

Particolare importanza ha assunto a fondamento di detta teoria la considerazione dell'affidamento ingenerato nel debitore inadempiente dalla proposizione della

¹⁴⁰ Così Cassazione, 23 novembre 1979, n. 6134; nello stesso senso in giurisprudenza si sono espresse anche Cassazione, 11 febbraio 1993, n. 1698 secondo la quale la domanda di risoluzione "*preclude la successiva domanda di adempimento dato che il comportamento del contraente che chiede senza riserve la risoluzione del contratto per inadempienza della controparte è valutato dall'art. 1453 comma 2 c.c. come manifestazione della mancanza di interesse al conseguimento della prestazione tardiva, con la conseguenza che, qualora il giudice non pronunci la risoluzione del contratto, l'obbligazione del contraente convenuto deve ritenersi comunque estinta*"; Cassazione, 9 giugno 1992, n. 7085 in *Giustizia civile*, 1993, I, p. 1263 con nota adesiva di TRIOLA *In tema di rapporti tra domanda di risoluzione e domanda di adempimento*. In dottrina si esprimono in tal senso: DALMARTELLO, op. cit., p. 126 ss.; GIORDANO, *Risoluzione di contratto e adempimento* in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, p. 224; CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 86 ss; KLITSCH DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice* in *Rivista di diritto civile*, 1964, I, p. 30 ss.

domanda di risoluzione e dalle conseguenze che da essa possono derivare; in altri termini, il divieto si reggerebbe anche e soprattutto sul fatto che il debitore, di fronte alla notifica della domanda di risoluzione, non sarebbe più pronto ad adempiere, “*considerando venuto meno l’interesse della controparte all’esecuzione del contratto*”¹⁴¹, nonché “*sull’impossibilità di unilaterale aggravamento della posizione*”¹⁴² del medesimo ad opera dell’attore.

Taluno parla addirittura di un “*diritto del debitore di non adempiere*”¹⁴³, precisamente di un “*diritto quesito*” nel senso che il creditore, proponendo la domanda, renderebbe perciò stesso inefficace il contratto, con conseguente liberazione del debitore, che verrebbe esonerato definitivamente dall’obbligazione contrattuale, senza che una qualsiasi circostanza verificatasi nella sfera giuridica del creditore possa di fatto influire su detto diritto.

Ciò anche in virtù del principio di buona fede intesa in senso oggettivo, secondo il quale il convenuto non può essere obbligato, “*contraddittoriamente, sia a restituire all’attore quanto abbia da lui (n.d.r. eventualmente) già conseguito in esecuzione del contratto, sia a tenere a disposizione dello stesso attore l’oggetto della propria prestazione ancora ineseguita*”¹⁴⁴.

Conseguenza di tale impostazione è che l’obbligazione deve considerarsi estinta per il semplice esercizio dell’azione di risoluzione, che diventa, da sola, causa di scioglimento del contratto¹⁴⁵.

Tale soluzione, secondo i suoi sostenitori, si impone non fosse altro per il fatto che essa rappresenta l’unica via in grado di tutelare l’interesse del debitore di fronte al possibile arbitrio del creditore.

¹⁴¹ Così TRIOLA, op. ult. cit., p. 1265.

¹⁴² Ancora Cassazione, 23 novembre 1979, n. 6134.

¹⁴³ L’espressione è usata da SACCO, *Il contratto*, cit., p. 650.

¹⁴⁴ Così, testualmente Cassazione, 23 novembre 1979, n. 6134.

¹⁴⁵ In tal senso KLITSCHÉ DE LA GRANGE, op. cit., p. 30 e, ancora, SACCO, op. ult. cit., p. 653.

Se così non fosse, infatti, l'interesse del convenuto potrebbe essere pregiudicato dal fatto che egli, non potendo comunque adempiere per tutta la durata del giudizio, di fronte al manifesto disinteresse del creditore alla prestazione potrebbe essere indotto ad eseguirla altrove, spogliandosi definitivamente del bene.

Quale danno gli deriverebbe poi se in un secondo momento il creditore potesse cambiare idea e pretendere nuovamente la prestazione oramai eseguita a favore di altri.

Non vi sono dubbi che una simile impostazione permetta di tutelare al meglio gli interessi del convenuto il quale, per quanto inadempiente, non può certo essere costretto per un tempo indefinito a tenere a disposizione del creditore la prestazione ineseguita senza, peraltro, potergliene fare formale offerta.

All'apparente ragione di buon senso che pure sembra guidare la teoria si può tuttavia obiettare che il debitore, che a mezzo del proprio comportamento ha costretto il creditore a rivolgersi al giudice per ottenere quanto non riesce a ricevere spontaneamente, può anche essere costretto a tenere a disposizione a tempo indeterminato la prestazione, trattandosi comunque di una situazione che egli stesso ha causato con il proprio comportamento contrario a buona fede.

A ciò si potrebbe aggiungere che la tutela della posizione debitoria, per quanto corretta, non può certo spingersi fino al punto di influire, modificandola, sulla natura giuridica della domanda di risoluzione, facendovi derivare degli effetti che invece non le appartengono.

Né, si aggiunge, può spingersi fino al punto di lasciare il creditore in balia del debitore e, soprattutto, della sua decisione unilaterale e spontanea di adempiere.

Vi è, inoltre, che l'orientamento in parola pare tener conto solo dell'ipotesi in cui il debitore non abbia più alcun interesse alla prosecuzione del vincolo, dimenticando che, nella maggior parte dei casi, egli cercherà di contestare la fondatezza della domanda di

risoluzione, ritenendo, ad esempio, insussistente il requisito dell'importanza dell'inadempimento di cui all'art. 1455 c.c., ovvero negando l'asserito inadempimento o sostenendo di essere ancora in grado di adempiere tempestivamente.

Non vi sono dubbi che, così agendo, il debitore dimostri di avere ancora interesse alla conservazione del rapporto, facendo conseguentemente venir meno proprio quell'esigenza di tutela dell'affidamento nella risoluzione del contratto che la teoria suddetta si propone di proteggere¹⁴⁶.

Se ne ricava che anche qualora si volesse condividere la pur criticata teoria, essa avrebbe comunque un campo di applicazione limitato, trovando un confine invalicabile nell'insussistenza dell'affidamento del debitore nella risoluzione.

Ma dire questo significa giocoforza ammettere che l'effetto preclusivo della domanda giudiziale e, per l'effetto, la sua capacità estintiva dell'obbligazione non ha carattere assoluto - come pretenderebbero di affermare i suoi sostenitori - ma sussiste solo in alcuni casi.

Ben si vede, quindi, come tale teoria rischi di portare, in verità, a conclusioni non solo del tutto estranee alla volontà di coloro che l'hanno sviluppata e sostenuta, ma anche difficilmente sostenibili.

E' di palmare evidenza, infatti, come la natura giuridica della domanda di risoluzione non possa mutare a seconda del comportamento giudiziale che verrà assunto dal debitore convenuto nel corso del giudizio.

L'orientamento *de quo*, a ben vedere, probabilmente, ripetesi, oltre le aspettative e l'intenzione dei suoi sostenitori, finisce con il far dipendere dal caso processuale concreto la natura giuridica di un istituto (quello della risoluzione per inadempimento), i

¹⁴⁶ Di ciò si era già avveduto AULETTA, secondo il quale “*se il convenuto contesta il diritto dell'attore alla risoluzione, assumendo che il rapporto deve essere adempiuto, nega con il suo stesso contegno l'esistenza del suo interesse...onde in tali ipotesi non si verifica alcuna preclusione della successiva domanda di adempimento, mancando nel convenuto, per sua dichiarazione, quell'affidamento alla risoluzione che la preclusione ha inteso proteggere*”, in *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 463.

suoi rapporti con l'adempimento e, in ultima analisi, anche l'applicazione del divieto normativo.

Non serve di certo inoltrarsi ad un'analisi approfondita della norma per accorgersi che la forzatura del dato letterale è forse eccessiva.

A ragioni di tipo sostanziale i sostenitori della teoria *de qua* aggiungono considerazioni legate al tenore letterale dell'art. 1453, II comma, II parte c.c., il quale prevede che non possa “più” chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.

In altri termini, l'avverbio “più” attribuirebbe alla norma quel carattere di definitività che mal si accompagna ad una mera sospensione del contratto. Se così fosse, infatti, se cioè l'effetto della domanda fosse la sola sospensione del vincolo negoziale, “*l'attore avrebbe la possibilità di far cessare tale stato di quiescenza modificando la domanda di risoluzione in domanda di adempimento*”¹⁴⁷.

Da tale premessa si giunge alla conseguenza estrema che anche nel caso in cui il giudice respingesse, per qualsiasi ragione, la domanda di risoluzione, l'accordo rimarrebbe, comunque, definitivamente sciolto.

Senonché, per tale via si rischia di giungere al risultato assurdo di un contratto da considerarsi definitivamente sciolto e, come tale, non più eseguibile, pur in presenza di una sentenza di rigetto della domanda di risoluzione ed, eventualmente, di accoglimento della domanda riconvenzionale di adempimento.

Quella giurisprudenza di legittimità che ha avallato tale orientamento è financo giunta ad affermare che, nel caso di mancata risoluzione *ope judicis*, dovendosi ritenere, comunque, estinta l'obbligazione del debitore convenuto, dovrà ritenersi egualmente estinta, in virtù del principio di “*corrispettività delle prestazioni*”, anche l'obbligazione

¹⁴⁷ Le parole sono di KLITSCHÉ DE LA GRANGE, op. cit., p. 31.

del creditore¹⁴⁸ che sarà a sua volta liberato.

Senonché, come è stato giustamente osservato, il meccanismo di estinzione delle reciproche obbligazioni contrattuali in tal modo innescato, finisce per dare luogo ad una sorta di “*risoluzione atipica*”, lontana dal modello di cui all’art. 1453 c.c.¹⁴⁹.

Risoluzione che, secondo taluno, sarebbe equiparabile alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, quasi a voler significare che la proposizione della domanda determina per ciò stesso l’impossibilità giuridica dell’esecuzione del contratto.

Per non tacere poi degli intenti speculativi e, comunque, distorti che tale lettura potrebbe assecondare, consentendo al contraente non più interessato all’esecuzione del contratto di chiederne la risoluzione anche in mancanza dei presupposti richiesti dalla legge per lo scioglimento, certo, comunque, che, a prescindere dall’esito del giudizio, il contratto potrà considerarsi sciolto.

Vero è, poi, che detta teoria poco si concilia con l’ampio potere che l’art. 1455 c.c. conferisce al giudice nella valutazione della gravità dell’inadempimento quale requisito imprescindibile ai fini della declaratoria di scioglimento.

Il corollario logico più grave della presente teoria riguarda la natura giuridica che essa riconosce alla sentenza di risoluzione.

Tradizionalmente si afferma che tale sentenza ha natura costitutiva in quanto è da essa che lo scioglimento del vincolo contrattuale deriva¹⁵⁰.

Per contro, sostenere che l’accordo viene meno per effetto della semplice proposizione della domanda giudiziale di risoluzione, significa giocoforza affermare che la pronuncia riveste efficacia dichiarativa, poiché nel momento in cui essa interviene il rapporto obbligatorio è già inderogabilmente sciolto.

¹⁴⁸ Così Cassazione, 11 febbraio 1993, n. 1698; Cassazione, 23 novembre 1979, n. 6134.

¹⁴⁹ CONSOLO, op. cit., p. 311.

¹⁵⁰ In tal senso, tra le molte, si sono espresse: Cassazione, 21 luglio 1980, n. 4776; Cassazione, 24 settembre 1981, n. 5175; Cassazione, 7 febbraio 2001, n. 1773; Cassazione, 6 febbraio 2009, n. 3039.

A conferma di tale assunto qualche autore ricorda che una domanda di adempimento proposta dall'attore nel corso del giudizio verrebbe paralizzata da un'eccezione del convenuto, mentre, d'altro canto, una domanda di tal fatta da parte del convenuto sarebbe per ciò stesso paralizzata dalla domanda già proposta dall'attore¹⁵¹.

In verità l'affermazione prova troppo poiché anche il riconoscimento dell'esistenza di limiti all'operare del divieto consente di paralizzare la proposizione di una domanda nuova di adempimento all'interno del giudizio.

Qualche autore, forse nel tentativo di salvare la teoria prevalente sulla natura giuridica della sentenza di risoluzione, senza rinunciare a riconoscere un qualche effetto proprio alla relativa domanda, ricollega l'efficacia costitutiva dello scioglimento alla sentenza, facendolo tuttavia retroagire al momento introduttivo del giudizio¹⁵².

Tale opinione, tuttavia, non sembra discostarsi più di tanto da quella che considera lo scioglimento caratteristica propria della domanda e non della sentenza.

A parere di chi scrive, infatti, tale affermazione non pare allontanarsi dalla teoria che riconosce alla domanda di risoluzione l'effetto sostanziale del venir meno del vincolo obbligatorio, trascendendo per ciò stesso quella che probabilmente era l'intenzione

¹⁵¹ SACCO, *Il contratto*, cit., p. 653.

¹⁵² In tal senso si è espressa Cassazione, 9 giugno 1992, n. 7085. Nel senso di un totale effetto preclusivo della domanda di risoluzione, a prescindere dai possibili esiti del giudizio si è espresso DALMARTELLO *Risoluzione del contratto*, cit., p. 141; secondo l'autore: "non è da escludere che (chi ha agito in risoluzione) possa sentirsi fondatamente ...rispondere che il suo rifiuto di ricevere l'adempimento – rifiuto implicito nella proposizione della infondata domanda di risoluzione – ha posto il convenuto nella situazione di poter...e dover... disporre dell'oggetto della prestazione (anche per attenuare il danno che quell'ingiustificato rifiuto gli stava determinando)".

L'autore, a sostegno della sua tesi, fa riferimento alla Relazione al c.c. laddove afferma che il contraente, scegliendo la risoluzione, implicitamente dichiara di non avere più interesse al contratto con la conseguenza che il debitore non deve mantenersi pronto per l'esecuzione della prestazione. Similmente si è espresso MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, IV, II, Torino, 1980, p. 619. Ancora più rigoroso SACCO, *Il contratto*, cit., p. 520, secondo il quale "proposta la domanda di risoluzione, il debitore acquista il diritto di non adempiere".

Gli autori e le loro opinioni sono sinteticamente riportati in BIANCA *La Responsabilità*, cit. p. 304.

Nello stesso senso, anche se in verità appare un po' ambiguo, sembra esprimersi GIORGIANNI, in *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., p. 69 ss., laddove afferma che "la posizione delle parti rimane identica, posto che nell'idea del legislatore anche nella risoluzione giudiziale, dal momento della proposizione della domanda, il creditore non può più chiedere ed al debitore è precluso l'adempimento.... Il che non può che essere conseguenza di una paralisi del rapporto, preparatoria della risoluzione, la pronuncia della quale avrà effetto retroattivo".

originaria del legislatore del '42.

L'opinione, seppur autorevolmente sostenuta, come si è cercato di dimostrare nel presente paragrafo non merita accoglimento; l'effetto preclusivo della domanda deve, pertanto, essere contestualizzato nell'ambito del procedimento in cui viene proposta; ne consegue che se quello stesso procedimento termina senza che la domanda sia andata a buon fine, questa esaurisce tutti i propri effetti, ivi compreso quello preclusivo.

4. Le teorie liberali

All'opinione propensa a riconoscere alla norma il carattere di comando imperativo negativo, si contrappongono quegli orientamenti che, partendo dal significato letterale della norma, le riconoscono un ambito di applicazione via via più ristretto e confini sempre più labili e, a volte, anche confusi.

Il perché si sia ben presto sentita tale esigenza si comprende se si considera la gravità delle conseguenze che comunque derivano dall'applicazione rigidamente letterale della norma; basti pensare, a tal riguardo, alla sorpresa cui si troverebbe esposto il debitore qualora il creditore esercitasse l'azione di risoluzione subito dopo la scadenza dell'obbligazione.

L'opinione trova la sua *ratio* anche nella diffusa considerazione che le parti, se avessero considerato l'adempimento puntuale veramente essenziale nell'economia del loro rapporto, avrebbero quantomeno inserito nella sua disciplina un termine essenziale o una clausola risolutiva espressa cui sarebbe conseguita la facoltà per il creditore insoddisfatto di ottenere la risoluzione *ipso iure* del contratto, senza dover attendere la pronuncia costitutiva del giudice¹⁵³.

Partendo da tale assunto si è da più parti sostenuto che il divieto non va inteso in senso

¹⁵³ Fra coloro che si sono espressi in tal senso GIORGIANNI *L'inadempimento*, Milano, 1975 p. 101.

assoluto e che la norma richiede una interpretazione che vada oltre il dato meramente letterale, in altri termini una interpretazione *secundum rationem* ovvero *zweckmäßig*.

L'esigenza di andare oltre il dato letterale per ricercare il corretto significato da riconoscere alla norma ha determinato lo sviluppo di orientamenti che, da un lato si sono occupati dell'applicazione del divieto pendente giudizio, dall'altro ne hanno saggiato l'operatività oltre il singolo processo.

5. L'applicazione del divieto all'interno del processo

Una prima opinione che si inserisce nel solco degli orientamenti liberali e che riconosce l'esistenza di limiti interni al processo è quella che, pur partendo dalla *ratio* di tutela dell'affidamento del debitore nella risoluzione, giunge alla conclusione che, mancando detta esigenza di tutela, il divieto non ha alcuna ragion d'essere¹⁵⁴.

I casi in cui detta assenza manca sono, a detta dei sostenitori della presente teoria, i più frequenti, rientrandovi tutte quelle ipotesi in cui il convenuto sostenga di aver già adempiuto, di essere ancora in grado di adempiere tempestivamente ovvero, pur ammettendo di non aver adempiuto, contesti l'importanza del proprio inadempimento.

Ne consegue che, nei casi di assenza di una propria ragione giustificatrice, il divieto dovrà cedere il passo di fronte alle ordinarie regole processuali sui tempi e sui limiti di ammissibile modificazione della domanda.

Da ciò si fa derivare che il vincolo alla scelta compiuta, posto dall'art. 1453, II comma, seconda parte, c.c., non può, in siffatti casi, impedire all'attore di perseguire in un unico processo sia la *ex adverso* resistita risoluzione sia, se la stessa venga negata dal giudice, quell'adempimento che il convenuto dice di aver già effettuato o, quantomeno, di essere

¹⁵⁴ CONSOLO, op. cit., p. 320 ss.; più di recente, nello stesso senso, DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione*, cit., p. 226 ss.

pronto ad effettuare.

Da quanto sopra si ricava il convincimento che il “*convenuto debba soggiacere al mutamento della domanda di risoluzione in quella di adempimento ove il suo precedente comportamento processuale...abbia rilevato che egli non confida affatto nella risoluzione del contratto*”¹⁵⁵.

Da ciò consegue che il rapporto tra la norma sostanziale di cui all’art. 1453, 2° comma c.c. e la norma processuale di cui all’art. 183, VI comma c.p.c. si gioca interamente sull’affidamento del convenuto nella risoluzione del contratto¹⁵⁶ e, conseguentemente, nel comportamento processuale assunto dal medesimo.

Il che, a ben vedere, riconduce (ma forse sarebbe meglio dire riduce) ancora una volta la portata del divieto alla condotta concretamente assunta dall’inadempiente all’interno del giudizio, introducendo una lettura meramente casistica del divieto che, a dire il vero, ci sembra del tutto avulsa dall’intenzione che ha accompagnato il legislatore nella codificazione nella norma.

In altri termini, ogniqualvolta il debitore manifesti di aver perso interesse alla conservazione del vincolo, al divieto potrà riconoscersi carattere assoluto con la conseguenza che l’art. 1453, II comma, seconda parte c.c. prevarrà sulla norma processuale in tema di *emendatio libelli*; per contro, qualora l’inadempiente con il proprio comportamento processuale manifesti di avere ancora interesse alla persistenza del contratto, la norma dovrà inevitabilmente cedere il passo di fronte alle ordinarie regole processuali.

¹⁵⁵ Il corsivo è di CONSOLO, op. cit., p. 320.

¹⁵⁶ In tal senso sembra essersi espressa in giurisprudenza, Cassazione, 24 maggio 1993, n. 5838 in *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1, p. 1376, secondo la quale la violazione del divieto di cui alla predetta disposizione non può essere rilevata d’ufficio ma deve essere eccepita dalla parte convenuta, nel cui solo interesse detto divieto è stabilito. In senso critico nei confronti della sentenza, limitatamente al richiamo impreciso alla figura dell’eccezione, si veda CONSOLO, op. cit. p. 326.

6. La domanda di adempimento subordinata a quella di risoluzione

Vero è che la norma, proprio per la sua genericità, a seconda dell'interesse che si individui alla sua base e che si ritenga, per l'effetto, dalla medesima tutelato, si presta ad interpretazioni diverse se non addirittura contrastanti.

Si impone allora, all'evidenza, la ricerca di una soluzione che concili, per quanto possibile, le diverse visioni del divieto.

Una prima ipotesi di conciliazione delle opposte esigenze è ravvisabile qualora la domanda di adempimento venga proposta nel medesimo processo, ma in via subordinata al rigetto di quella di risoluzione¹⁵⁷.

Sebbene a tale affermazione si possa facilmente obiettare che essa forza il dato normativo, in verità la forzatura non è più pesante di quella cui giungono inevitabilmente le altre teorie.

Anzi, a ben vedere, probabilmente non vi è neppure alcuna forzatura del dato normativo, posto che il divieto riguarda l'ipotesi in cui l'attore proponga *in primis* l'azione di risoluzione e decida poi, in un secondo momento, di mutare la domanda così come introdotta, manifestando, per ciò stesso, di aver cambiato i propri interessi ed esigenze.

Diversamente, nell'ipotesi prospettata entrambe le domande sussistono e coesistono, sebbene alternativamente, fin dall'inizio del giudizio.

Vi è di più. La soluzione *de qua* appare perfettamente in linea anche con la *ratio* della disposizione quale formulata nella Relazione al Codice: così agendo, infatti, l'attore

¹⁵⁷ L'opinione, in passato contrastata, appare ora ammessa dalla prevalente giurisprudenza e dottrina. In giurisprudenza: Cassazione, 19 gennaio 2005, n. 1077; Cassazione, 28 gennaio 2000, n. 962; Cassazione, 4 dicembre 1999, n. 13563; 29 aprile 1998, n. 4361; Cassazione, 9 febbraio 1995, n. 1457. In dottrina, dopo le prime contestazioni da parte di MOSCO, op. cit., p. 241, si vedano, tra gli altri: CONSOLO, op. cit., p. 322; GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, cit.; DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione*, cit., p. 241.

dimostra *ab initio* di avere ancora interesse al contratto per il caso in cui il giudice dovesse concludere per la non risoluzione del medesimo¹⁵⁸.

L'opinione ha trovato l'avallo della stessa giurisprudenza di legittimità la quale ha recentemente affermato che *“Il principio dell'inammissibilità della domanda di adempimento proposta successivamente a quella di risoluzione (art. 1453 c.c.) deve ritenersi applicabile alla duplice condizione: 1) che la domanda di risoluzione sia stata proposta senza riserve, in quanto, alla luce del principio di buona fede oggettiva, il comportamento del contraente che chieda incondizionatamente la risoluzione è valutato dalla legge come manifestazione di carenza di interesse al conseguimento della prestazione tardiva - sicché l'esercizio dello "ius variandi" deve, per converso, ritenersi consentito quando la domanda di risoluzione e quella di adempimento siano proposte nello stesso giudizio in via subordinata; 2) che esista un interesse attuale dell'istante alla declaratoria di risoluzione del rapporto negoziale - di talché, quando tale interesse venga meno per essere stata la domanda di risoluzione rigettata o dichiarata inammissibile, la preclusione "de qua" non opera, essendo venuta meno la ragione del divieto di cui al ricordato art. 1453 c.c.”*¹⁵⁹.

Tralasciando per ora la condizione *sub 2* di cui ci si occuperà in prosieguo, non paiono esservi dubbi sul fatto che la proposizione della domanda di adempimento subordinatamente a quella di risoluzione evidenzia *ab initio* il perdurare dell'interesse del creditore nel contratto, impedendo, per ciò stesso, il formarsi di qualsiasi affidamento in capo al debitore convenuto, il quale potrà, pertanto, apprestare fin da subito i mezzi necessari per l'esecuzione della prestazione¹⁶⁰.

¹⁵⁸ L'osservazione è di SICCHIERO, op. cit., p. 278.

¹⁵⁹ Cassazione, 19 gennaio 2005, n. 1077.

¹⁶⁰ O meglio, forse, i mezzi necessari per completare l'esecuzione, non per l'adempimento integrale, posto che, come si è correttamente osservato, in tal caso si sarebbe di fronte ad un inadempimento totale e, quindi, grave (salvo il caso, ovviamente, in cui la contestazione riguardi l'imputabilità dell'inadempimento o l'effettivo adempimento o, ancorala gravità del ritardo). Così SICCHIERO, op. cit., p. 279.

Che l'esigenza di ricercare una soluzione "di mezzo" sia reale, balza agli occhi se solo si considera la gravità della conseguenza cui si perverrebbe nel caso in cui il giudice respingesse la domanda di risoluzione, ritenendo non grave il ritardo, senza che, ciononostante, il ritardatario decidesse spontaneamente di adempiere.

Al creditore sarebbe, per ciò stesso, preclusa ogni iniziativa, con la conseguenza di trovarsi "prigioniero" di un contratto che, seppure ancora esistente, sarebbe vincolante solo nei suoi confronti, trovandosi la controparte nella assoluta libertà di decidere se adempiere o meno.

Siffatto corollario giustifica l'atteggiamento talora assunto dalla giurisprudenza, la quale, nonostante il divieto espresso di adempimento spontaneo contenuto nell'art. 1453, terzo comma c.c., ritiene che la gravità dell'inadempimento debba essere valutata nella sua globalità temporale, vale a dire anche per il tempo successivo alla proposizione della domanda giudiziale¹⁶¹.

Trattasi di un orientamento improntato ad esigenze di equità in cui la valutazione del persistere dell'inadempimento successivo alla domanda di risoluzione, nonostante la prestazione non sia giuridicamente più eseguibile, è considerata necessaria proprio al fine di consentire un giudizio sulla gravità dell'inadempimento che comprenda anche il ritardo successivo ed evitare, per l'effetto, una pronuncia di rigetto della risoluzione che mal si concilierebbe con l'impossibilità di agire per ottenere l'esecuzione del contratto.

Lo stesso effetto si otterrebbe, evitando la palese violazione del terzo comma dell'art. 1453 c.c., anche mediante la proposizione di una nuova domanda di risoluzione fondata sul ritardo successivo a quello oggetto della richiesta respinta, da proporsi, tuttavia, in

¹⁶¹ Così Cassazione, 8 marzo 1988, n. 2346 secondo la quale *"l'indagine sull'importanza dell'inadempimento, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1455 c.c., deve essere unitaria, in relazione a tutto il comportamento del debitore, desumibile dalla durata della mora e dal suo probabile protrarsi in corso di causa"*. In senso contrario, tuttavia, Cassazione, 15 giugno 1989, n. 2879.

un nuovo processo, con conseguente spreco di economie e risorse¹⁶².

Per superare detta *empasse* ecco allora riproporsi la tesi dinnanzi formulata, la quale consente, da un lato, di “salvare” il dettato dell’ultima parte del secondo comma dell’art. 1453 c.c. - in quanto il divieto di *ius variandi* può essere letto nel senso di impedire che la domanda di risoluzione si trasformi in quella di adempimento, ma non che queste siano contestuali sebbene subordinate - dall’altro, di rispettare il divieto contenuto nell’ultimo comma della stessa norma.

Nessuna obiezione sembra potersi muovere alla tesi *de qua* per il fatto che l’interesse del contraente infedele alla propria liberazione verrebbe in tal modo compromesso, posto che tale risultato è dovuto in parte al suo inadempimento ed in parte alle sue contestazioni sulla scarsa gravità dell’inadempimento medesimo¹⁶³.

L’unico limite che pur la soluzione in rassegna incontra, è il fatto di basarsi pur sempre sull’accortezza del creditore di agire fin da subito, oltre che per la risoluzione, anche per ottenere l’adempimento del contratto.

Con la conseguenza che il contraente non inadempiente subirà tutte le conseguenze derivanti dal suo comportamento poco accorto.

Qualora ciò dovesse accadere gli resterà pur sempre la possibilità di agire per l’adempimento in un giudizio successivo posto che, secondo l’opinione dominante, il divieto di *ius variandi* opera fintantoché si rimane nell’ambito del medesimo giudizio.

7. I limiti all’applicazione del divieto dopo il processo

Tra le opinioni che hanno cercato di forzare il dato letterale della norma per cercare di attribuirle un significato più rispondente ad equità e sensibile alle esigenze di

¹⁶² Così anche SICCHIERO, op. cit., p. 279 ss.

¹⁶³ *Ibidem*.

entrambe le parti in causa, vi è quella fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha ritenuto di poter individuare la *ratio* della preclusione “*nell’interesse attuale del contraente che ha chiesto la risoluzione, alla cessazione del rapporto, per modo che, quando tale interesse viene meno, per essere stata rigettata o dichiarata inammissibile la domanda di risoluzione, la preclusione non opera, essendo cessata la ragione del divieto*”¹⁶⁴.

In verità, l’opinione si fonda sul *favor creditoris*, al quale viene aggiunto il principio della buona fede oggettiva nel senso di non consentire al contraente che abbia manifestato un interesse contrario alla conservazione del rapporto di optare per l’adempimento nell’ambito dello stesso giudizio, fermo restando che il divieto “*non può essere inteso in senso assoluto, essendo esso operante nei limiti in cui sussiste l’interesse attuale del contraente che ha chiesto la risoluzione*”¹⁶⁵.

Ciò significa che l’effetto preclusivo della domanda di risoluzione acquista significato nell’ambito del giudizio in cui la domanda è stata proposta e termina se il giudizio si estingue senza che il contratto sia stato risolto.

Quanto detto risulta perfettamente coerente con la funzione della domanda di risoluzione consistente non nell’estinguere l’obbligazione, bensì nel sospenderla fino all’esito del giudizio.

Qualora lo stesso termini poi con una pronuncia di risoluzione, la sospensione si trasforma in estinzione definitiva dell’obbligazione.

In tale ipotesi, ovviamente, non ha senso parlare di carattere assoluto o relativo del

¹⁶⁴ Il virgolettato è tratto da Cassazione, 11 maggio 1996, n. 4444 in *La Nuova Giurisprudenza Italiana Commentata*, 1997, I p. 742 con nota di CUBEDDU; nello stesso senso in giurisprudenza: Cassazione, 29.11.2001, n. 15171; Cassazione, 9.2.1995, n. 1457. In dottrina nello stesso senso si sono espressi: MOSCO *La risoluzione*, cit. p. 242; DALMARTELLO op. cit., p. 141; BELFIORE, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, p. 1336; SICCHIERO, op. cit., p. 283 ss.; DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione*, cit., p. 236. In senso contrario in dottrina KLITSCHKE DE LA GRANGE, op. cit., p. 33, ma la sua opinione è il logico corollario dell’efficacia preclusiva riconosciuta alla domanda di risoluzione e, di conseguenza, della natura meramente dichiarativa attribuita alla sentenza.

¹⁶⁵ Cassazione, 9 dicembre 1988, n. 6672.

divieto, posto che, dichiarata la risoluzione, il vincolo contrattuale su cui si fondava la domanda viene definitivamente e retroattivamente a mancare¹⁶⁶.

In caso contrario, la sospensione verrà meno e il rapporto obbligatorio riprenderà pieno vigore con conseguente obbligo per il debitore di adempiere e diritto per il creditore di chiedere l'adempimento.

Non manca, tuttavia, chi, pur ammettendo in linea astratta la possibilità di agire per l'adempimento una volta rigettata la domanda di risoluzione, assume un atteggiamento dubitativo, ritenendo che non sia *“da escludere che egli (n.d.r.: il creditore) possa sentirsi fondatamente e vittoriosamente rispondere che il suo rifiuto di ricevere l'adempimento – rifiuto implicito nella proposizione della infondata domanda di risoluzione – ha posto il convenuto nella situazione di poter (e, sotto un certo punto di vista, dover), disporre dell'oggetto della prestazione”*¹⁶⁷.

Alla luce di quanto in precedenza espresso il mutamento è stato ritenuto ammissibile, come meglio si vedrà nel prossimo paragrafo, in caso di rigetto della domanda di risoluzione¹⁶⁸, di estinzione del giudizio di risoluzione¹⁶⁹, di declaratoria di

¹⁶⁶ Dottrina e giurisprudenza sono infatti concordi nel ritenere insuperabile la preclusione nell'ipotesi in cui il giudizio termini con la sentenza di risoluzione. In tal senso, tra i primi, MOSCO, op. cit., p. 242; MIRABELLI, op. cit., p. 614. Per una rapida disamina degli effetti della risoluzione giudiziale si veda TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento, Il contratto in generale*, in *Trattato* diretto da Rescigno, II, Torino, 2002.

¹⁶⁷ DALMARTELLO op. cit., p. 141.

¹⁶⁸ Così in giurisprudenza Cassazione, 9 febbraio 1995, n. 1457; Cassazione, 29 agosto 1990, n. 8955; Cassazione, 22 settembre 1981, n. 5172; Cassazione, 23 maggio 1975, n. 2065; Cassazione, 23 dicembre 1968, n. 4070, in *Giurisprudenza Italiana* Rep. N. 1968, voce *Obbligazioni e contratti* n. 446; Cassazione, 2 aprile 1964, n. 724 in *Giurisprudenza Italiana* Rep. 1964, voce *Obbligazioni e contratti* n. 303; in dottrina MOSCO *La risoluzione*, cit. p. 242; BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 287.

¹⁶⁹ Tra le prime sentenze in tal senso Cassazione, 28 novembre 1953, n. 3611 in *Foro Italiano* Rep. 1953, voce *Obbligazioni e contratti* n. 295. In tal senso anche la già citata Cassazione, 9 febbraio 1995, n. 1457, secondo la quale *“Il divieto di mutare la domanda di risoluzione nella domanda di adempimento opera solo nei limiti in cui, in capo al contraente che la ha proposta, persista l'interesse alla cessazione del rapporto, non operando, invece, ove tale interesse venga meno”* (sulla scorta di questo principio, la S.C. ha ritenuto che la domanda di adempimento sia proponibile anche dopo il rigetto o la declaratoria di inammissibilità della domanda di risoluzione, ovvero dopo l'estinzione del giudizio relativo a quest'ultima). In senso contrario si sono invece espresse: Cassazione, 29 aprile 1998, n. 4361 secondo la quale *“Essendo ciascun contraente tenuto ad eseguire il contratto secondo buona fede (art. 1375 cc) la manifestazione di volontà diretta della risoluzione è dalla legge valutata come mancanza in chi la emette di un interesse a conseguire la prestazione tardiva; e, per l'affidamento che essa determina, non può vincolare l'altra parte ed attendere l'esito anche delle azioni successivamente proposte nei suoi*

inammissibilità della domanda di risoluzione¹⁷⁰ e di rinuncia agli atti del giudizio.

8. Le singole fattispecie di non operatività dell'effetto preclusivo dopo il processo

La prima ipotesi in cui si ritiene che l'effetto preclusivo non operi, è il rigetto nel merito della domanda di risoluzione. Nel caso in cui, ad esempio, il giudice, pur constatando l'inadempimento, lo abbia considerato non grave, è facile pensare che la successiva azione di manutenzione possa essere esercitata, posto che in siffatta ipotesi è venuto a mancare uno dei presupposti su cui si fondava l'originaria domanda di risoluzione.

In tale direzione si può ritenere che successivamente al rigetto sia possibile non solo l'azione di adempimento, ma anche una nuova richiesta di risoluzione, qualora l'inadempimento, inizialmente non grave, sia divenuto importante nelle more del nuovo giudizio¹⁷¹.

Lo stesso può dirsi nel caso in cui l'inadempimento sia stato giudicato non imputabile, essendo anche in tale ipotesi venuto a mancare uno dei presupposti su cui poggiava la domanda di risoluzione.

Ad ammettere il successivo esercizio della domanda di adempimento si può giungere anche attraverso la considerazione che il creditore, una volta ritenuto dal giudice inesistente il suo diritto di chiedere la risoluzione per la mancanza dei requisiti richiesti

confronti” Si vedano anche, nello stesso senso, Cassazione, 18 gennaio 1984, n. 417; Cassazione, 23 novembre 1979, n. 6134.

¹⁷⁰ Cfr. Cassazione, 25 novembre 1983, n. 7078; Cassazione, 24 maggio 1976, n. 1874 in *Giurisprudenza Italiana Rep.* 1976 voce *Obbligazioni e contratti* n. 243.

¹⁷¹ Il problema, solitamente analizzato con esclusivo riferimento all'art. 1453 c.c., in verità può porsi anche nelle ipotesi di risoluzione di diritto, qualora il giudice sia chiamato ad accertare la sussistenza dei requisiti per lo scioglimento del contratto. Ciò vale innanzitutto con riferimento alla diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c. in cui il giudice deve comunque valutare l'importanza dell'inadempimento, ma anche con riguardo alle fattispecie di cui agli artt. 1456 e 1457 c.c. In tutti i casi suddetti nulla impedisce che il controllo giudiziario si concluda con l'accertamento della mancanza dei requisiti per la risoluzione con conseguente piena reviviscenza del vincolo contrattuale. Si pone la questione anche GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento* cit., p. 67 ss.

per legge, non può rimanere vincolato ad una scelta che in verità non gli competeva.

In tal caso il debitore successivamente convenuto per l'adempimento non verrebbe lasciato all'assoluta mercé del creditore, potendo contrastare la richiesta avversaria ed evitare così una sentenza di condanna, provando la sopravvenuta impossibilità della prestazione *medio tempore* verificatasi, causata, eventualmente, dalle lungaggini delle vicende processuali¹⁷².

A ciò si aggiunga che il rigetto della domanda di risoluzione rende per ciò stesso inadempiente il creditore che non abbia ancora eseguito la propria prestazione, il quale, pertanto, agendo per l'adempimento, si espone al rischio di una domanda riconvenzionale di risoluzione¹⁷³.

Nel caso in cui la domanda venga rigettata in rito, ad esempio perché il giudice si è dichiarato incompetente, senza, pertanto, occuparsi del merito della causa, il possibile esercizio dell'azione di adempimento appare più controverso.

Al riguardo si è evidenziato che in siffatta ipotesi permane un'incertezza assoluta circa la sussistenza dei requisiti per lo scioglimento del contratto; si è sottolineato, inoltre, come detta incertezza dipenda dal comportamento poco accorto ed attento del creditore agente. Date tali premesse qualche autore¹⁷⁴ ha ritenuto di non poter addossare al debitore le conseguenze del comportamento negligente del creditore, con la conseguenza di ritenere non esperibile una successiva azione di adempimento.

Ci sembra questa, ci sia consentito, una valutazione che, se anche permeata di una propria sostanziale giustizia e di un certo buon senso, pretende di ricavare troppo dal comportamento del creditore, il quale, per di più, potrebbe aver subito la scelta errata

¹⁷² Così anche DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione*, cit., p. 237.

¹⁷³ Secondo la Suprema Corte qualora ciò accadesse e il creditore, offrendo a distanza di tempo la prestazione di cui è a sua volta debitore, esigesse anche la controprestazione, potrebbe vedersi eccepire a ragione anche in sede stragiudiziale la gravità del ritardo con cui l'offerta è stata effettuata. Così Cassazione, Sez. Unite, 6 giugno 1997, n. 5086.

¹⁷⁴ DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione*, cit., p. 238.

del proprio legale.

Vero è, piuttosto, che, in presenza di un rigetto nel rito, la situazione rimane del tutto immutata (salvo il caso, ovviamente, di un sopravvenuto adempimento), ragion per cui, oltre a poter esercitare nuovamente l'azione di risoluzione, si ritiene che nulla vieti al creditore di proporre la domanda di adempimento.

Ad analoga conclusione si può giungere in caso di rinuncia agli atti del giudizio o, in generale, in caso di sua estinzione.

In caso di rinuncia tale risultato appare ulteriormente giustificato dal fatto che essa richiede, *ex art. 306, I comma c.p.c.*, l'accettazione delle "*parti costituite che potrebbero aver interesse alla prosecuzione*".

Va da sé che il convenuto, reso edotto della rinuncia della controparte, può accettarla o meno, ma se l'accetta e acconsente a che il giudizio si estingua, potrà facilmente intuire l'interesse dell'attore alla permanenza in vita del vincolo contrattuale con tutte le conseguenze che possono derivarvi, ivi compresa la domanda volta ad ottenerne l'adempimento.

Né può condividersi l'opinione¹⁷⁵ secondo la quale, in caso di estinzione del processo, permarrebbe l'effetto della dichiarazione implicita contenuta nella domanda di risoluzione, posto che alla domanda in quanto tale non possono riconoscersi effetti che vanno oltre il processo cui ha dato vita e che è successivamente terminato.

Ciò anche se, come chiarito dall'art. 310, I comma c.p.c., l'estinzione del processo non estingue l'azione, in quanto rimane impregiudicato il diritto sostanziale dedotto in giudizio.

Ne consegue che ciò che resta in vita dopo l'estinzione del giudizio non è la domanda, bensì il diritto che in quel giudizio non ha potuto trovare risposta per essersi concluso senza alcun pronunciamento.

¹⁷⁵ Espressa da DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 141.

La giurisprudenza, sempre partendo dal presupposto del venir meno dell'interesse del creditore allo scioglimento del contratto, si è spinta oltre, ritenendo che ciò possa verificarsi non solo in presenza di una circostanza oggettiva, quale potrebbe essere il rigetto nel merito o in rito della domanda, ma anche in presenza di un fatto soggettivo quale la rinuncia implicita alla domanda di risoluzione¹⁷⁶.

In verità, più che nelle ipotesi di ricorrenza delle circostanze oggettive anzidette, il venir meno dell'interesse del contraente fedele alla risoluzione si vede proprio in presenza di fatti strettamente soggettivi quali l'abbandono nel corso del giudizio della domanda già formulata.

9. La ratio sottesa alla non applicabilità del divieto di *ius variandi* dopo il processo

Vero è, piuttosto, che più che il venir meno dell'interesse del creditore allo scioglimento del contratto, ciò che giustifica la possibilità di chiedere l'adempimento in un successivo giudizio è il fatto stesso che il primo processo non ha posto fine al contratto, che continua a sussistere con tutta la sua forza cogente, vuoi perché la domanda di risoluzione è stata rigettata, vuoi perché il giudizio non si è occupato del merito della questione.

In tali fattispecie, non ci si può, secondo chi scrive, permettere di "licenziare" il contratto e comportarsi come se esso più non vi fosse, vietando al contraente di servirsi di quegli strumenti che pur l'ordinamento gli mette a disposizione.

Così facendo si rischierebbe di creare una contraddizione interna al sistema, il quale, dapprima offre al creditore gli strumenti di tutela a fronte dell'inadempimento

¹⁷⁶ In questo senso Cassazione, 11 maggio 1996, n. 4444; nel caso portato all'attenzione della Corte, la medesima ha ritenuto di poter individuare una rinuncia implicita alla domanda di risoluzione nella circostanza che detta domanda non sia stata riproposta in sede di precisazione delle conclusioni. Per un commento a detta sentenza si veda CARNEVALI, *Domanda di adempimento dopo quella di risoluzione: divieto assoluto o relativo? – Il commento in Il corriere giuridico*, 8, 1996, p. 898.

contrattuale della controparte, e poi, pur nel perdurare del contratto e della sua efficacia, priva il medesimo di quegli stessi strumenti che gli aveva messo a disposizione.

L'orientamento maggioritario, che fa salva la facoltà di domandare l'adempimento del contratto successivamente alla conclusione del primo giudizio, sempre che il medesimo non abbia portato ad una sentenza di risoluzione, ci sembra il più rispettoso dell'ordinamento giuridico ed il più coerente con le soluzioni che lo stesso offre.

Ciò, tuttavia, a prescindere dall'assunto da cui esso parte, vale a dire il venir meno dell'interesse del creditore allo scioglimento del contratto.

Vi è, inoltre, che l'indirizzo contrario, seppur astrattamente più equilibrato e più "garantista", lascia aperto il problema teorico di stabilire quale sia la sorte del contratto una volta rigettata o, comunque, non trattata nel merito la domanda di risoluzione e, ciononostante, giudicata inammissibile la successiva domanda di inadempimento.

Né appare sufficiente per abbandonare la tesi qui divisata la considerazione che essa risulta troppo sbilanciata in favore del contraente non inadempiente, il quale, a dire il vero, viene a trovarsi in una situazione che non ha scelto, ma che, anzi, ha subito per effetto del comportamento dell'altro contraente¹⁷⁷.

10. Gli interessi contrapposti

A ben vedere, quanto emerge *prima facie* dall'analisi delle teorie sul divieto di *ius variandi* è la contrapposizione degli interessi posti alla loro base e che le medesime si propongono di tutelare.

In altri termini, ciò che spinge in una direzione piuttosto che in un'altra e che, talvolta,

¹⁷⁷ In senso contrario a quanto qui espresso si veda CARNEVALI, op. ult. cit., p. 898.

fa giungere a conclusioni sorprendenti anche per coloro che le hanno caldeggiate¹⁷⁸, sembra essere l'interesse di volta in volta preso in considerazione.

Ciò perché effettivamente gli interessi da bilanciare sono duplici e confliggenti.

Da un lato vi è quello del contraente deluso che *“si vedrebbe preclusa ogni tutela qualora si optasse per una radicalizzazione del divieto, giacché rigettata la domanda di risoluzione, l'adempimento rimarrebbe rimesso alla volontà della controparte”*, senza che l'attore possa fare alcunché al riguardo¹⁷⁹.

Tale conseguenza potrebbe risultare ancora più iniqua se solo si pensa che essa potrebbe essere intimamente connessa alla strategia processuale scelta dal medesimo: la domanda di adempimento potrebbe infatti trovare ingresso nel processo se formulata in via subordinata, mentre sarebbe del tutto vietata se l'attore attendesse l'esito del giudizio.

Dall'altro lato vi è l'interesse della parte inadempiente la quale, di fronte al disinteresse per la conservazione del contratto dimostrato dall'attore¹⁸⁰, nonché di fronte al duplice divieto di mutare la domanda di risoluzione in richiesta di adempimento e di adempiere spontaneamente, ben potrebbe pensare di eseguire altrimenti la prestazione rimasta nella sua disponibilità. Ciò tanto più vero se si pone mente alla durata eccessiva dei processi nel nostro paese o, ancora, al fatto che la stessa possibilità di eseguire la prestazione potrebbe avere una durata limitata nel tempo.

Senza contare poi il fatto che il costo economico della disponibilità all'adempimento, talora marginale, potrebbe rivelarsi in altri casi insostenibile e travolgere lo stesso

¹⁷⁸ Basti pensare alla teoria che, partendo dalla tutela dell'interesse del debitore giunge ad affermare la natura costitutiva della domanda di risoluzione e, per l'effetto, la natura meramente dichiarativa della relativa sentenza.

¹⁷⁹ La contrapposizione degli interessi in gioco è evidenziata da SICCHIERO, op. cit., p. 286.

¹⁸⁰ Al riguardo si è giustamente osservato che non sempre o non necessariamente alla base della domanda di risoluzione vi è la perdita di interesse del creditore alla conservazione del vincolo contrattuale; talvolta, infatti, potrebbe essere proprio il bisogno di soddisfare gli interessi che non hanno trovato realizzazione attraverso il rapporto obbligatorio inadempito a spingere la parte fedele alla risoluzione dell'accordo. In tal senso CUBEDDU, op. cit., p. 748. Ciò in quanto solo lo scioglimento del vincolo consentirebbe al creditore di cercare altrove il mezzo contrattuale che gli permetterebbe di realizzare l'interesse rimasto frustrato con il primo contratto.

debitore.

Si pensi, a titolo di esempio, all'impresa costruttrice di grandi opere, la quale dovrebbe tenere ferma tutta la propria organizzazione di mezzi e di uomini nell'attesa della conclusione del processo.

Si pensi, ancora, al promittente venditore di un immobile di fronte alla domanda giudiziale del promissario acquirente di risoluzione del preliminare.

D'altronde proprio l'impossibilità di vincolare il debitore per un tempo indeterminato all'offerta della prestazione, come chiaramente emerge dalla Relazione al codice, ha spinto il legislatore ad introdurre il divieto.

L'interesse del contraente infedele potrebbe eventualmente essere tutelato mediante l'offerta reale della prestazione all'attore¹⁸¹; nulla infatti gli impedisce di avanzarla in via riconvenzionale qualora sia ancora interessato al mantenimento in vita del contratto.

Resta, tuttavia, il fatto (come peraltro si è detto anche a proposito della domanda di adempimento formulata in subordine al rigetto della domanda di risoluzione) che si tratta pur sempre di una scelta strategica rimessa all'autonomia del convenuto, scelta che, al di fuori di un obbligo di legge¹⁸², si ritiene non possa di certo essergli imposta.

Ciò tanto più vero se si pensa che l'offerta reale della prestazione potrebbe anche confliggere con l'interesse del convenuto, il quale potrebbe voler attendere l'esito del giudizio per poi eccepire in un successivo processo (sempre, ovviamente, che si ammetta lo *ius variandi* al di fuori del giudizio) l'avvenuta prescrizione del diritto di chiedere l'adempimento.

Vero è che entrambi gli interessi in gioco paiono meritevoli di tutela e, ciononostante, qualunque soluzione si adotti, uno di essi finisce inevitabilmente con

¹⁸¹ SICCHIERO, op. cit., p. 252.

¹⁸² Ritiene che l'offerta reale della prestazione integri un obbligo del debitore GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., p. 68.

l'essere sacrificato a vantaggio dell'altro¹⁸³.

L'unica strada percorribile sembra essere, pertanto, quella che comporta, ci sia consentita l'espressione, "il male minore".

Muovendosi in tale direzione si può allora cominciare ad affermare che il divieto assoluto di *ius variandi* determinerebbe una inevitabile e, soprattutto, irrimediabile alterazione dello scambio quale delineato originariamente dai contraenti nell'accordo, poiché la parte delusa non avrebbe alcun mezzo per ottenere la restituzione di quanto eventualmente già eseguito a favore del contraente infedele¹⁸⁴.

Né a tal fine sembra potersi utilizzare lo strumento del risarcimento del danno, posto che si tratta di un rimedio aggiuntivo, autonomo dalla risoluzione.

Altra è, infatti, la funzione del risarcimento del danno, che si propone di eliminare gli effetti dell'inadempimento, senza in alcun modo interferire con lo scambio originario.

Senza contare poi che l'inadempimento potrebbe essere stato giudicato di scarsa importanza dal giudice e non aver, quindi, causato alcun danno.

In siffatta ipotesi il contraente deluso si troverebbe assolutamente privo di strumenti di tutela. Si troverebbe, innanzitutto, nell'impossibilità di richiedere la risoluzione perché già oggetto del precedente giudizio; sarebbe, inoltre, nell'impossibilità di chiedere l'adempimento perché, appunto, vietato dal disposto dell'ultima parte del II comma dell'art. 1453 c.c.; si troverebbe, infine, nell'impossibilità di agire per ottenere la restituzione di quanto eventualmente prestato, essendo il diritto alla restituzione conseguenza diretta dell'accoglimento della domanda di risoluzione del contratto.

Ogni legittima aspettativa del contraente fedele sarebbe, pertanto, soggetta alla decisione spontanea del debitore di restituire quanto indebitamente ottenuto.

Qualora ciò non accadesse si giungerebbe al risultato aberrante di legittimare

¹⁸³ Oltre che da SICCHIERO, op. cit., p. 286 ss., la presenza di interessi contrapposti è messa in evidenza da ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 973.

¹⁸⁴ Così SICCHIERO, op. cit., p. 289 ss.

un'attribuzione senza causa o, comunque, il diritto del contraente infedele di ottenere o trattenere la controprestazione senza corrispondere alcunché in cambio.

Si protrarrebbe, per tale via, quella alterazione dello scambio originario del contratto cui si voleva porre fine proprio con il rimedio della risoluzione.

In altri termini, si finirebbe con lo snaturare il contratto, che verrebbe a perdere proprio la caratteristica essenziale che lo connotava, vale a dire la corrispettività delle prestazioni.

Si giungerebbe, quale risultato ultimo, ad un contratto claudicante e, quindi, si otterrebbe proprio ciò che con la risoluzione il legislatore intendeva evitare.

Si giungerebbe, ancora, a tollerare un accordo profondamente diverso da quello originario, privo, soprattutto, della giustificazione causale che ne stava alla base; un contratto che nulla avrebbe a che vedere con l'accordo che i contraenti originariamente avevano inteso concludere e che, ciononostante, rimane efficace e vincolante.

Si impone ora un'ulteriore considerazione relativa alla tutela dell'interesse del debitore.

Come si è poc' anzi detto – e come tradizionalmente si afferma - la proposizione della domanda di risoluzione determina nel contraente infedele un ragionevole affidamento allo scioglimento del vincolo contrattuale; ciò in considerazione del fatto che l'esperimento del rimedio risolutorio viene visto come manifestazione della perdita d'interesse alla conservazione del vincolo da parte del creditore.

Se ciò è vero, è altrettanto vero che la proposizione della domanda risolutoria non determina di per sé lo scioglimento del contratto, che permane in vita anche se viene a trovarsi in una situazione che potremmo definire di “quiescenza”.

Tale consapevolezza, se non la si può pretendere nel convenuto in quanto tale, la si deve dare per presupposta in colui che lo assiste nel processo, sul quale incombe l'onere di

informare il proprio assistito.

Rientra sicuramente (almeno così si spera) tra le conoscenze giuridiche del procuratore la conoscenza del carattere costitutivo della sentenza di risoluzione; sarà pertanto compito del “buon avvocato” indicare al proprio cliente che non può ritenersi libero dall’obbligo di eseguire la prestazione dedotta a suo carico nel contratto, quantomeno fino a che la domanda di risoluzione non sia stata accolta.

Sotto tale profilo non può allora che risultare errata quella tesi che pretende di riconoscere in capo al contraente infedele addirittura l’esistenza di un diritto “*di non adempiere*”¹⁸⁵, posto che un tale diritto potrà dirsi esistente solo in seguito alla sentenza di risoluzione. Anzi a ben vedere, in siffatta ipotesi, non sarebbe nemmeno corretto parlare di un diritto all’inadempimento, essendo venuto meno il titolo su cui lo stesso adempimento si fondava.

Quanto sopra porta necessariamente a ridimensionare l’importanza che di solito si attribuisce all’interesse del debitore; ciò, ovviamente, non nel senso di considerarlo inesistente, ma nel senso di attribuirgli la giusta importanza¹⁸⁶.

Emerge da quanto detto che, se una soluzione deve essere individuata ed un interesse necessariamente sacrificato, questo non può che essere quello del contraente infedele, il quale, peraltro, proprio con il suo comportamento ha causato il necessario ricorso all’art. 1453, II comma c.c.

Se, pertanto, il risultato cui inevitabilmente si giunge con l’attribuire carattere assoluto al divieto è il privilegiare l’interesse del contraente infedele rispetto a quello del contraente fedele, allora si deve giocoforza tentare di individuare una soluzione

¹⁸⁵ Di “*diritto di non adempiere*” parla SACCO, *Il contratto*, cit., p. 650.

¹⁸⁶ Di esigenza di ridimensionare l’interesse del debitore parla anche CUBEDDU, op. cit., p. 748 ss, la quale evidenzia, peraltro, che l’interesse del debitore “*a non rimanere vincolato al contratto nelle more del giudizio di risoluzione*” non resta privo di tutela, potendo, a sua volta, avvalersi del principio di estinzione dell’obbligazione per impossibilità temporanea qualora il processo “*si sia protratto al punto da estinguere il suo interesse all’esecuzione del contratto o da rendere irragionevole la persistenza del suo obbligo*”.

alternativa.

Nel fare ciò conviene partire dall'ipotesi in cui il creditore abbia già adempiuto la propria prestazione, configurandosi in tal caso nei confronti del debitore un arricchimento che sostanzialmente si può definire "senza causa".

Si potrebbe allora ipotizzare il ricorso all'azione generale di arricchimento di cui all'art. 2041 c.c. il quale prevede al II comma che qualora l'arricchimento abbia ad oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta sia tenuto a restituirla in natura, sempre che, ovviamente, essa ancora esista al tempo della domanda.

Senonché è orientamento pacifico della giurisprudenza che l'azione generale di arricchimento presupponga "*che la locupletazione di un soggetto a danno dell'altro sia avvenuta senza giusta causa, per cui, quando questa sia invece la conseguenza di un contratto o comunque di un altro rapporto, non può dirsi che la causa manchi o sia ingiusta, almeno fino a quando il contratto o l'altro rapporto conservino la propria efficacia obbligatoria*"¹⁸⁷.

Altrettanto chiara è l'affermazione secondo la quale "*Qualora l'asserito arricchimento di una parte sia conseguenza di un contratto o di altri rapporti giuridici e del mancato adempimento delle obbligazioni che da essi derivano a carico di una parte, la quale abbia invece ottenuto la prestazione della controparte, va esclusa la causa ingiusta, con conseguente preclusione della proposizione dell'azione generale di arricchimento, fino a quando il contratto o il diverso rapporto conservino, rispetto alle parti e ai loro aventi causa, la propria efficacia vincolante*"¹⁸⁸.

In effetti nel caso di specie gli elementi per negare l'esperibilità dell'azione di

¹⁸⁷ Cassazione, sez. unite, 3 ottobre 2002, n. 14215; nello stesso senso, *ex plurimis*, Cassazione, 20 novembre 2002, 16340; Cassazione, 19 luglio 2001, n. 9806. In particolare, secondo Cassazione, 5 aprile 2001, n. 5072 "*Il fatto che l'azione di arricchimento senza causa abbia - come espressamente dispone l'art. 2041 c.c. - carattere sussidiario, rende la stessa inammissibile allorché chi la eserciti disponeva comunque di un'azione che si è prescritta o in relazione alla quale si sia verificata decadenza*".

¹⁸⁸ Cassazione, 30 marzo 2001, n. 4722.

arricchimento sembrano esservi tutti: l'arricchimento del contraente infedele quale conseguenza del mancato adempimento, da parte sua, delle obbligazioni derivanti dal contratto, quale titolo giustificativo, e l'eventuale ottenimento della controprestazione¹⁸⁹.

A ciò aggiungasi che l'accordo, pur non potendo più essere azionato *ex uno latere* ai fini dell'esecuzione, conserva la propria efficacia¹⁹⁰.

Pertanto il contraente fedele, qualora non abbia eseguito ovvero abbia eseguito solo in parte la propria prestazione, dovrà necessariamente provvedervi, mentre dal canto suo il contraente infedele conserva l'obbligo di adempiere.

Trattasi, tuttavia, a ben vedere, di un obbligo che potremmo definire "improprio" perché non coercibile laddove si attribuisca al divieto di *ius variandi* valore categorico e, al contempo, si neghi l'esperibilità dell'azione sussidiaria di arricchimento.

Emerge, da quanto sopra, che le strade per ridare equilibrio al contratto potrebbero essere due, ma che la percorribilità di entrambe sembra essere impedita, oltre che da norme di legge, anche dall'interpretazione che delle stesse si offre.

E' anche vero, tuttavia, che una forzatura del dato normativo o, quantomeno, una sua interpretazione secondo equità si impone.

A tal riguardo la soluzione dell'arricchimento senza giusta causa potrebbe lasciarsi

¹⁸⁹ Aggiungasi, inoltre, che la giurisprudenza ha assunto un atteggiamento oltre misura restrittivo in merito all'applicabilità del rimedio, giungendo a negare l'esperibilità dell'azione di arricchimento financo nell'ipotesi in cui l'azione principale sia stata rigettata per intervenuta prescrizione o decadenza, ammettendola, per contro, nel solo caso in cui l'altra azione sia astrattamente improponibile e, quindi, la pretesa sostanziale risulti sfornita di una diversa tutela giuridica; in tal senso Cassazione, 5 aprile 2001, n. 5072; Cassazione, sez. unite, 4 novembre 1996, n. 9531.

¹⁹⁰ Il discorso cambia nell'ipotesi in cui la domanda di risoluzione sia stata accolta, sempre che si parta dal presupposto da cui parte la giurisprudenza (ad esempio Cassazione, 29 novembre 1997, n. 10632), vale a dire l'autonomia della domanda volta ad ottenere le restituzioni rispetto alla domanda risolutoria; in tal caso, se il contratto era a prestazioni istantanee, la sentenza risolutoria opera retroattivamente fra le parti, eliminando gli effetti del contratto; ne consegue che le prestazioni già effettuate rimarranno senza causa giustificatrice e potranno, per ciò stesso, fondare la domanda di restituzione a titolo di indebito o di ingiustificato arricchimento. In tal senso SACCO, voce *Risoluzione per inadempimento* in *Digesto*, XVI, Torino, 1998, p. 59. La dottrina maggioritaria si esprime tuttavia in senso contrario alla riconducibilità delle restituzioni alle fattispecie di cui agli artt. 2033 e 2040 c.c. Così ad esempio GALLO, voce *Ripetizione dell'indebito* in *Digesto*, XVI, Torino, 1998.

preferire alla luce del fatto che essa consente di ridare equilibrio economico al contratto senza costringere il debitore a mantenersi disponibile all'adempimento, dovendo egli restituire solo il valore corrispondente alla prestazione o alla parte di essa rimasta ineseguita¹⁹¹.

Ciò che in definitiva differenzia le due soluzioni è allora il contenuto della prestazione che il contraente infedele può essere obbligato ad effettuare: il mero equivalente in denaro nel primo caso, la stessa prestazione inadempita nel secondo.

Ovviamente la soluzione della esperibilità della successiva azione di adempimento incontra il limite invalicabile della possibilità concreta dell'adempimento.

L'azione non potrà, pertanto, essere esperita ogniqualvolta il debitore si sia spogliato del bene che ne costituiva l'oggetto ovvero quando la prestazione sia divenuta materialmente o giuridicamente impossibile.

In tali ipotesi l'unica soluzione percorribile, ovviamente qualora la si ammetta, sarà l'azione residua di arricchimento.

Qualora, invece, non la si ammetta, non resterà che il risarcimento del danno, sempre, ovviamente, se ritenuto possibile.

A riguardo giova ripetere che a tale ultimo rimedio si attribuisce prevalentemente carattere autonomo, nel senso cioè di ritenerlo esperibile sia congiuntamente che separatamente dalla domanda di risoluzione¹⁹². Ciò significa che il rigetto della

¹⁹¹ Sempre che, ovviamente, la prestazione, avente ad oggetto una cosa determinata, sia ancora disponibile, nel qual caso troverà applicazione l'art. 2041, II comma c.c.

¹⁹² In tal senso, *ex multis*, Cassazione, 14 gennaio 1998, n. 272; Cassazione, 5 aprile 1995, n. 3999; Cassazione, 23 luglio 1994, n. 6887. Da ultimo Cassazione, 27 ottobre 2006, n. 23273, secondo la quale "La domanda di risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale può essere proposta congiuntamente o separatamente da quella di risoluzione, giacché l'art. 1453 c.c., facendo salvo in ogni caso il risarcimento del danno, esclude che l'azione risarcitoria presupponga il necessario esperimento dell'azione di risoluzione del contratto o, a maggior ragione, il suo accoglimento". Nello stesso senso in dottrina, tra i tanti, LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Scialoja e Branca*, cit., p. 127 ss.; BIANCA, *La responsabilità*, cit, p. 110, il quale distingue il risarcimento del danno, come rimedio a tutela del credito, dagli altri rimedi specifici a tutela del contratto a prestazioni corrispettive, tra cui, in primo luogo, la risoluzione; per una rapida rassegna sul punto cfr. IANNOTTA, *Della risoluzione del*

domanda di risoluzione non comporta necessariamente il venir meno del presupposto per l'accoglimento della domanda risarcitoria, come accade, ad esempio, nell'ipotesi in cui la domanda di risoluzione sia stata rigettata perché l'inadempimento non era abbastanza grave ai fini risolutori, ma, ciononostante, sufficiente per fondare la richiesta di risarcimento.

11. L'applicazione del divieto di *ius variandi* al di fuori del processo

Nel capitolo precedente, dedicato all'analisi dello *ius variandi* di cui alla prima parte del secondo comma dell'art. 1453 c.c., si è cercato di dimostrare la natura sostanziale e non meramente processuale del diritto medesimo, inteso come diritto potestativo, tale da determinare nella controparte una situazione di mera soggezione. Ciò ha consentito di attribuire alla norma che lo contiene una portata esoprocessuale, nel senso cioè di ritenerla operante anche al di fuori ed oltre il giudizio instaurato dal contraente non inadempiente.

Quanto alla seconda parte del medesimo comma, la si è finora analizzata dal solo punto di vista del processo; si è, infatti, partiti dal presupposto della proposizione della domanda di risoluzione nell'ambito del giudizio cercando di valutare la possibilità di proporre, nel medesimo processo od, eventualmente, in uno successivo, la domanda di adempimento.

Una trattazione della disposizione che sia speculare a quella dello *ius variandi* di cui alla prima parte del II comma, suggerisce ora di occuparcene in una visuale più ampia.

Un tanto si impone alla luce della considerazione che esigenze di uniformità e di coerenza portano ad attribuire alla seconda parte del 2° comma lo stesso significato

contratto per inadempimento in *Vita notarile*, 3, 1, 1999, in nota a sentenza Cassazione, 10 giugno 1998, n. 5774.

attribuito alla sua prima parte.

Sarebbe infatti oltremodo ingiustificato riconoscere alla seconda parte della norma una portata più limitata di quella assegnata alla prima parte.

Una simile interpretazione risulterebbe innanzitutto infondata alla luce del tenore letterale del secondo comma, in quanto la sua seconda parte, per come formulata, si pone in perfetta continuità con la prima.

In tal senso depone il fatto che la divisione delle due frasi non è netta, essendo separate da un “punto e virgola”, nonché dal fatto che il “ma” posto all’inizio dell’ultima parte, nel contrapporla a quanto indicato nella prima frase, presuppone che esse abbiano lo stesso ambito di applicazione.

La seconda parte, nel dare per presupposta la prima, nulla aggiunge e nulla toglie alla medesima, limitandosi ad occuparsi della fattispecie ad essa diametralmente opposta.

Quanto sopra porta inderogabilmente a riconoscere alla norma in oggetto la stessa portata e lo stesso ambito attribuiti allo *ius variandi*.

Ciò significa che anch’essa andrà letta in chiave sostanziale, nel senso cioè di verificarne l’operatività non solo a livello processuale, ma in una sfera più ampia, che va oltre il processo.

Detta conclusione s’impone se solo si pensa che alla base delle due azioni - quella di risoluzione e quella di adempimento - vi sono pur sempre due diritti di carattere sostanziale¹⁹³ che trovano la loro fonte nel contratto, vuoi nella fase patologica, vuoi in quella fisiologica, ma che, comunque, sorgono ben prima dell’inizio del processo anche se poi, proprio attraverso la fase giudiziale, riescono ad avere attuazione.

¹⁹³ Così anche NATUCCI, *Risoluzione per inadempimento e prescrizione* in *Rivista di diritto civile*, II, 1996, p. 613, secondo il quale poco importa che la legge non menzioni espressamente il diritto alla risoluzione, ma si limiti a regolare l’azione a sua tutela, posto che la sua esistenza deriva dal fatto che alla base dell’azione di risoluzione vi è pur sempre un interesse pratico distinto dall’interesse all’adempimento.

12. I rapporti tra domanda giudiziale di risoluzione e richiesta sostanziale di adempimento successiva al processo

Ciò detto, nulla impedisce che, concluso il giudizio con il rigetto o con la declaratoria di inammissibilità della domanda di risoluzione e, comunque, al permanere in vita del contratto, il creditore possa rivolgere al debitore una richiesta sostanziale di adempimento, eventualmente sotto forma di diffida ad adempiere *ex art. 1454 c.c.*

Se si parte dal presupposto che all'esito del processo l'effetto preclusivo non opera, a nulla rileva che la richiesta di adempimento sia contenuta in un successivo atto di citazione ovvero in una comunicazione inviata all'indirizzo del debitore.

Né sembra potersi obiettare al riguardo che il persistere dell'inadempimento non consentirebbe al creditore di applicare fino in fondo la norma di cui all'art. 1454 c.c., in quanto la domanda di risoluzione è già stata respinta dal giudice ai sensi dell'art. 1453 c.c.

Nulla impedisce, infatti, di intendere risolto il contratto *ex art. 1454 c.c.* sulla base di fatti sopravvenuti che portino, ad esempio, a ritenere grave un inadempimento in precedenza non giudicato tale.

Né per negare tale soluzione sembra potersi affermare che in tal modo si arriverebbe ad uno spreco di energie processuali, richiedendosi, in caso di contestazione del debitore, una sentenza di accertamento dell'intervenuto scioglimento del contratto, in quanto l'obiettivo rimane pur sempre il soddisfacimento di un diritto.

Senza dimenticare poi che nel primo caso la risoluzione sarebbe stata oggetto di una sentenza costitutiva, laddove invece nell'ambito della risoluzione di diritto la sentenza è meramente accertativa dello scioglimento già verificatosi.

Altro è il fatto che la lentezza dei procedimenti rischia di vanificare il contenuto dei

diritti in oggetto; ma questo, a ben vedere, è un discorso di fatto e di mera opportunità di intraprendere il giudizio che, sebbene fondamentale nel nostro ordinamento giuridico, niente ha a che fare con la questione teorica che ci occupa.

Quanto sopra detto vale ovviamente nell'ipotesi in cui il giudizio instaurato per la risoluzione del contratto sia terminato lasciando in vita il rapporto contrattuale.

Il problema non si pone nell'ipotesi in cui il processo sia terminato con la sentenza di risoluzione, posto che in tal caso il vincolo contrattuale è stato eliminato con efficacia retroattiva tra le parti.

13. I rapporti tra domanda giudiziale di risoluzione e richiesta sostanziale di adempimento nel corso del processo

Quid iuris invece nell'ipotesi in cui durante la pendenza del giudizio intrapreso dal creditore per ottenere la declaratoria di risoluzione, l'attore decida di inoltrare al debitore una diffida ad adempiere *ex art.* 1454 c.c.?

Il creditore, esasperato dalle lungaggini del procedimento o avendo avuto sentore di un'eventuale disponibilità del debitore all'adempimento - considerato anche il divieto di cui al comma 3 dell'art. 1453 c.c. - potrebbe decidere di tentare di ottenere stragiudizialmente l'esecuzione del contratto, comunicando al debitore la possibilità di adempiere e la propria disponibilità ad accettare l'adempimento nel termine indicato nella diffida.

I quesiti che la fattispecie pone sono in realtà due: in primo luogo ci si chiede se sia ancora possibile per il creditore, dopo aver manifestato il proprio disinteresse alla prestazione ed avere, per ciò stesso, ingenerato un certo affidamento nel debitore, cambiare idea nel corso del processo e pretendere l'adempimento, sia pure in via

sostanziale, con l'invio di una diffida ad adempiere in un congruo termine.

In secondo luogo ci si chiede se in caso di perdurare dell'inadempimento, il creditore possa sostituire alla domanda di risoluzione giudiziale quella di risoluzione stragiudiziale.

Gli aspetti da considerare sono invero molteplici ed a favore dell'una o dell'altra soluzione intervengono argomentazioni di carattere diverso, ora di tipo sostanziale, ora di tipo processuale.

Si ritiene che nella trattazione dell'argomento non si possa prescindere dal punto da cui la presente analisi ha avuto inizio, vale a dire dal divieto di *ius variandi* di cui al comma II, 2^a parte dell'art. 1453 c.c. che, come sopra visto, impedisce al creditore di sostituire la domanda di adempimento a quella di risoluzione nel corso del medesimo processo.

Ciò detto, occorre prendere le mosse dalla considerazione che *prima facie* nulla sembra impedire al creditore di rinunciare alla domanda di risoluzione durante il giudizio. Si tratterebbe di una rinuncia unilaterale ad un effetto che, dato il carattere costitutivo della sentenza di risoluzione, non si è ancora prodotto.

La rinuncia avrebbe invero natura meramente abdicativa e non sortirebbe alcun effetto nella sfera giuridica della controparte; proprio tale carattere, secondo il costante orientamento della giurisprudenza sia di legittimità che di merito, giustificerebbe la non necessità dell'accettazione dell'altro contendente¹⁹⁴.

Da tale punto di vista non sembrano esservi dubbi all'ammissibilità di una mera rinuncia alla domanda di risoluzione al pari di qualsiasi altra domanda, a condizione, tuttavia, che la rinuncia non nasconda un "*meccanismo surrettizio di sostituzione vietata*

¹⁹⁴ Così secondo Cassazione, 10 settembre 2004, n. 18255, secondo la quale "*la rinuncia all'azione, diversamente dalla rinuncia agli atti del giudizio, non richiede l'accettazione della controparte, estingue l'azione, determina la cessazione della materia del contendere e, avendo l'efficacia di un rigetto, nel merito, della domanda, comporta che le spese del processo devono essere poste a carico del rinunciante*"; nello stesso senso, Tribunale Milano, 19 febbraio 2008, n. 2075 in *Giustizia a Milano*, 2008, 2, p. 15 (massima); Tribunale Torino, 9 marzo 2006 in *Guida al diritto*, 2006, 30, p. 62; Cassazione, 4 febbraio 2002, n. 1439.

della domanda di adempimento a quella di risoluzione”¹⁹⁵.

La questione infatti si complica se l’obiettivo del creditore non è la rinuncia alla risoluzione *sic et simpliciter*, ma l’ottenimento della prestazione oggetto del contratto, poiché in tal caso la sua intenzione viene a scontrarsi con altri contrapposti interessi di cui occorre tener conto.

Si dia il caso che il contraente non inadempiente, dopo aver rinunciato all’azione, comunichi alla controparte la propria intenzione di esigere la prestazione, diffidandolo ad adempiere in un congruo termine.

L’ammissibilità della richiesta sostanziale di adempimento deve essere allora vagliata alla luce del divieto di *ius variandi* di cui alla seconda parte del comma 2 dell’art. 1453 c.c.

Come si è visto, il divieto *de quo* opera fintantoché il giudizio originariamente instaurato rimane pendente e ciò vale non solo nell’ipotesi in cui la richiesta di adempimento venga introdotta utilizzando strumenti di tipo processuale, vale a dire sostituendo la domanda di risoluzione contenuta nell’atto di citazione con la domanda di adempimento, ma anche qualora la richiesta di adempimento venga presentata al di fuori del processo pur in corso tra le parti, utilizzando quegli strumenti di tipo sostanziale che l’ordinamento mette a disposizione del creditore.

Ciò che conta al fine del venir meno dell’operatività del divieto è che il giudizio termini, lasciando impregiudicata l’esistenza del vincolo contrattuale e, conseguentemente, tutti gli effetti che da esso promanano, ivi compresa la possibilità di esigere l’esecuzione

¹⁹⁵ Il virgolettato è di SICCHIERO, *Indisponibilità dell’effetto risolutivo stragiudiziale del contratto* in commento alla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 14 gennaio 2009, n. 553 in *Giurisprudenza italiana*, V, 2009, p. 1119, nel quale l’autore si occupa, tra l’altro, della differenza tra la rinuncia alla domanda di risoluzione e la rinuncia alla diffida ad adempiere, la quale consisterebbe, fondamentalmente nel fatto che nel primo caso si rinunzierebbe ad un effetto non ancora prodottosi, mentre nel secondo si rinunzierebbe ad una situazione che ha già prodotto i propri effetti nella sfera giuridica della controparte. Proprio per questo motivo secondo l’autore la diffida ad adempiere non sarebbe più rinunciabile una volta giunta al destinatario. Nel senso invece della rinunziabilità degli effetti della diffida ad adempiere, ancorché già prodottisi, si veda, da ultimo, Cassazione, 8 novembre 2007, n. 23315.

dell'accordo.

Così non sembrano esservi dubbi che, una volta rinunciato alla domanda di risoluzione e, quindi, cessata la materia del contendere come afferma la Suprema Corte, il contratto riprenda tutto il suo originario vigore, ivi compresa la possibilità di richiedere l'adempimento.

Analogamente a quanto accade qualora il processo termini con una sentenza di rigetto nel merito o nel rito della domanda o, comunque, si interrompa a seguito della rinuncia agli atti del giudizio¹⁹⁶.

Ne consegue che la diffida ad adempiere *ex art. 1454 c.c.* potrà considerarsi ammissibile a condizione che il creditore che intende avvalersene abbia già rinunciato a far valere l'azione nell'ambito del giudizio precedentemente instaurato.

E' pur vero che la suddetta rinuncia, contrariamente alla rinuncia agli atti del giudizio, non richiede forme solenni, potendo essere anche tacita, né richiede l'accettazione della controparte, ma è anche vero che essa, in quanto rinuncia al diritto sostanziale sottostante, determina l'estinzione del processo e la conseguente cessazione della materia del contendere, precludendo ogni successiva tutela giurisdizionale dell'inadempimento pregresso.

Solo il nuovo inadempimento eventualmente posto in essere dal debitore diffidato consentirà allora al creditore di intraprendere un nuovo giudizio avente ad oggetto l'accertamento dei fatti sopravvenuti.

Diversa è l'ipotesi in cui il creditore si limiti, nel corso del giudizio e senza rinunciare, espressamente o implicitamente, alla domanda di risoluzione, ad inoltrare al debitore una diffida ad adempiere.

A meno di non considerare la stessa diffida ad adempiere alla stregua di una rinuncia tacita all'azione di risoluzione già intrapresa, la stessa dovrà considerarsi inammissibile

¹⁹⁶ Si veda al riguardo quanto detto al precedente paragrafo 8.

alla luce, *in primis*, del divieto di *ius variandi* posto che, come si è più volte detto, ad esso, così come all'intero art. 1453, comma 2 c.c. non può attribuirsi un significato meramente processuale.

Né d'altronde tale carattere sembra potersi far derivare dal solo fatto che alla diffida ad adempiere sia riconosciuto "*l'effetto di rimettere in termini il debitore fino alla data assegnata con la diffida medesima*"¹⁹⁷.

Ne deriva che la richiesta di adempimento contenuta nella diffida ad adempiere, scontrandosi con il divieto in oggetto, dovrà considerarsi, in quanto tale, priva di qualsiasi effetto giuridicamente rilevante; allo stesso modo l'eventuale rifiuto del debitore di adempiere che ad essa consegua non potrà porsi a fondamento di un nuovo inadempimento, né potrà contribuire ad aggravare quello pregresso.

L'ammissibilità di un'eventuale diffida ad adempiere effettuata senza previa interruzione del giudizio pendente dovrebbe forse negarsi anche alla luce del 3° comma dell'art. 1453 c.c. che impedisce al debitore di adempiere spontaneamente nel corso del processo anche se, a rigore, non di vero adempimento spontaneo dovrebbe parlarsi.

Vi è poi un ulteriore argomento che potrebbe far propendere per l'inammissibilità di un'eventuale diffida inoltrata nel corso del processo.

A ben vedere essa potrebbe essere utilizzata dal creditore come strumento per sostituire durante il giudizio, pur senza rinunciare ad esso, all'originaria domanda di risoluzione giudiziale, la più circostanziata domanda volta al mero accertamento dell'intervenuta risoluzione di diritto del contratto conseguente all'inadempimento del debitore successivo alla ricezione della diffida.

In altri termini la diffida ad adempiere potrebbe aprire la strada ad una vera e propria *mutatio libelli*, quale viene considerato, prevalentemente, il passaggio dalla risoluzione

¹⁹⁷ Così Cassazione, 27 giugno 1985, n. 3867.

giudiziale a quella stragiudiziale¹⁹⁸.

Correttamente si osserva al riguardo che la modifica della domanda non dipende dal carattere costitutivo della prima e meramente dichiarativo della seconda, quanto piuttosto dal fatto che l'accertamento dell'intervenuta risoluzione di diritto del contratto presuppone da parte del giudice la valutazione di fatti ulteriori (la comunicazione della diffida ad adempiere, il contenuto della stessa ecc.) che non erano stati oggetto di accertamento nell'ambito della risoluzione giudiziale¹⁹⁹.

Anche in tal caso sarà pertanto onere del creditore agente, per evitare di incorrere in preclusioni, domandare, subordinatamente alla risoluzione *ex art.* 1453 c.c., anche la risoluzione *ex artt.* 1454, 1456 o 1457 c.c.

14. L'effetto preclusivo della risoluzione stragiudiziale

Nell'esposizione che ci ha fin qui occupati siamo sempre partiti dal presupposto della risoluzione giudiziale, vale a dire da una domanda di scioglimento del contratto esercitata nell'ambito del processo.

Convieni ora, per completezza di analisi, spendere qualche parola in merito alla risoluzione stragiudiziale di cui agli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c., sebbene si tratti di fattispecie estranee all'ambito di applicazione dell'art. 1453, comma 2 c.c.

Anche se la norma *de qua* ha, come si è evidenziato, una portata sostanziale, in quanto esplica i suoi effetti anche oltre il processo in corso, il suo dettato presuppone comunque l'avvenuta instaurazione di un giudizio volto ad ottenere l'adempimento o lo

¹⁹⁸ In materia di diffida ad adempiere si veda, in particolare, Cassazione, 4 luglio 1985, 4036, secondo la quale una volta richiesta in primo grado la risoluzione giudiziale, costituisce domanda nuova, come tale improponibile per la prima volta in appello, quella fondata sulla diffida ad adempiere. Analogamente per le altre ipotesi di risoluzione stragiudiziale Cassazione, 5 gennaio 2005, n. 167; Cassazione, 12 dicembre 2003, n. 19051. Da quanto sopra si argomenta *a contrariis* la possibilità di sostituire in corso di causa alla risoluzione di diritto quella fondata sull'art. 1453 c.c.

¹⁹⁹ In tal senso DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione*, cit., p. 264.

scioglimento del contratto.

Per contro, le ipotesi di risoluzione stragiudiziale promanano da un atto di parte che non necessita dell'instaurazione di un giudizio per il prodursi di effetti risolutivi.

Trattasi, infatti, di effetti che la legge ricollega *ipso iure* alla semplice manifestazione di volontà del creditore, di modo tale che l'eventuale instaurando giudizio avrà la sola funzione di accertare la risoluzione già verificatasi sebbene contestata dal debitore²⁰⁰.

Ci si chiede se anche la dichiarazione stragiudiziale di risoluzione del contratto, al pari della domanda giudiziale, precluda una successiva richiesta di adempimento.

In via preliminare occorre ribadire che la fattispecie deve ritenersi estranea all'ambito di applicazione dell'art. 1453, comma II c.c., il quale ricollega l'effetto preclusivo alla sola domanda giudiziale di risoluzione.

La questione, pertanto, in assenza di una disciplina normativa *ad hoc*, dovrà essere risolta alla luce dei principi ritenuti applicabili in materia.

Dottrina²⁰¹ e giurisprudenza²⁰² hanno perlopiù negato che alla dichiarazione stragiudiziale di risoluzione non seguita dall'effettiva risoluzione del rapporto per effetto della pronuncia giudiziale di scioglimento possa riconoscersi un effetto preclusivo.

Detta affermazione va verificata alla luce del fatto che la mancanza di una norma espressa che ricollegghi un siffatto effetto alla fattispecie in oggetto non può per ciò stesso portare alla negazione dell'effetto preclusivo.

In senso favorevole alla preclusione si esprimono coloro i quali ritengono che la *ratio* sottesa al divieto di mutare la domanda di risoluzione in domanda di adempimento di

²⁰⁰ Da qui la nota distinzione tra sentenza costitutiva di risoluzione *ex art.* 1453 c.c. e sentenza dichiarativa *ex artt.* 1454, 1456 e 1457 c.c. Trattasi di distinzione dominante in dottrina ed in giurisprudenza, sebbene con la presenza di autorevoli voci in senso contrario; per tutti si veda SACCO, *Il Contratto*, cit., pp. 647 e 653.

²⁰¹ Tra i primi AULETTA, *Sentenza di condanna all'esecuzione e azione in risoluzione per inadempimento in Giurisprudenza italiana*, I, 1953, p. 54; nello stesso senso BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 288.

²⁰² Cassazione, 7 febbraio 1979, n. 837; Cassazione, 28 dicembre 1973, n. 3462.

cui all'art. 1453, II comma c.c. sia rinvenibile anche nell'ipotesi ora in esame²⁰³.

Tale sarebbe la tutela dell'affidamento del debitore nella perdita d'interesse del creditore all'esecuzione della controprestazione e alla conservazione del vincolo contrattuale e, quindi, l'affidamento nella risoluzione del contratto.

La tutela dell'affidamento va poi di pari passo con il principio di buona fede oggettiva, nel senso che sarebbe contrario a detto principio ammettere che il creditore, dopo aver ingenerato il suddetto affidamento in capo al debitore, possa mutare idea e domandare l'adempimento.

Fin qui nulla di nuovo, trattandosi delle stesse considerazioni già svolte a proposito dell'effetto preclusivo proprio della domanda giudiziale di risoluzione del contratto²⁰⁴.

Alla conclusione favorevole all'effetto preclusivo giungono anche coloro i quali ritengono che la risoluzione, vuoi contenuta nell'atto di citazione, vuoi manifestata in via stragiudiziale, produca comunque di per sé lo scioglimento del vincolo contrattuale, senza alcun bisogno di attendere od ottenere una pronuncia giudiziale²⁰⁵.

In verità, che la semplice dichiarazione stragiudiziale sia di per sé sufficiente a precludere la richiesta di adempimento sembra potersi ricavare dallo stesso dettato normativo degli articoli che se ne occupano.

Così, per quanto riguarda la diffida ad adempiere, il tenore letterale dell'art. 1454 c.c. non ammette deroghe laddove sancisce che, *“decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto”*.

La norma, per come scritta, non sembra lasciare spazio a ripensamenti da parte del creditore, salva ovviamente la possibilità di rivolgersi al giudice per far accertare la già

²⁰³ CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 89.

²⁰⁴ Si rinvia a quanto detto al paragrafo 1 del presente capitolo.

²⁰⁵ Così SACCO *Il Contratto*, cit., p. 648 secondo il quale *“il debitore che subisce la risoluzione di cui all'art. 1453 c.c. è semplicemente nelle condizioni di colui che subisca la risoluzione di diritto. La dichiarazione del creditore che procede alla risoluzione di diritto è sufficiente a produrre l'effetto giuridico risolutorio”*.

intervenuta risoluzione nell'ipotesi di contestazione del debitore.

Ancora più categorico è l'art. 1457 c.c. in tema di termine essenziale, laddove dispone che in mancanza di dichiarazioni in senso contrario del creditore “*il contratto s'intende risolto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione*”.

Meno drastico potrebbe sembrare *prima facie* il dettato dell'art. 1456 c.c. in quanto richiede, per il verificarsi dell'effetto risolutivo, la dichiarazione del creditore di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa.

In realtà, tale ultima fattispecie non ci sembra così diversa dalla diffida ad adempiere in quanto ricollega, comunque, il prodursi dell'effetto risolutorio alla dichiarazione unilaterale della parte non inadempiente.

Tralasciando il tenore letterale delle norme, a parere di chi scrive ciò che consente di risolvere la questione dell'eventuale effetto preclusivo della dichiarazione stragiudiziale di risoluzione è il riconoscimento o meno in capo al creditore della facoltà di rinunciare allo scioglimento del vincolo.

Solo l'attribuzione di tale facoltà consentirebbe infatti al contraente non inadempiente, previa rinuncia all'effetto risolutorio, di agire per ottenere l'adempimento del contratto.

In altri termini, posta nel nulla la dichiarazione di risoluzione e gli effetti che da essa sono derivati, nulla impedirebbe al creditore, nella perdurante vigenza del contratto, di chiederne l'adempimento vuoi in via stragiudiziale, vuoi in via giudiziale.

La questione si sposta allora sulla possibilità per il creditore di rinunciare alla risoluzione già verificatasi *de iure*.

La giurisprudenza di legittimità si è perlopiù espressa in senso favorevole alla rinunciabilità fino ad epoca molto recente²⁰⁶.

²⁰⁶ Cfr. Cassazione, 4 agosto 1997, n. 7182, la quale pur occupandosi di diritto di recesso, lo ritiene legittimo partendo dal presupposto che il contraente non inadempiente che abbia intimato diffida ad adempiere alla controparte abbia rinunciato successivamente, anche con comportamenti concludenti, alla diffida e al suo effetto risolutivo (come nel caso in cui abbia concesso un nuovo, ulteriore termine per

Con precipuo riferimento alla diffida ad adempiere, la Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare che *“la diffida ad adempiere è stabilita nell’interesse della parte adempiente e non costituisce un obbligo, bensì una facoltà, che si esprime - a priori – nella libertà di scegliere questo mezzo di risoluzione del contratto a preferenza di altri e - a posteriori – nella possibilità di rinunciare agli effetti risolutivi già prodottisi. In particolare pur producendosi, per effetto della diffida ad adempiere, la risoluzione di diritto, indipendentemente dalla volontà dell’intimato, la stessa rimane nella disponibilità dell’intimante che può, successivamente, rinunciare ad avvalersene e agire, per l’effetto, per l’esecuzione del contratto”*²⁰⁷.

Dalla sentenza si evince chiaramente come l’elemento decisivo che fa propendere per la rinunciabilità dell’effetto della diffida sia il carattere esclusivamente unilaterale dell’interesse ivi protetto; in altri termini, alla base dell’art. 1454 c.c. vi sarebbe unicamente l’esigenza di tutela del creditore diffidante che diverrebbe *“arbitro unico della convenienza o meno a far valere l’inutile decorso del tempo in seno al dipanarsi della vicenda negoziale”*²⁰⁸.

Da ciò conseguirebbe la disponibilità dell’effetto risolutorio da parte del diffidante che potrebbe rinunziarvi anche successivamente al decorso del termine previsto, facendo con ciò stesso rivivere il suo diritto all’adempimento.

A quanto sopra si può obiettare che, sebbene posto nell’interesse esclusivo del creditore diffidante, l’effetto risolutivo, prodottosi *ipso iure* per il solo fatto della sussistenza dei presupposti richiesti per legge, sfugge al controllo e alla disponibilità del creditore.

In altri termini, a parere di chi scrive detto effetto si troverebbe nella disponibilità del diffidante solo fintantoché il medesimo non si è definitivamente prodotto, determinando

l’adempimento). In senso conforme con riferimento alle fattispecie di cui agli artt. 1454 e 1457 c.c., Cassazione, 28 giugno 2004, n. 11967; Cassazione, 10 febbraio 2003, n. 1952.

²⁰⁷ Cassazione, 8 novembre 2007, n. 23315.

²⁰⁸ *Ibidem*.

per ciò stesso la liberazione del debitore dal vincolo contrattuale in essere.

La Corte di Cassazione in una recente sentenza pronunciata a Sezioni Unite ha finalmente fatto proprie le osservazioni già da tempo sollevate al riguardo dalla più attenta dottrina²⁰⁹, stabilendo che “*non è ammissibile la rinuncia all’effetto risolutivo del contratto in quanto sottratta alla libera disponibilità del contraente*”²¹⁰.

Alla base del *revirement* - per quanto riguarda, in particolare, la diffida ad adempiere - vi è, oltre alla considerazione dell’automatismo dell’effetto risolutorio al verificarsi della scadenza del termine indicato, la funzione di bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco che la preclusione consente di realizzare.

Quanto sopra non confligge con l’idea che la diffida ad adempiere sia posta nell’interesse esclusivo del creditore - considerato che di ciò non sembra potersi dubitare - ma semplicemente rappresenta l’unico modo per tutelare, oltre al diffidante, anche il diffidato, il quale fondatamente riconnette allo spirare del termine la cessazione automatica dell’efficacia del contratto con legittimo affidamento nell’avvenuta liberazione dal vincolo negoziale.

D’altronde è proprio l’automatismo dell’effetto risolutivo derivante dalla dichiarazione stragiudiziale che consente di differenziare la fattispecie in oggetto dalla domanda giudiziale di risoluzione, riconoscendo soltanto alla prima quell’effetto preclusivo che nel secondo caso presuppone necessariamente la pronuncia del giudice.

Se così non fosse si rischierebbe di lasciare *sine die* il debitore alla mercé del creditore, libero di ritirare la diffida e di annullarne *ex tunc* gli effetti anche quando il debitore, conscio dell’avvenuto scioglimento *ipso iure* del contratto, ha magari già disposto diversamente della propria prestazione.

Il che equivale a dire che “*la rinuncia unilaterale non è ammissibile laddove produca*

²⁰⁹ Tra gli altri, DALMARTELLO, op. cit., p. 141.

²¹⁰ Cassazione, sezioni unite, 14 gennaio 2009, n. 553.

effetti anche nella sfera del destinatario”, richiedendosi in tal caso anche il consenso del soggetto nella cui sfera giuridica gli effetti si sono prodotti²¹¹.

Ciò significa che gli effetti della rinuncia, non essendo meramente abdicativi in quanto non si limitano a porre nel nulla l'effetto risolutivo già prodottosi, ma importano anche una modifica nella sfera giuridica altrui, sono comunque subordinati al consenso del destinatario della diffida.

Preme sottolineare che quanto detto vale, ovviamente, non solo per la diffida ad adempiere, ma anche per le altre ipotesi di risoluzione stragiudiziale di cui agli artt. 1456 e 1457 c.c. stante l'identità del *modus operandi* dell'effetto risolutorio.

Ne consegue che in mancanza del consenso espresso dal debitore nessuna rinuncia all'effetto risolutivo sarà possibile, con il conseguente divieto di chiedere l'adempimento.

Il discorso potrebbe essere parzialmente diverso nell'ipotesi in cui alla mera manifestazione di volontà seguisse la domanda volta all'accertamento dell'intervenuta risoluzione stragiudiziale, poiché in tal caso alla fattispecie potrebbe applicarsi, data l'*eadem ratio*, la disposizione di cui all'art. 1453, II comma c.c. con tutte le conseguenze che ne derivano.

In altri termini, una volta instaurato il giudizio di risoluzione la strada da seguire potrebbe essere quella indicata dall'art. 1453, II comma c.c. secondo l'interpretazione datane nel presente capitolo. E' anche vero però che il giudizio costitutivo di risoluzione è e rimane profondamente diverso dal giudizio volto al mero accertamento dell'effetto risolutivo, posto che solo nel primo caso durante la pendenza del giudizio il contratto è e deve considerarsi ancora vigente sebbene si trovi in uno stato di quiescenza e i suoi effetti siano sospesi fino alla pronuncia giudiziale.

²¹¹ Così SICCHIERO, in nota a Cassazione, 14 gennaio 2009, n. 553, op. ult. cit. Dello stesso autore si veda anche voce *Rinuncia* in *Digesto Sez. civile*, XVII, Torino, 1998, p. 654 ss.

CAPITOLO IV

Rapporto tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione del contratto per inadempimento nel diritto privato francese

Parte prima

1. L'art. 1184 *Code civil*

Come già anticipato nei capitoli precedenti, anche nell'ordinamento giuridico francese si pone la questione del rapporto tra la domanda di adempimento e la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento; si tratta ora di vedere se i termini della questione possano definirsi analoghi a quelli visti a proposito dell'art. 1453 del nostro codice civile.

Va da sé che lo studio dell'argomento alla luce del diritto francese e l'analisi delle soluzioni cui la dottrina e la giurisprudenza d'oltralpe sono giunte nella trattazione del medesimo possono risultare, oltre che interessanti, estremamente utili nella ricerca di una soluzione che possa in qualche modo adattarsi anche al nostro diritto positivo.

Conviene iniziare la presente analisi con la lettura dell'art. 1184 del *Code civil*, inserito, insieme al precedente art. 1183, nel paragrafo III, Sezione I, Capitolo IV, Titolo III del libro terzo del *Code civil*, dedicato alla *condition résolutoire*.

Seguirà la trattazione del rapporto tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione alla luce della succitata norma, tenendo conto delle conclusioni cui sono giunte la dottrina e la giurisprudenza francesi e raffrontandole con le soluzioni degli studiosi e della giurisprudenza italiani.

Recita l'art. 1184: «*La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son*

engagement.

Dans ces cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances».

Il primo comma della norma in oggetto contiene una sorta di *fictio legis*²¹² che dà per presupposta la volontà delle parti di vincolare l'esecuzione della propria prestazione all'esecuzione di quella della controparte²¹³.

L'accostamento della condizione tacita di adempimento alla condizione risolutiva che pur balza agli occhi ad una prima lettura della norma, viene mitigata dal tenore letterale del II comma, il quale, chiarendo che il contratto non si risolve di diritto, attribuisce alla parte non inadempiente il potere di scegliere tra la domanda di adempimento e la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento.

In verità la possibilità di scelta del creditore risulta, come vedremo, più ampia, ben potendo egli domandare il solo risarcimento del danno, senza aggiungere né la richiesta di risoluzione né la richiesta di esecuzione forzata del contratto.

L'apparente analogia con la condizione risolutiva va definitivamente abbandonata alla luce del III comma dell'articolo, il quale chiarisce ulteriormente che la risoluzione deve

²¹² Si parla a tal riguardo, utilizzando un concetto sviluppatosi nel diritto romano, di *lex commissoria*. Così CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, Milano, 1908, p. 164.

²¹³ Anche in diritto francese il rimedio della risoluzione per inadempimento viene applicata ai contratti sinallagmatici. Secondo l'art. 1102 «*Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres*». Anche nell'ordinamento d'oltralpe si pone, quindi, la questione dei limiti da riconoscere al principio dell'applicabilità ai soli contratti bilaterali. Così, si è sostenuto che il rimedio si applicherebbe alla *donatio sub modo* in quanto contratto bilaterale caratterizzato dalla non equivalenza delle due prestazioni. Altrettanto discussa è l'applicabilità della norma ai contratti aleatori; la soluzione negativa viene fatta dipendere dal fatto che la controprestazione, per l'una ovvero per l'altra parte, consiste nella possibilità di guadagno o di perdita dipendente da un avvenimento incerto. L'applicazione della disposizione è stata poi negata alla divisione.

essere introdotta con domanda giudiziale.

La stessa disposizione riconosce al giudice la facoltà di assegnare al debitore un termine per l'adempimento (il cosiddetto *délai de grâce*) quand'anche il creditore abbia domandato lo scioglimento del contratto, limitando, di fatto, il potere di scelta attribuito a quest'ultimo dal comma precedente.

Ciò implica, infatti, la libertà del giudice di ignorare la domanda del creditore e, quindi, il venir meno dell'interesse del medesimo ad ottenere la prestazione oggetto del contratto, nell'ipotesi in cui il giudice ritenga ancora possibile od eventualmente utile per il non inadempiente il ricevimento della controprestazione.

Trattasi, a ben vedere, di una pesante ingerenza nel potere dispositivo del creditore che non trova alcun riscontro nel nostro sistema giuridico e che sicuramente dà vita ad un evidente *favor debitoris*.

In un certo qual modo la norma contiene una disposizione contraria al III comma dell'art. 1453 c.c. che vieta al debitore di adempiere spontaneamente in corso di causa. La possibilità per il giudice di fissare al debitore un termine secondo le circostanze presuppone infatti che il debitore sia messo nella condizione di scegliere se adempiere o meno spontaneamente la prestazione dovuta nel contratto; con la conseguenza che la scelta di adempiere pone sostanzialmente nel nulla la domanda proposta dal creditore²¹⁴.

La *chance* concessa al debitore pur a fronte del chiaro disinteresse mostrato dal creditore per il contratto viene perlopiù ricondotta al carattere proprio della risoluzione,

²¹⁴ Si afferma tradizionalmente (e di ciò sarà dato più ampio conto nel corso del paragrafo 4) che il debitore possa non solo adempiere previa concessione del termine di grazia da parte del giudice, ma possa anche offrire spontaneamente di adempiere in assenza di qualsivoglia richiesta dell'autorità giudiziaria. La possibilità si ricava indirettamente dal III comma della norma in oggetto, poiché, così come l'adempimento spontaneo del debitore può essere "spronato" dal giudice, nulla impedisce che l'iniziativa possa provenire dal debitore stesso. In tal senso, tra i tanti, PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Aix-en-Provence, 1996, paragrafo n. 332 ss. Al riguardo si è giunti a sostenere che il debitore può offrire di adempiere financo nel giudizio d'appello; così CARBONNIER, *Théorie des obligations*, Parigi, 1963, p. 309.

vista come *ultimum subsidium*, vale a dire come *remède extraordinaire* al quale l'adempimento va sempre preferito.

E' opinione assolutamente prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza che la risoluzione costituisca un rimedio di carattere sussidiario la cui attuazione è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, il quale, di conseguenza, qualora l'adempimento risulti ancora possibile ed utile al creditore, concederà al debitore la facoltà di eseguire la prestazione dedotta in contratto.

A dimostrazione del carattere straordinario tradizionalmente riconosciuto alla risoluzione ed al favore da sempre dimostrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza d'oltralpe alla conservazione del vincolo contrattuale, si cita una sentenza, ci sia consentito alquanto "estrema", della prima Camera Civile della *Cour de Cassation* francese, la quale è giunta ad ammettere che un terzo interessato alla conservazione del contratto possa intervenire in appello offrendo l'esecuzione della prestazione e consentendo, in tal modo, di evitare il rimedio estremo dello scioglimento del contratto²¹⁵.

Il carattere sussidiario riconosciuto alla risoluzione si giustifica oggi ancora più alla luce della riforma del codice di procedura civile francese ad opera della legge 9 luglio 1991 n. 91-650, il cui art. 1 prevede che "*tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard*".

Ciò a significare che l'esecuzione forzata non ha altro scopo che consentire al creditore di realizzare ciò di cui ha diritto sulla base del contratto rimasto inadempito.

Ma il riconoscimento del carattere sussidiario del rimedio risolutorio non è certo una novità del diritto francese. Lo stesso rapporto è, a parere di chi scrive, rinvenibile anche

²¹⁵ Cass. Civ., I, 15 aprile 1986, in *Bulletin civil*, I, n. 84; si veda anche, in nota alla stessa sentenza, MESTRE, in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1987, p. 315. In senso contrario si è invece espressa la terza Camera civile della Corte, la quale ha ritenuto che l'interesse del terzo alla conservazione del vincolo contrattuale pur non essendo giuridicamente irrilevante, non possa giustificare il sacrificio dell'interesse del contraente. Così Cass. civ., III, 22 marzo 1983 in *Bulletin civil*, III, n. 84.

nel nostro ordinamento giuridico e, come vedremo, anche a livello europeo.

Ciò detto, si tratterà di verificare se ed in quali termini l'ordinamento francese ammetta o, quantomeno, tolleri una certa "interscambiabilità" tra la domanda di adempimento del contratto e la richiesta di risoluzione del medesimo per inadempimento e viceversa.

In caso di esito positivo si tratterà di verificare se anche nel sistema d'oltralpe esistano dei limiti alla possibilità di sostituire alla domanda originaria una nuova domanda.

Tutto ciò non senza aver prima speso poche ma necessarie parole per chiarire i contorni di applicazione della *résolution judiciaire*.

2. Il fondamento della *condition résolutoire sous-entendue*

Conviene innanzitutto procedere ad un rapido *excursus* sul fondamento giuridico della condizione risolutiva tacita²¹⁶, onde verificare se già a tale livello sia possibile individuare una certa analogia con il fondamento attribuito all'istituto nel nostro ordinamento²¹⁷.

Non paiono esservi dubbi a riguardo che le teorie sviluppatesi nel paese d'oltralpe ricalchino sostanzialmente quelle sviluppatesi nel nostro sistema giuridico a decorrere dal codice civile del 1865²¹⁸.

E così, come in Italia, anche in Francia la teoria più risalente riconduce il fondamento dell'istituto alla volontà presunta delle parti, nel senso cioè di riconoscere in capo a tutti i contraenti l'intenzione implicita di subordinare la propria prestazione all'esecuzione

²¹⁶ Per una rapida disamina delle teorie sviluppatesi in Francia si veda CHABAS, *Obligations, Théorie générale* in *Leçons de droit civil*, II, I, Parigi, 1998, p. 1140; CASSIN, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution* in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1945, p. 161 ss.

²¹⁷ Si rinvia al riguardo a quanto detto nel paragrafo 8 del Capitolo I.

²¹⁸ In verità l'osservazione va letta *a contrariis*, posto che sono state le dottrine italiane ad attingere dalle più antiche dottrine sviluppatesi oltralpe.

della prestazione della controparte.

Da un punto di vista storico la condizione presunta viene considerata la conseguenza della pratica notarile²¹⁹ di inserire negli atti la previsione di una condizione espressa, trasformatasi nel corso dei secoli in una clausola di stile, infine abbandonata perché considerata sottintesa.

In verità, ritenere sussistente una simile volontà implicita nei contraenti è, all'evidenza, eccessivo. Se essa potrebbe anche ritenersi sussistente in contraenti esperti od eventualmente professionali, sembra invero azzardato considerarla implicita nel comportamento del contraente medio se non addirittura inesperto.

Vi è poi che, forse, se le parti avessero effettivamente voluto una condizione risolutiva, anziché riservarla alla decisione discrezionale del giudice, avrebbero inserito nel contratto la condizione espressa di cui all'art. 1183 *Code civil* (*La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé*).

Un'analisi più lucida ed attenta dell'istituto ha portato ad abbandonare il tenore letterale della norma e, quindi, il significato che da esso può farsi derivare, per approdare ad una soluzione capace di comprendere l'esigenza che pur vi sta alla base.

All'opinione volontaristica si è così aggiunta la teoria - che a parere di chi scrive sembra essere la più idonea anche nell'ordinamento francese a dare una spiegazione corretta del fondamento dell'istituto in parola - che riporta la risoluzione al concetto di causa del contratto, nel senso cioè di ritenere che l'istituto abbia lo scopo di rimediare ad un difetto sopravvenuto della causa del contratto²²⁰.

Ciò ovviamente sul presupposto di riconoscere spazio ad un concetto dinamico di causa

²¹⁹ Il riferimento risale fino alla *lex commissoria* del diritto romano.

²²⁰ In tal senso si è schierata la giurisprudenza francese sin dall'inizio del secolo. Nella sentenza *Lucard* del 22 novembre 1921 la *Cour de Cassation* ebbe infatti modo di affermare che “*dans une convention synallagmatique, l'obligation de chacune de parties a pour cause l'exécution de l'obligation de l'autre partie*”.

che non colpisce il contratto in quanto tale, bensì il rapporto che da esso deriva.

A tale teoria ha mostrato più volte, soprattutto in passato, di aderire la giurisprudenza di legittimità francese. Chiara al riguardo l'affermazione secondo la quale “*dans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre et réciproquement, en sorte que si l'une n'est pas remplie, l'obligation de l'autre devient sans cause*”²²¹.

Neppure a detta teoria sono mancate le critiche, impennate, come accade in Italia, su di un concetto statico di causa del contratto²²².

La bontà dell'orientamento appare tuttavia confermata proprio da quanti l'hanno criticata, laddove hanno ritenuto di poter individuare il fondamento dell'istituto in un concetto di equità e di equilibrio contrattuale pur sempre riconducibile, a parere di chi scrive, ad un concetto di causa intesa in senso lato²²³.

Vi è poi la teoria che individua nella risoluzione una sorta di sanzione a carico del contraente inadempiente o, più in generale, un modo per riparare al pregiudizio arrecato al creditore dall'inadempimento del debitore.

La teoria, in verità, presta il fianco a critiche in Francia più che in Italia.

Se infatti la risoluzione altro non fosse che una sorta di “punizione” per il contraente inadempiente, allora il giudice, munito di tutti i necessari poteri, dovrebbe cercare di darvi attuazione, ripristinando, per quanto possibile, una situazione di sostanziale giustizia.

Ciò in verità non accade o, meglio, accade l'esatto contrario, ben potendo il giudice evitare di sanzionare il debitore, concedendogli per di più la possibilità di “redimersi” in corso di causa, adempiendo la prestazione rimasta possibile.

²²¹ Così Cass. civ., 14 aprile 1891; più recentemente si vedano Cass. com., 29 aprile 1969; Cass. civ., III, 8 maggio 1974.

²²² In senso critico, fra gli altri, TERRE', *Droit civil, Les obligations*, Parigi, 2005, p. 354

²²³ FIN- LANGER, *L'équilibre contractuel*, tesi, Orléans, 2002, p. 699.

Ne consegue che l'unico spazio eventualmente riconoscibile all'orientamento *de quo* è il diritto canonico, permeato di una esigenza di perdono più che di condanna.

In senso critico rispetto al fondamento in oggetto si pone soprattutto la giurisprudenza, la quale ha costantemente negato qualsiasi rilievo, quale requisito di applicabilità dell'art. 1184 *Code civil*, all'imputabilità dell'inadempimento al debitore. Se, infatti, la risoluzione prescinde dalla sussistenza di un comportamento colposo in capo al debitore, è ovvio che nessuno spazio potrà riconoscersi al carattere "sanzionatorio" dell'istituto²²⁴.

3. I presupposti per l'applicazione della *résolution judiciaire* di cui all'art. 1184 *Code civil*

La dottrina francese afferma tradizionalmente che, ai fini della risolubilità del contratto *ex art.* 1184 *Code civil*, sono necessari, quali requisiti, la gravità dell'inadempimento e la sua imputabilità.

Quanto al primo requisito²²⁵, sebbene, contrariamente a quanto avviene nel nostro ordinamento giuridico, nessuna norma lo richieda espressamente, è opinione prevalente in giurisprudenza che solo un inadempimento *d'une certaine gravité* possa giustificare lo scioglimento del contratto.

Detto requisito, se anche non si ricava dal tenore letterale di alcuna norma, può considerarsi la conseguenza diretta del carattere di *extrema ratio* tradizionalmente

²²⁴ STORCK, *Contrats et obligations*, in *Juris Classeur – Code civil sub art. 1184*, fasc. 10, 2008, p. 5.

²²⁵ Per una analisi più ampia del requisito in oggetto si veda GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat: essai de classification*, Parigi, 2000, p. 243 ss; si veda anche GHESTIN, *La résolution pour inexécution*, in *Il contratto inadempito, Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo* a cura di Letizia Vacca, Torino, 1999, p. 112.

riconosciuto al rimedio risolutorio²²⁶.

Proprio la mancanza di criteri fissati dal legislatore ai fini della valutazione della gravità dell'inadempimento ha contribuito a riconoscere, anche in detto frangente, in capo al giudice un *pouvoir souverain*²²⁷.

Si ritiene, al riguardo, che il giudice debba valutare non solo “l'importanza sufficiente dell'inadempimento”²²⁸, ma debba andare oltre, verificando anche che l'inadempimento sia sufficientemente grave da giustificare la risoluzione del contratto²²⁹.

Ciò significa che il giudice è chiamato innanzitutto a valutare se vi sia stato l'inadempimento e se esso abbia assunto un'importanza tale da poter sortire qualche effetto giuridicamente rilevante, quale potrebbe essere la risoluzione, ma anche la condanna al solo risarcimento del danno o, ancora, la condanna del debitore all'adempimento mediante la concessione del *délai de grâce*.

Verificata la sussistenza di un tale inadempimento si tratterà di verificare se esso sia di gravità tale da giustificare il rimedio estremo della risoluzione del contratto²³⁰.

Si ritiene, perlopiù, trattarsi di un potere che deve tener conto delle peculiarità del caso concreto e che non può, pertanto, attenersi a direttive astratte; il riconoscimento di una simile facoltà in capo ai giudici di merito ha di fatto impedito alla giurisprudenza di

²²⁶ In dottrina MESTRE, *Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat in Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, Aix-en-Provence, 1993, p. 91 ss.

²²⁷ Tra le tante in tal senso: Cass., com., 6 marzo 1990; Cass. com., 24 novembre 1987, Cass. civ., III, 7 ottobre 1987.

²²⁸ In tal senso, per esempio, Cass. com., 2 dicembre 1980.

²²⁹ Così Cass. civ., I, 15 luglio 1999; Cass. com., 11 dicembre 1990. La *Court de Cassation* «exige donc simplement des juridictions du fond qu'elles cherchent, sous peine d'être censurées pour défaut de base légale, soit l'importance suffisante de l'inexécution, soit le caractère suffisant de la gravité des manquements de la partie défaillante pour justifier le prononcé de la résolution»; così GHESTIN, JAMIN e BILLIAU, *Les effets du contrat, Les obligations in Traité de droit civil*, Parigi, 2001, p. 420.

²³⁰ Si ritiene perlopiù, contrariamente a quanto accade nel nostro ordinamento giuridico, che la gravità dell'inadempimento debba essere valutata al momento della decisione, vale a dire tenendo conto anche di tutte le circostanze che si sono verificate *medio tempore* e che possono aver influito sull'importanza dell'inecuzione. Così, ad esempio, Cass. civ., III, 5 maggio 1993. L'opportunità di tener conto di tutto ciò che si è verificato fino alla pronuncia della sentenza si giustifica alla luce della mancanza di un divieto analogo a quello posto dall'art. 1453, III comma c.c. che impedisce al debitore di adempiere spontaneamente nel corso del giudizio e che porta, necessariamente, a cristallizzare la situazione al momento introduttivo del processo.

legittimità di individuare dei criteri guida che potessero aiutare nella valutazione della sussistenza di una “gravità sufficiente”²³¹.

Ciò a dire che i giudici sono liberi di riferirsi a tutti quei criteri, sia oggettivi che soggettivi, che ritengono maggiormente idonei nel caso concreto a fondare la loro valutazione.

Per tale via i parametri che pur sono stati individuati, hanno rappresentato perlopiù il frutto del lavoro dei giudici di primo e secondo grado.

Così, tra i criteri maggiormente utilizzati vi è sicuramente il riferimento a “*l’avenir de la situation contractuelle*”, inteso come il vantaggio economico che il creditore avrebbe potuto acquisire attraverso la prestazione rimasta di fatto ineseguita, vale a dire *l’utilité économique* che il creditore si aspettava di ottenere attraverso il contratto.

Solamente un’insecuzione che impedisce al creditore di ottenere il vantaggio economico che lo stesso mirava ad ottenere attraverso l’accordo consentirà, quindi, al giudice di pronunciare la risoluzione del contratto; al contrario, qualora il giudice dovesse ritenere che “*l’inexécution n’est pas fatale pour l’équilibre du contrat, la pérennité de ce dernier sera préservée*”²³².

Tale parametro, nell’intenzione dei giudici, deve comunque essere calato nella fattispecie concreta e interagire con gli altri elementi soggettivi ed oggettivi che caratterizzano il contratto e dai quali non si può prescindere per una valutazione corretta ed esaustiva della gravità dell’inadempimento.

Da qui ovviamente è derivata la grande libertà e discrezionalità di cui godono i giudici d’oltralpe nella scelta relativa alla risoluzione del rapporto contrattuale.

Non paiono esservi dubbi che il criterio di origine giurisprudenziale dinanzi analizzato presenti una certa vicinanza con il nostro diritto positivo, laddove, all’art. 1455 c.c.,

²³¹ Così Cass. civ., III, 6 marzo 1996.

²³² Così MAZEAUD in nota a Cass. com., 2 luglio 1996, in *Répertoire Defrénois*, 1996, p. 1364, n. 146.

subordina la risoluzione del contratto all'importanza dell'inadempimento, “*avuto riguardo all'interesse dell'altra*” parte.

Ed infatti anche il criterio della non scarsa importanza dell'inadempimento deve necessariamente essere parametrato all'economia del rapporto, avuto riguardo sia all'interesse del creditore, sia, comunque, all'esigenza di mantenere inalterato l'equilibrio tra le prestazioni del contratto sinallagmatico.

In tale valutazione trovano spazio sia considerazioni soggettive, legate cioè alla “*stima che il creditore abbia potuto fare del proprio interesse violato*”, sia considerazioni obiettive “*in relazione all'attitudine dell'inadempimento a turbare l'equilibrio contrattuale*”²³³.

Quanto al secondo requisito, ai fini della risoluzione del contratto si richiede generalmente che alla base dell'inadempimento vi sia la *responsabilité contractuelle* del debitore, anche se la giurisprudenza d'oltralpe ha assunto al riguardo un atteggiamento in certo qual modo ostile, ritenendo sufficiente a tal fine l'inadempimento, a prescindere dall'imputabilità o meno dello stesso al debitore quanto meno a titolo di colpa²³⁴.

Stante il tenore letterale della disposizione, che non distingue tra *inexécution fautive* e *inexécution fortuite*, in mancanza di imputabilità, secondo i giudici d'oltralpe, l'art. 1184 sarà comunque applicabile ancorché in maniera più limitata, non potendosi far luogo alla concessione del *délai de grâce*, all'esecuzione forzata, nonché alla condanna al risarcimento del danno.

Di diverso avviso è invece la dottrina maggioritaria²³⁵, la quale ritiene perlopiù che in presenza di caso fortuito o di forza maggiore la risoluzione del contratto operi *de plein droit*, ricorrendosi semmai al giudice in caso di contestazione circa l'insorgere della causa impeditiva della prestazione.

²³³ RUPERTO, op. cit., p. 2511.

²³⁴ Così Cass. com., 9 marzo 1999; Cass. civ., III, 23 aprile 1986; Cass. civ., I, 12 marzo 1985.

²³⁵ Per una disamina più ampia dell'argomento si veda STORCK, op. cit., p. 16.

Secondo l'indirizzo della dottrina, in mancanza di imputabilità la soluzione va ricercata nella cosiddetta "teoria della causa". Ciò in quanto nei contratti sinallagmatici la corrispettività delle prestazioni penetra nella causa del contratto, con la conseguenza che la rottura del vincolo e l'impossibilità di una delle prestazioni travolge necessariamente anche l'altra²³⁶.

Le difficoltà di inquadramento derivano sostanzialmente dalla mancanza, diversamente da quanto accade nel nostro ordinamento giuridico, di una norma generale espressa in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, da cui la necessità di individuare un appiglio normativo.

Non si può certo sostenere che in linea di principio l'art. 1184 non possa essere applicato, considerato soprattutto che esso non richiede espressamente a tal fine il requisito dell'imputabilità; al riguardo non si può, tuttavia, non osservare come le finalità della disposizione *de qua* siano altre e vadano ben oltre l'insecuzione della prestazione per caso fortuito o forza maggiore.

In verità, l'applicazione della norma a tale fattispecie, sebbene astrattamente possibile, renderebbe di fatto lettera morta gran parte delle disposizioni ivi contenute. Non avrebbero, infatti, alcun senso né la facoltà di scelta concessa al creditore non inadempiente né l'ampio potere riconosciuto al giudice.

La mancanza di una norma espressa generale ha costretto la dottrina ad individuare delle norme che nelle singole fattispecie disciplinino l'ipotesi della impossibilità sopravvenuta della prestazione.

La ricerca non si è rivelata difficile posto che numerose disposizioni (tra le quali l'art. 1722 in tema di locazione e l'art. 1788 in tema di locazione d'opera e d'azienda) prevedono che nel caso in cui una delle prestazioni sia divenuta impossibile anche l'altra venga meno con conseguente scioglimento del vincolo contrattuale.

²³⁶ Tra gli altri GROSSER, op. cit., p. 371.

Ci si chiede se tra i requisiti per l'esercizio dell'azione di risoluzione vi sia anche la messa in mora del debitore.

Detto onere sicuramente non sussiste in alcuni casi particolari tra i quali si ricordano il contratto di locazione²³⁷, il rifiuto espresso del debitore di adempiere²³⁸, la violazione di un'obbligazione di non fare²³⁹ (art. 1145), l'ipotesi in cui la prestazione debba essere eseguita entro un determinato termine²⁴⁰ (art. 1146).

Al di fuori dei suddetti casi la giurisprudenza, anche all'evidente scopo di eludere eventuali difficoltà al riguardo, tende ad affermare che la domanda di risoluzione vale già di per sé come messa in mora²⁴¹.

Ciò significa che un atto di messa in mora formalmente distinto dalla citazione in giudizio non è necessario, ben potendo quest'ultima assolvere alla medesima funzione; ed infatti, il debitore, ricevuta la notifica dell'atto introduttivo del giudizio, potrà porre fine al proprio inadempimento offrendo la prestazione promessa.

Ciò tuttavia non toglie che in alcuni casi un atto formale e distinto di messa in mora del debitore possa risultare utile per il creditore.

Tale è il caso in cui alla domanda di risoluzione si accompagni la richiesta di risarcimento del danno, richiedendo, a tal fine, l'art. 1146 *Code civil* la preventiva

²³⁷ Cass. civ., III, 1 marzo 1995.

²³⁸ Cass. com. 14 febbraio 1967 in *Bulletin civil*, 1967, III, p. 73.

²³⁹ Cass. civ., III, 22 maggio 1969.

²⁴⁰ Cass. civ., 18 ottobre 1927.

²⁴¹ Cass. civ., 23 gennaio 2001, in *Bulletin civil*, I, n. 7; Cass. civ., I, 23 maggio 2000; Cass. civ., III, 11 giugno 1992; Cass. com., 10 dicembre 1979. A tal riguardo si veda anche LAGARDE, *Remarques sus l'actualité de la mise en demeure* in *Juris Classeur Périodique*, 1996, p. 3974, il quale giustamente sottolinea come un atto di messa in mora distinto dall'atto introduttivo del giudizio consenta al creditore di provare la mala fede del debitore il quale si astenga dal rispondere alle comunicazioni indirizzategli dalla controparte. Per una panoramica circa la relazione esistente tra costituzione in mora del debitore e azione di risoluzione nel nostro ordinamento giuridico, nel senso, in particolare, di ritenere la messa in mora quale requisito necessario ai fini dell'esercizio della domanda di risoluzione si veda RUBINO, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento* in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1947, p. 55 ss; nel senso invece della non necessità si veda FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 135. Per una panoramica sullo stato della dottrina e della giurisprudenza italiane in materia si veda GRANELLI, *Risoluzione per inadempimento e "mora debendi"*, in *Contratti*, 6, 1993, p. 715.

messa in mora del contraente inadempiente²⁴².

La formale messa in mora del debitore potrà risultare utile per la controparte anche qualora la prestazione sia ancora possibile: in tal caso, infatti, l'infruttuosità dell'atto di *mise en demeure* potrà rivelare la mala fede del debitore inadempiente, convincendo per ciò stesso il giudice a non concedere il *délai de grâce* e a non accettare un'eventuale offerta di adempimento in quanto tardiva²⁴³.

Analogamente, un atto di preventiva messa in mora potrà evidenziare la gravità dell'inadempimento e rendere in tal modo più sicura la condanna alla risoluzione del contratto²⁴⁴.

4. Gli ampi poteri concessi al giudice nell'ambito del giudizio di risoluzione

L'analisi del rapporto esistente tra la domanda di adempimento e la domanda di risoluzione nell'ordinamento giuridico francese non può assolutamente prescindere dalla disamina degli ampi poteri concessi al riguardo al giudice investito della causa, in grado di influire su detto rapporto fino al punto tale da ignorare la domanda avanzata dal contraente non inadempiente.

Come risulta chiaramente dal tenore letterale della disposizione in commento, una volta instaurato il giudizio volto alla risoluzione del contratto, il giudice investito della causa dispone di un potere talmente ampio da essere definito *pouvoir souverain d'appréciation*.

L'ampiezza e i limiti riconoscibili a detto potere rappresentano sicuramente uno degli aspetti più problematici dell'art. 1184 *Code civil*, soprattutto se si considera il modo con

²⁴² Recita l'art. 1146: «*Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation*».

²⁴³ Si veda al riguardo *Juris Classeur Civil Code*, art. 1136 - 1145, fascicolo 60, *Notarial Répertoire*.

²⁴⁴ Cass. com., 2 giugno 1987; Cass. com., 28 novembre 1977 in *Bulletin civil*, 1977, IV, n. 282.

cui esso viene ad interferire e, come vedremo, ad incidere sulla scelta del creditore tra azione di adempimento e azione di risoluzione.

5. La concessione del *délai de grâce*

Tra i poteri più ampi che il legislatore ha espressamente attribuito al giudice *ex art.* 1184 *Code civil*, rientra sicuramente quello di concedere il cosiddetto “termine di grazia”.

Dispone, infatti, il III comma dell’art. 1184 che, nell’ipotesi in cui il contraente non inadempiente abbia optato per la domanda di risoluzione del contratto, «*il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances*»²⁴⁵.

Detto potere interferisce a tal punto con la scelta risolutoria avanzata dal creditore da consentire al giudice di ignorare il *petitum* della domanda e di accordare al debitore un termine (*délai de grâce*) per adempiere il contratto.

Ciò significa che il giudice potrà ignorare la domanda di risoluzione del contratto avanzata dal creditore e, quindi, la manifestazione del suo disinteresse alla continuazione del rapporto, consentendo al debitore di riscattarsi e di adempiere la prestazione promessa.

L’accostamento al potere di concedere il cosiddetto “termine di grazia” spettante al giudice italiano sulla base dell’art. 1165 del codice civile del 1865 è immediato ed infatti, come ampiamente evidenziato già nel Capitolo I del presente lavoro, la norma

²⁴⁵ E’ necessario che la concessione del termine ai fini dell’esecuzione sia compatibile con le circostanze e le caratteristiche dell’obbligazione inadempita. Ciò comporta che la concessione non sarà ovviamente possibile nell’ipotesi in cui la prestazione avesse carattere negativo. Lo stesso è a dirsi per l’ipotesi in cui la prestazione dovesse essere adempiuta entro un termine essenziale.

italiana altro non era che la derivazione diretta dell'art. 1184 del *Code Napoleon*²⁴⁶.

Detto potere risulta invece ora molto lontano dalle più limitate facoltà concesse al giudice sulla scorta dell'attuale art. 1453 c.c., nel quale non vi è assolutamente traccia di un analogo potere del giudice italiano, la cui conoscenza e le cui facoltà sono necessariamente limitate dall'oggetto della domanda giudiziale proposta.

Nel sistema delineato dall'art. 1184 *Code civil*, invece, la concessione del termine per l'adempimento, come si è già accennato, prescinde dalla proposizione da parte dell'attore di una domanda di adempimento e consente, giocoforza, al giudice di decidere *ultra petitum*.

In certo qual modo il giudice viene a sostituirsi al creditore, poiché concedendo un termine per l'adempimento, chiede, ancorché indirettamente, al debitore di adempiere il contratto.

A tale scelta l'organo giudicante ricorre di regola quando ritiene che l'adempimento sia ancora possibile e, comunque, utile al creditore; così disponendo, tuttavia, viene a disattendere *in toto* la richiesta di scioglimento del contratto avanzata dal medesimo e fondata, evidentemente, sul sopravvenuto disinteresse all'esecuzione della controprestazione, quand'anche questa sia rimasta possibile.

Si sostiene che siffatto potere risponde ad una esigenza di equità sostanziale, la cui attuazione è stata demandata al giudice²⁴⁷.

A parere di chi scrive, in verità non pare revocabile in dubbio che tale facoltà del

²⁴⁶ Il termine di grazia non è caratteristica del solo diritto francese; lo si ritrova, infatti, sia a livello di codificazione europea che in altri ordinamenti giuridici. Così a livello europeo, la sospensione degli effetti del contratto fino allo spirare del termine concesso al contraente infedele (sia al venditore che al compratore) per adempiere è rinvenibile nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (artt. 47 e 63), nella quale la concessione del termine è decisione che compete in via esclusiva al creditore della prestazione. Sempre a livello europeo lo si rinviene anche nei Principi Unidroit (art. 7.1.5) in cui spetta sempre al creditore concedere al debitore un "termine supplementare" per l'adempimento. A livello di codificazione nazionale il termine per l'adempimento (*Nachfrist*) è presente nel sistema tedesco. Per una rapida disamina del cosiddetto termine di grazia nei vari sistemi si veda CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, in *Diritto Europeo*, parte seconda, II, 1998, p. 483 ss.

²⁴⁷ In tal senso già LEPETIER, *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*, Parigi, 1934, p. 287.

giudice sia stata posta *favor debitoris*, considerato che essa prescinde completamente da qualsiasi valutazione della posizione fatta propria dall'attore.

La concessione del cosiddetto *délai de grâce* determina una sorta di sospensione del contratto, che potrebbe portare all'adempimento del medesimo da parte del debitore ovvero al suo scioglimento, nell'ipotesi in cui il giudice abbia pronunciato la risoluzione subordinatamente all'inadempimento definitivo del convenuto.

A tal riguardo, nel concedere il termine, il giudice precisa di regola che l'inutile decorrenza dello stesso determinerà la risoluzione automatica del contratto²⁴⁸.

Trattasi di una precisazione assolutamente opportuna, posto che evita alle parti o, meglio, al creditore di ricorrere nuovamente all'autorità giudiziaria nel caso in cui il debitore lasci decorrere il termine senza adempiere²⁴⁹.

La mancanza di indicazioni precise e la genericità del testo normativo, il quale si limita a dire che il termine viene concesso "*selon les circonstances*", contribuisce sicuramente ad ampliare il potere dell'organo giudicante.

Una valutazione equa dovrà necessariamente tenere conto di tutti gli aspetti della situazione concretamente esistente, così degli elementi soggettivi, quali, ad esempio, la buona fede del debitore, la tolleranza prolungata del creditore, come di quelli oggettivi, quale, a titolo esemplificativo, la non gravità dell'inadempimento.

Si ritiene, perlopiù, che il termine possa essere concesso una sola volta, salva la possibilità di una sua sospensione per causa di forza maggiore²⁵⁰.

La non rinnovabilità del termine, oltre ad essere ricondotta ad esigenze di sostanziale equità, viene giustificata con il ricorso all'art. 1655 *Code civil*, al quale, seppur dettato

²⁴⁸ Cass. com., 16 febbraio 1967 in *Revue loyers*, 1967, p. 243.

²⁴⁹ Cass. com., 16 giugno 1987, in *Bulletin civil*, IV, n. 145.

²⁵⁰ Così cass. civ., III, 16 aprile 1986; Cass. civ., I, 19 dicembre 1984 in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1986, p. 107 con nota di MESTRE.

in materia di vendita, viene perlopiù riconosciuta portata generale²⁵¹.

Ma il potere del giudice non si esaurisce certo nella concessione al debitore di un termine per l'adempimento del contratto.

Convorrà, pertanto, fare una rapida analisi dei poteri di cui l'autorità giudiziaria può disporre, il che potrà risultare utile, come si vedrà, anche ai fini della comprensione dei rapporti intercorrenti tra risoluzione e adempimento.

6. Il rigetto della domanda di risoluzione

Il giudice può anche rimanere nell'ambito del *petitum* della domanda, rigettando *sic et simpliciter* la richiesta di risoluzione; ciò può avvenire nel merito, perché l'inadempimento è giudicato non sufficientemente grave²⁵², perché si ritiene non esservi alcun inadempimento²⁵³, o, ancora, perché esso riguarda una prestazione accessoria non rientrante nel sinallagma del contratto²⁵⁴; ovvero nel rito, come accade, ad esempio, se il giudice ritiene di non essere competente a conoscere della controversia.

Qualora ciò avvenga, la sentenza di rigetto nulla aggiunge e nulla toglie alla forza vincolante del contratto, il quale rimarrà perfettamente valido ed efficace con conseguente obbligo per entrambi i contraenti, qualora non vi abbiano già provveduto, di eseguire l'obbligazione promessa.

7. L'accoglimento della domanda di risoluzione

²⁵¹ Recita l'art. 1655: «*Le juge peut accorder à l'acquéreur un délai plus ou moins long suivant les circonstances*» e «*ce délai passé sans que l'acquéreur ait payé, la résolution de la vente sera prononcée*». Nel senso della portata generale della norma si sono espressi PLANIOL e RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, VI, Parigi, 1952-1962, p. 545; LEPELTIER, op. cit., p. 290.

²⁵² Cass. civ., I, 3 febbraio 2004 in *Bulletin civil*, 2004, I, n. 27.

²⁵³ Cass. civ., III, 23 aprile 1986 in *Bulletin civil*, 1986, III, n. 50.

²⁵⁴ Cass. civ., I, 27 ottobre 1981, in *Bulletin civil*, 1981, I, n. 315.

La domanda di risoluzione può, al contrario, essere accolta, in quanto il giudice ritenga sussistano tutti i requisiti necessari e sufficienti per la risoluzione del contratto, nel qual caso, come accade anche nel nostro ordinamento giuridico, allo scioglimento potrà aggiungersi la condanna al risarcimento del danno.

A tal fine sarà tuttavia necessario per il creditore provare di aver subito un pregiudizio, potendo il giudice, in mancanza, limitarsi a pronunciare la risoluzione del contratto²⁵⁵.

Allo scioglimento totale del vincolo contrattuale il giudice potrebbe preferire lo scioglimento parziale dell'accordo sul presupposto che lo stesso possa ritenersi ammissibile²⁵⁶.

Detta possibilità non è invero condivisa da quegli autori i quali ritengono che al di fuori dei casi espressamente previsti non sia concesso al giudice di modificare il contratto, potendo solamente mantenerlo in vita ovvero scioglierlo nella sua totalità.

Trattasi, in verità, di un'affermazione eccessivamente aprioristica, in quanto rischia di non tener conto delle condizioni del singolo caso concreto.

Se, infatti, la risoluzione totale del contratto, perlomeno secondo la teoria che a parere di chi scrive merita maggiormente accoglimento, assolve alla funzione di far venir meno un contratto rimasto causalmente claudicante, allora si deve anche ammettere che lo scioglimento possa non essere totale qualora un'esecuzione parziale dell'accordo ovvero l'esecuzione di una prestazione accessoria possa essere ritenuta sufficiente per conservare l'equilibrio residuo di una parte del contratto²⁵⁷.

²⁵⁵ Cass. com., 6 dicembre 2005; Cass. com., 19 gennaio 1965 in *Bulletin civil*, 1965, III, n. 56.

²⁵⁶ Manca nel diritto francese, a differenza di quanto accade nel nostro diritto, una norma espressa in materia di risoluzione del contratto plurilaterale; ciò, tuttavia, non impedisce di ritenere che il contratto, in presenza di determinati requisiti, sia suscettibile di risoluzione parziale, intesa dal punto di vista oggettivo ovvero oggettivo.

²⁵⁷ La risoluzione parziale viene di regola ammessa in materia di vendita di cose mobili allorquando il venditore non fornisca la quantità esattamente promessa ovvero fornisca merce di qualità inferiore. In tale ipotesi alla risoluzione totale del contratto, considerata come sanzione sproporzionata all'importanza dell'inadempimento, viene preferita una riduzione del prezzo calcolata sulla base del pregiudizio subito dall'acquirente; ciò, ovviamente, a condizione che l'inesecuzione parziale del contratto non abbia di fatto stravolto l'equilibrio sinallagmatico. Sulla risoluzione parziale del contratto si veda, più ampiamente,

La Corte di Cassazione francese ha sempre tenuto al riguardo un atteggiamento liberale, ammettendo la risoluzione parziale del contratto in quanto essa rientrerebbe pur sempre nel “*pouvoir souverain d’appréciation*” del giudice.

Così «*il appartient aux tribunaux, en cas d’inexécution partielle, d’apprécier souverainement, d’après les circonstances de fait, si cette inexécution a eu assez d’importance pour que la résolution doive être prononcée*»²⁵⁸.

8. La condanna al risarcimento del danno

Vi è un’ulteriore alternativa che consente al giudice di mantenere in vita il contratto e, quindi, di rigettare la domanda di risoluzione, pur ritenendo che il debitore sia effettivamente incorso nell’inadempimento del contratto. Ciò si verifica quando, secondo l’insindacabile giudizio del giudice, la mancata esecuzione della prestazione non sia così grave da provocare lo scioglimento del contratto, come accade, ad esempio, nell’ipotesi di adempimento inesatto, di inadempimento di un’obbligazione accessoria o financo di inadempimento non grave di un’obbligazione essenziale²⁵⁹.

In siffatti casi il giudice può limitarsi a condannare il debitore al risarcimento del danno²⁶⁰, impregiudicato, per il resto, il contratto, con tutti gli obblighi che conseguentemente ne derivano.

Anche in tale ipotesi i poteri del giudice rimangono circoscritti al *petitum* della domanda giudiziale, essendo necessario, ai fini della pronuncia di condanna al

RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, Parigi, 2003. Così Cass. com., 23 marzo 1971; nello stesso senso Cass. com., 12 giugno 2001; Cass. com., 12 novembre 1991.

²⁵⁸ Così si espresse Cass. civ., 14 aprile 1891; Cass. civ., I, 4 gennaio 1995, in *Dalloz*, 1995, p. 405; Cass. civ., III, 7 ottobre 1987 *Bulletin civil*, 1987, III, n. 262.

²⁵⁹ «*Il appartient aux juges du fond d’apprécier si la défaillance du débiteur a assez d’importance pour justifier la résolution, ou si elle ne peut pas être suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts*»; così Cass. Civ., 29 novembre 1865; nello stesso senso Cass. Com., 17 marzo 1992 in *Revue contrats-Concurrence-Consommation*, 1992, n. 93; Cass. Com., 5 febbraio 1991 nella stessa rivista, 1991, n. 73.

²⁶⁰ Cass. com., 19 marzo 2002; Cass. civ., I, 15 luglio 1999; Cass. com., 15 dicembre 1992.

risarcimento del danno, che la richiesta provenga comunque dal creditore.

Analogamente a quanto accade in Francia, anche in Italia si ritiene che il giudice, di fronte ad una domanda di risoluzione con richiesta di risarcimento del danno possa ovviamente limitarsi a condannare il debitore a risarcire il danno subito.

La condanna al risarcimento presuppone, comunque, nel giudice francese, così come in quello italiano, la valutazione positiva circa la sussistenza del pregiudizio invocato dall'attore.

9. La condanna all'adempimento

Ma i poteri riconosciuti all'autorità giudiziaria vanno ancora oltre.

Si è giunti, infatti, ad attribuire al giudice investito della causa il potere di condannare il debitore all'adempimento forzoso del contratto pur in assenza di una domanda in tal senso del creditore e di un'offerta della prestazione da parte del debitore²⁶¹.

A siffatto potere si può, tuttavia, obiettare che così decidendo il giudice viene di fatto a modificare l'oggetto della domanda e a violare, conseguentemente, sia l'art. 1184, II comma *Code civil*, che riserva al creditore l'esercizio dell'opzione tra richiesta di risoluzione e domanda di esecuzione del contratto, sia l'art. 4 del novo codice di procedura civile francese in tema di indisponibilità dell'oggetto del giudizio, secondo il quale “*l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties*”, nonché l'art. 5 dello stesso codice, il quale dispone che “*le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé, et seulement sur ce qui est demandé*”.

²⁶¹ In tal senso si è espressa la quasi totalità della dottrina; si vedano, tra i tanti, DEPRez, *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français* in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations, Travaux de l'association Henry Capitant*, XVII, Parigi, 1964, p. 50 ss.; ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, tesi, Parigi, 1974, p. 182; GROSSER, op. cit., p. 770 ss.; in senso contrario al potere del giudice di imporre l'adempimento forzoso pur in mancanza di qualsiasi interesse manifestato in tal senso dal creditore: VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles-Parigi, 2001, p. 167 ss.

Non pare esservi dubbio che così disponendo il giudice travalichi i limiti del *petitum* della domanda giudiziale.

E se è vero che lo stesso accade anche nell'ipotesi di concessione del *délai de grâce*, è anche vero che in detta ipotesi (e solo in essa) il superamento dell'oggetto della domanda trova la propria giustificazione causale nel testo normativo.

Né può contribuire a giustificare detto potere la circostanza che esso sarebbe limitato alle sole ipotesi in cui il giudice stimi ancora possibile ed eventualmente utile per il creditore l'esecuzione della prestazione promessa.

Detto potere non solo non trova il proprio fondamento in alcuna norma di legge, ma provoca, per di più, lo spostamento dell'opzione di cui all'art. 1184 *Code civil* dal creditore al giudice, con conseguente violazione della norma stessa.

Ciononostante, la Corte di Cassazione si è più volte espressa in senso favorevole alla condanna all'esecuzione forzata pronunciata dal giudice *ultra petita*²⁶².

Detto superamento è stato giustificato, perlopiù dalla dottrina processualistica, con il ricorso ad un concetto particolarmente ampio di "oggetto del giudizio".

Si è, infatti, affermato che "*l'objet de la demande n'est pas à proprement parler la résolution sollicitée, mais la sanction de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse du contrat*"²⁶³.

Il che equivale a dire che ciò che caratterizza il giudizio non è tanto l'oggetto della domanda inteso in senso stretto, quanto piuttosto la finalità, l'obiettivo per cui si intraprende il procedimento.

Con la conseguenza che non vi sarà alcuna violazione del principio della indisponibilità dell'oggetto ad opera del giudice ogniqualvolta l'obiettivo da raggiungere consista nel

²⁶² Cass. com., 16 giugno 1987, in *Bulletin civil*, IV, 1987, n. 185.

²⁶³ NORMAND, *Office du juge, Détermination des éléments de l'instance. Les parties. L'objet du litige* in *Juris Classeur procédure civile*, 1978, fasc. 151, n. 99; si vedano anche BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix de plaideur*, Parigi, 1988, p. 219; PANCRAZI-TIAN, op. cit., p. 273.

sanzionare l'inadempimento o l'inesatto adempimento del debitore ovvero nel "rétablissement de l'équilibre contractuel".

In altri termini, si afferma che quali che siano gli oggetti specifici delle domande proposte, la risoluzione, l'adempimento o anche il risarcimento del danno, esse sono, comunque, dirette all'ottenimento del medesimo risultato, consistente o nel reagire alla perpetrata violazione delle norme contrattuali da parte del contraente inadempiente o nel ridare equilibrio all'accordo che l'abbia perso a causa dell'inadempimento di una delle parti²⁶⁴.

La bontà di quanto sopra esposto dipende, ovviamente, dal significato e dall'ampiezza che si intendono riconoscere al concetto di "oggetto del giudizio", perché se è vero che il fine ultimo del giudizio instaurato *ex art. 1184 Code civil* consiste nel ricreare un equilibrio venuto meno a causa dell'inadempimento, è anche vero – così come è vero nel nostro ordinamento giuridico - che solo la domanda di adempimento tende a ricreare l'equilibrio contrattuale, proponendosi, al contrario, la richiesta di risoluzione di ridare vita all'eventuale equilibrio esistente prima della conclusione del contratto, anche se in tal caso, più che di equilibrio, si dovrebbe semplicemente parlare di ritorno allo *status quo ante*.

Anzi, più esattamente, come già osservato a proposito del diritto italiano, se proprio si vuole riconoscere alla risoluzione una funzione connessa all'equilibrio, a parere di chi scrive si dovrebbe piuttosto sostenere che la finalità ultima del rimedio risolutorio non è il ripristino della situazione equilibrata quale esistente *ab origine* nel contratto sinallagmatico, quanto, piuttosto, il mero venir meno del sopravvenuto disequilibrio.

Ciò tanto più vero se si pensa che in Francia così come in Italia il ripristino

²⁶⁴ MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, tesi, Parigi, 1977, p. 276; ATIAS, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, Aix-en-Provence, 2003, p. 153, il quale precisa che «la mission du juge saisi en cas d'inexécution du contrat...est de rétablir l'équilibre caractéristique du contrat conclu, et qui aurait dû être instauré entre les parties à la suite de son exécution».

dell'equilibrio antecedente la conclusione del contratto può richiedere il verificarsi di un evento che va oltre lo scioglimento del vincolo e che consiste nella restituzione dell'eventuale prestazione già eseguita dal contraente non inadempiente.

Vero è, inoltre, che se la giustificazione del potere del giudice di decidere *ultra petita* risiedesse effettivamente nella comune funzione riequilibratrice riconosciuta alla domanda di adempimento come a quella di risoluzione, detto potere dovrebbe riconoscersi anche nell'ipotesi opposta in cui il creditore attore abbia agito per ottenere l'esecuzione forzata del contratto; il che, tuttavia, come si dirà nei prossimi paragrafi, non accade.

10. I principi sottesi alla facoltà del giudice di decidere *ultra petita*

Il superamento da parte del giudice della domanda di risoluzione proposta dal contraente non inadempiente, secondo la giurisprudenza di legittimità d'oltralpe, si giustificerebbe alla luce di quel “*pouvoir souverain d'appréciation*” che tradizionalmente si riconosce in capo all'organo giudicante nell'ambito di applicazione dell'art. 1184 e che va di pari passo con il carattere di rimedio straordinario pacificamente riconosciuto alla risoluzione.

Ed infatti, il giudice, oltre a dover valutare la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge per la pronuncia di scioglimento, deve anche valutarne l'opportunità, con la conseguenza di poter rigettare la domanda, quand'anche fondata, semplicemente perché inopportuna²⁶⁵.

In tale modo, tuttavia, si dimentica che il detto “*pouvoir souverain d'appréciation*” trova comunque la propria fonte normativa e, con essa, i propri limiti applicativi nel

²⁶⁵ Così STARCK, ROLAND, BOYER, *Droit civil, Obligations, Contrat*, II, Parigi, 1998, n. 1929; in senso conforme in giurisprudenza Cass. civ., III, 19 marzo 1986, *Bulletin civil*, 1986, III, n. 32.

testo dell'art. 1184 *Code civil* e non può, pertanto, spingersi fino al punto tale da travalicare e violare le prescrizioni di tale norma.

Così, secondo la Suprema Corte francese la «*Cour d'Appel a pu prescrire l'exécution avec dommages-intérêts et n'a fait qu'user de son pouvoir souverain en prononçant une astreinte aux fins d'assurer ladite exécution*»²⁶⁶.

L'ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice va di pari passo con il riconoscimento²⁶⁷ in capo al debitore del potere di bloccare la domanda attorea con l'offerta della prestazione non ancora adempiuta.

Trattasi, come sopra visto, di una facoltà riconosciuta in capo al debitore convenuto sia nel corso del giudizio di primo grado che, successivamente, in grado d'appello, fintantoché non sia intervenuta una pronuncia definitiva.

Detta possibilità, seppur non espressamente riconosciuta dall'art. 1184 *Code civil*, viene ricondotta alla disposizione di cui al terzo comma della suddetta norma, relativa al «*délai de grâce*»²⁶⁸.

Si ritiene, infatti, che, così come al giudice spetta il potere di concedere al debitore un termine per l'adempimento, quest'ultimo possa decidere di propria iniziativa di adempiere spontaneamente.

In verità, anche detta possibilità riconosciuta in capo al debitore risulta perfettamente in linea con la più ampia tendenza della dottrina e della giurisprudenza d'oltralpe a considerare la risoluzione come un rimedio straordinario e sussidiario, destinato a

²⁶⁶ Cass. com., 24 aprile 1972; in *Bulletin civil*, IV, 1972, n. 117; nello stesso senso Cass. com., 16 giugno 1987, in *Bulletin civil*, IV, 1987, n. 185. In tale ultima fattispecie la Corte ha affermato che «*les juges du fond...ne modifient pas l'objet de la demande tendent à l'une de ces fins (n.d.r. résolution o résiliation) lorsqu'ils prescrivent l'exécution*».

²⁶⁷ La possibilità per il debitore di offrire in corso di causa la prestazione non ancora eseguita viene pacificamente riconosciuta sia in giurisprudenza che in dottrina. In giurisprudenza, fra le tante, Cass. civ., I, 24 febbraio 1970 in *Bulletin civil*, 1970, I, n. 67; per i contributi della dottrina si veda sub nota 212.

²⁶⁸ Favorevole al riconoscimento al debitore del potere di bloccare la domanda di risoluzione mediante l'offerta di adempiere era già LEPETIER, op. cit., p. 48 ss.; detta soluzione, secondo l'autore si impone per il solo fatto del carattere giudiziario della risoluzione, comportando esso la sussistenza del contratto fino alla pronuncia di scioglimento.

cedere il passo di fronte alla possibilità di conservazione del contratto, sia che essa provenga dal giudice attraverso la concessione al debitore di un termine per adempiere, sia che provenga direttamente da quest'ultimo con l'offerta della prestazione.

Anche in tale seconda ipotesi il ruolo dell'autorità giudiziaria diventa, comunque, fondamentale, in quanto spetta pur sempre al giudice valutare l'opportunità dell'offerta avanzata dal debitore e la sua idoneità a soddisfare l'interesse del creditore.

La possibilità dell'offerta della prestazione nel corso del giudizio emerge, inoltre, dalla considerazione che la risoluzione interviene solo per effetto della pronuncia del giudice e solo in tale momento, con la conseguenza che durante il corso del processo il contratto non può che considerarsi esistente ed operante, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Quanto sopra comporta che, in mancanza di una norma analoga al nostro III comma dell'art. 1453 c.c., volta cioè a bloccare qualsiasi iniziativa derivante dal debitore, nulla potrà impedire al medesimo di adempiere, ancorché in ritardo, la prestazione dedotta nel contratto ancora in essere e pienamente efficace²⁶⁹.

Ne consegue che, a differenza di quanto accade nel nostro ordinamento giuridico, il comportamento tenuto dal debitore nel corso del procedimento diventa fondamentale per valutare la sussistenza dei requisiti richiesti ai fini della risoluzione e, quindi, per valutare la fondatezza della relativa domanda²⁷⁰.

In altri termini, la soluzione cui nel nostro sistema taluno giunge attraverso la forzatura del dato normativo, ritenendo che la valutazione del comportamento assunto dal

²⁶⁹ Così, espressamente, la Corte di Cassazione francese «*qu'aux termes de l'article 1184 du Code civil, la résolution d'un contrat synallagmatique n'a pas lieu de plein droit;...que, tant qu'elle n'a pas été définitivement prononcée, il peut encore, selon les circonstances, être exécuté valablement; que, par conséquent, le juge, en présence d'offres réelles faites en cours d'instance par le débiteur...sont ou non de nature à constituer une exécution qui fasse obstacle à la résolution demandée*» in Cass. civ., 27 marzo 1911.

²⁷⁰ Tra le tante Cass. civ., III, 4 gennaio 1995, in *Bulletin civil*, I, 1995, n. 1; Cass. civ., III, 5 maggio 1993 in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1994, p. 353 con nota di MESTRE; Cass. civ., III, 22 marzo 1983 in *Bulletin civil*, 1983, III, n. 84.

debitore nel corso del giudizio sia improntata ad esigenze di equità, nel sistema del diritto francese deriva semplicemente da un'attenta analisi del testo legislativo, unitamente alla considerazione della perdurante vigenza del contratto.

A parere di chi scrive non vi è dubbio che l'ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice si scontri con la facoltà d'opzione concessa al creditore *ex art. 1184 Code civil*; ciò nel senso che la prima, in un certo qual modo, toglie importanza e può giungere a snaturare la seconda.

La circostanza che il giudice possa accordare un termine per l'adempimento e, quindi, consentire al debitore di adempiere nonostante la richiesta di risoluzione avanzata dal creditore o, ancora, la circostanza che il giudice possa accogliere l'offerta di adempimento fatta dal debitore nel corso del giudizio, per non tacere della facoltà del giudice di condannare *sic et simpliciter* il debitore all'adempimento o di "rimaneggiare" il contratto eventualmente accordando una risoluzione parziale, non fanno altro che indebolire il potere riconosciuto al creditore dall'art. 1184 *Code civil*.

Il tutto sembra inserirsi nel solco di un *favor debitoris* particolarmente radicato nell'ambito del singolo giudizio.

Detto *favor* è stato spinto fino al punto di ritenere che il debitore inadempiente, nel corso dell'intero giudizio e fino a quando lo stesso non sia terminato con una sentenza passata in giudicato, sarebbe titolare di un "*droit à l'exécution*"²⁷¹.

In senso critico a siffatto riconoscimento in capo al debitore si è detto che esso concretamente sposta l'opzione di cui all'art. 1184 *Code civil* dal creditore attore al debitore convenuto, svuotando, conseguentemente, di contenuto la stessa norma.

Se ciò è sicuramente vero, è altrettanto vero che, in mancanza di un divieto normativo espresso di adempiere, nulla può di fatto impedire al debitore di offrire l'esecuzione

²⁷¹ Per primo, in tal senso, si espresse il Tribunale di Seine, 17 dicembre 1898 in *Gazette Palais*, 1899, 1, p. 12.

della prestazione ancora possibile, spettando, comunque, al giudice di valutare l'opportunità e la convenienza dell'offerta.

Ciò comporta che la presenza di un'offerta del debitore non impedisce all'autorità giudicante di pronunciare ugualmente la risoluzione, qualora ritenga che essa non sia sufficiente o comunque idonea a soddisfare le ragioni del creditore²⁷².

E' anche vero che l'inizio e lo sviluppo del procedimento nulla tolgono e nulla aggiungono alla forza vincolante del contratto che ne sta alla base, la quale permane fino all'eventuale passaggio in giudicato della sentenza di risoluzione.

Quanto sopra appare evidentemente il logico corollario del fatto che la risoluzione del contratto interviene solo con la sentenza, alla quale va, pertanto, necessariamente riconosciuta efficacia costitutiva²⁷³.

Ma a ben vedere tutto l'impianto dell'art. 1184 *Code civil*, vale a dire il diritto d'opzione riconosciuto al creditore sia prima che nel corso del processo, il potere del giudice di condannare il debitore all'adempimento pur in presenza di una domanda di risoluzione e la possibilità del debitore di offrire l'adempimento della prestazione, rappresentano la logica conseguenza del carattere costitutivo da riconoscersi alla pronuncia del giudice.

Quanto sopra porta la dottrina e la giurisprudenza francesi a non dubitare, come invece accade nel nostro paese seppure ad opera di una dottrina minoritaria, del carattere costitutivo e non meramente dichiarativo della sentenza di risoluzione del contratto per inadempimento.

Alla luce di quanto esposto, con particolare riferimento agli ampi poteri concessi al

²⁷² Così ha deciso Cass. civ., III, 8 dicembre 1993; in senso conforme Cass. civ., III, 4 maggio 1994 in *Bulletin civil*, 1994, III, n. 84; Cass. civ., III, 22 gennaio 1992 in *Revue loyers*, 1992, p. 191; nel senso invece che l'offerta del debitore paralizza necessariamente la domanda di risoluzione nella vigenza della forza obbligatoria del contratto, soprattutto in passato, Cass. civ., I, 18 luglio 1973, in *Bulletin civil*, 1973, I, n. 25, citata da PANCRAZI-TIAN, op. cit., p. 275; nello stesso senso in dottrina VINEY, op. cit., p. 68 ss.

²⁷³ Sulla natura necessariamente costitutiva della sentenza di risoluzione si veda GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Parigi, 2007, p. 119 ss.

giudice nonché alle facoltà riconosciute al debitore, è lecito chiedersi se l'opzione tra risoluzione ed esecuzione accordata al creditore *ex art. 1184 Code civil* possa effettivamente considerarsi tale o se essa non finisca piuttosto con l'essere "annacquata" al punto da non potersi più ricondurre ad una facoltà di scelta reale del creditore.

Così, adottata la via della risoluzione, il contraente fedele sa che la sua scelta ben potrebbe non essere "ratificata" dal giudice, che potrebbe "optare" per una strada alternativa, quale potrebbe essere il mantenimento in vita del contratto o il suo scioglimento parziale.

In tale modo il risultato che si ottiene è quello di spostare l'opzione dal creditore al giudice, svuotando di significato l'art. 1184 *Code civil*.

Ma se il risultato cui il legislatore voleva arrivare fosse stato effettivamente questo, ben avrebbe potuto prevederlo espressamente in una norma di legge²⁷⁴.

In altri termini, l'allargamento dei poteri del giudice finisce con l'attribuire alla facoltà di scelta del creditore un carattere meramente "preliminare" di cui non vi è alcuna traccia nella disposizione in oggetto e che per questo, forse, travalica l'intenzione originaria del codificatore²⁷⁵.

I limiti che dottrina e giurisprudenza hanno introdotto alla portata e all'importanza dell'opzione del creditore derivano, a parere di chi scrive, ancora una volta, anche e soprattutto dal rapporto di supremazia gerarchica che si tende a ritenere esistente tra adempimento forzoso e risoluzione per inadempimento²⁷⁶.

²⁷⁴ In senso contrario all'opinione dominante volta ad ampliare i poteri spettati al giudice, in quanto in netto contrasto con quanto disposto dall'art. 1184 si vedano MAZEAUD et CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, III, 1, Parigi, 1983, p. 622; in giurisprudenza Cass. civ., I, 4 gennaio 1965 in *Bulletin civil*, 1965, I, n. 9; nel senso, invece, di riconoscere al giudice ampi poteri si è invece espressa Cass. com., 16 giugno 1987 e Cass. com., 24 aprile 1972.

²⁷⁵ La discrasia tra «*l'optique légale*» e la «*perspective jurisprudentielle*» è messa in luce da MOREAU-MARGREVE, in nota a Tribunale di Liège, 2 gennaio 1967 in *Journal des Tribunaux*, 1968, p. 241 ss; così anche BUSSY-DUNAUD, op. cit., n. 458.

²⁷⁶ Nel senso della sussistenza di un rapporto gerarchico non solo tra risoluzione ed esecuzione, ma anche tra risoluzione ed i rimedi comunque in grado di assicurare la conservazione totale o parziale del vincolo contrattuale si veda BUSSY-DUNAUD, op. cit., n. 595; ROUJOU DE BOUBEE, op. cit., p. 178; meno

In altri termini, se si ritiene che la risoluzione debba sempre cedere il passo di fronte all'interesse di conservazione del contratto, in quanto considerato prevalente, ed alla possibilità di ottenere detto risultato, allora diventa facile ammettere che la domanda del contraente non inadempiente possa essere disattesa dal giudice.

Per tale via anche il cosiddetto “*pouvoir souverain*” riconosciuto all'organo giudicante diventa la logica conseguenza del rapporto gerarchico esistente fra i due rimedi.

I sostenitori del suddetto rapporto e, quindi, del carattere subsidiario del rimedio risolutorio, ritengono che lo stesso abbia pur sempre una base innegabilmente legislativa, individuata nell'art. 1184, III comma *Code civil* e nel potere del giudice di concedere al debitore il “*délai de grâce*”²⁷⁷.

E', tuttavia, legittimo chiedersi se il carattere di *ultimum subsidium* riconosciuto alla risoluzione trovi effettivamente la propria base nella norma di legge o se non debba, piuttosto, ricondursi ad un certo atteggiamento assunto dalla giurisprudenza²⁷⁸ o, ancora, ai principi propri del diritto privato francese.

La lettura dell'art. 1184 non sembra di fatto portare ad attribuire al rimedio detta caratteristica, limitandosi la norma a riconoscere al creditore, in presenza del medesimo presupposto, l'inadempimento della controparte, la possibilità di ottenere due diversi effetti giuridici, la cui scelta gli compete in via esclusiva, senza che l'organo giudicante possa in alcun modo interferire su di essa.

Che la giurisprudenza abbia per contro contribuito al sorgere di un rapporto di supremazia gerarchica dell'esecuzione forzosa rispetto alla risoluzione vi è traccia nelle sentenze rese dai giudici in materia di presupposti del rimedio risolutorio.

Infatti, pur in assenza di una qualsiasi norma di legge che richiedesse, oltre

recentemente CASSIN, op. cit., p. 161; in senso contrario, invece, TALLON, *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation* in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1994, p. 235; LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Parigi, 2004, p. 298.

²⁷⁷ Così PANCRAZI-TIAN, op. cit., p. 12.

²⁷⁸ GROSSER, op. cit., p. 775 ss.

all'inadempimento del contraente, altri particolari requisiti, la giurisprudenza di legittimità è giunta a subordinare la pronuncia di scioglimento alla valutazione da parte del giudice dell'importanza e della gravità dell'inadempimento quali presupposti necessari ai fini risolutivi²⁷⁹.

Per tale via, a ben vedere, anche il potere del giudice finisce con l'essere assoggettato alla considerazione del rapporto gerarchico esistente tra i due rimedi.

Ma allora delle due l'una: o si dice che l'opzione incontra un limite invalicabile nel "*pouvoir souverain d'appréciation*" del giudice, oppure si afferma che essa incontra il proprio limite nel carattere sussidiario della risoluzione che, in quanto tale, deve sempre cedere il passo di fronte alla preminente esigenza di conservazione dell'accordo.

Seguendo tale seconda ipotesi si giunge ad affermare che anche il potere del giudice deve sottomettersi al principio del rapporto gerarchico e non può più, per ciò stesso, definirsi quale potere sovrano²⁸⁰.

Quanto sopra si giustifica, come già accennato, anche alla luce dell'esistenza nell'ambito del singolo giudizio del principio di tutela delle ragioni debitorie.

Detta esigenza, rinvenibile oltre che nel testo legislativo in oggetto, anche nell'intenzione e nelle soluzioni degli studiosi e dei giudici d'oltralpe, pare molto più marcata in Francia di quanto non sia nel nostro diritto positivo e negli orientamenti della dottrina e giurisprudenza italiane.

Trattasi, tuttavia, a ben vedere, di un *favor debitoris* che sussiste a condizione che il debitore convenuto abbia interesse alla conservazione del vincolo contrattuale.

Ben potrebbe darsi, infatti, che il contraente infedele non sia interessato alla permanenza

²⁷⁹ A tal riguardo si veda *sub* note 227 e 228. Nel senso che il rapporto di gerarchia si deve fondamentalmente all'atteggiamento della giurisprudenza in materia di requisiti della risoluzione RIGALLE-DUMETZ, op. cit., Parigi, 2003, n. 238.

²⁸⁰ Chiaro in tal senso MESTRE, secondo il quale il giudice tendeva «à ne pas conférer aux éventuelles inexécutions commises par l'une des parties la force de libération qu'elles devraient entraîner pour l'autre si l'on suivait les directives du Code civil», in *Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat*, cit., p. 97.

del vincolo e che, anzi, abbia già eseguito *aliunde* la prestazione originariamente promessa o che, semplicemente, abbia cambiato idea e non intenda più eseguire la prestazione.

In siffatte ipotesi non vi è, evidentemente, alcuna ragione per potersi parlare di *favor debitoris*, posto che il giudice, concedendo il “termine di grazia” o semplicemente condannando il debitore ad adempiere, potrebbe andare contro l’interesse del contraente infedele.

Sembrerebbe allora doversi parlare piuttosto di un *favor* per la conservazione degli effetti del vincolo contrattuale o per la stabilità e la sicurezza dei traffici giuridici ed economici.

Ma per tale via si ritorna, ancora una volta, al principio della supremazia del rimedio dell’adempimento forzoso sul rimedio risolutorio e, quindi, alla constatazione del carattere di *ultimum subsidium* proprio della risoluzione.

Detto principio, come già si è accennato, non costituisce caratteristica peculiare del diritto francese, in quanto lo si rinviene sia nell’ordinamento giuridico italiano che a livello europeo.

In particolare, nel diritto italiano la conservazione del contratto assurge a principio anche se di essa non sembra esservi traccia nel tenore letterale dell’art. 1453²⁸¹ c.c.

Basta, comunque, una lettura anche superficiale delle norme in materia di contratti per rendersi conto della sussistenza del principio della conservazione del contratto.²⁸²

Ad analoga conclusione si giunge anche a livello di codificazione europea, partendo dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili sino a

²⁸¹ Nel quale potrebbe anzi *prima facie* ritenersi valido il principio opposto, considerato che la norma ammette il passaggio dalla domanda di adempimento a quella di risoluzione e non viceversa.

²⁸² A titolo meramente esemplificativo si pensi alla conservazione del contratto in sede di interpretazione di cui all’art. 1367 c.c., agli articoli in tema di nullità dei contratti, tra i quali presentano un’indubbia funzione conservatrice l’art. 1419 (nullità parziale) e l’art. 1424 (conversione del contratto nullo), all’art. 1444 c.c. relativo alla convalida del contratto annullabile, all’art. 1459 c.c., il quale, in materia di contratti plurilaterali, limita la risoluzione alla parte inadempiente, salvi i rapporti contrattuali delle altre parti.

giungere ai principi Unidroit.

Ma le conclusioni cui si è giunti in merito al rapporto tra adempimento e risoluzione per inadempimento trovano piena applicazione fintantoché ci si trova nell'ambito dello stesso grado di giudizio; cominciano invece a vacillare qualora si ammetta, come effettivamente accade e come meglio si vedrà nei prossimi paragrafi, il passaggio non solo dalla domanda di risoluzione alla domanda di adempimento, ma anche dalla domanda di adempimento alla richiesta di scioglimento del contratto, successivamente alla pronuncia della sentenza ed anche dopo il suo passaggio in giudicato.

Interverranno, allora, come vedremo, anche altre esigenze ed altri principi.

11. I più limitati poteri concessi al giudice nell'ambito del giudizio di adempimento

I poteri concessi al giudice risultano molti più limitati nell'ipotesi in cui il creditore abbia optato per la richiesta di adempimento del contratto.

L'opinione costantemente espressa²⁸³ secondo la quale l'autorità giudiziaria deve facilitare la conservazione del contratto ed il raggiungimento degli obiettivi ivi previsti ha portato a ritenere che il giudice debba sempre accogliere la domanda di esecuzione forzata, ovviamente previa verifica della sua fondatezza, salva l'ipotesi in cui l'adempimento appaia giuridicamente ovvero materialmente impossibile.

La tendenza a favorire la conservazione del contratto risulta anche dal tentativo di applicare all'ipotesi in esame, a prescindere dall'oggetto della prestazione dovuta e non eseguita, la norma di cui all'art. 1244, I comma *Code civil*, che attribuisce al giudice la

²⁸³ Così GROSSER, op. cit., p. 715 ss.; MESTRE, *De l'exécution forcée du contrat* in *Revue trimestrelle du droit civil*, 1986, p. 746; BUSSY-DUNAUD, op. cit., p. 160; FONTAINE, *La mise en oeuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles-Parigi, 2001, p. 13; MIGUET, op. cit., p. 276; in giurisprudenza, nello stesso senso, Cass. civ., I, 22 maggio 1981; Cass. civ., I, 13 marzo 1963, in *Bulletin civil*, I, 1963, n. 157.

facoltà di concedere al debitore in difficoltà un *délai de grâce*²⁸⁴ per l'esecuzione della prestazione.

Ne consegue che il termine di grazia potrà essere concesso dal giudice non solo in caso di domanda di risoluzione, ma anche nell'ipotesi in cui il creditore attore abbia agito per ottenere l'adempimento del contratto.

In tale seconda fattispecie non è mai consentito al giudice di pronunciare lo scioglimento dell'accordo, tornando in tal modo ad avere pieno valore il principio secondo il quale l'autorità giudiziaria non può pronunciare *ultra petita*.

Qualora la prestazione risulti impossibile, tuttavia, il giudice, rigettata la domanda di adempimento, dovrà valutare a quali conseguenze detta impossibilità possa portare e occuparsi, quindi, delle sorti del contratto.

A tal riguardo si ritiene perlopiù che, non potendo il contratto sinallagmatico divenire per ciò stesso unilaterale, l'unica soluzione accoglibile sia la dichiarazione di risoluzione del medesimo.

Si tratterà, ad ogni modo, non di risoluzione per inadempimento, bensì di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, in ordine alla quale si discute circa l'applicabilità dell'art. 1184 *Code civil* ovvero della cosiddetta teoria "*du risque*"²⁸⁵.

Di risoluzione per inadempimento potrà, al contrario, nuovamente parlarsi nell'ipotesi in cui il giudice accolga la domanda riconvenzionale di risoluzione proposta dal convenuto²⁸⁶.

Anche la circostanza che, contrariamente a quanto accade nell'ipotesi di esercizio dell'azione di risoluzione, il giudice non possa ignorare la richiesta di adempimento avanzata dal creditore, pronunciando lo scioglimento del contratto, viene perlopiù

²⁸⁴ Dispone tale norma che «*Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues*».

²⁸⁵ Si veda quanto già detto a proposito al paragrafo 3 del presente capitolo.

²⁸⁶ Cass. com., 17 marzo 1998, in *Bulletin civil*, 1998, IV, n. 105.

giustificata alla luce del carattere sussidiario della risoluzione²⁸⁷.

Se il creditore ha optato per l'esecuzione forzata del contratto e, quindi, per il rimedio "gerarchicamente" superiore, ciò è di per se stesso sufficiente per impedire al giudice il passaggio al rimedio di "rango inferiore".

Ne consegue che in detta fattispecie, contrariamente alla precedente, l'opzione del creditore rimane effettivamente tale e non finisce con il piegarsi di fronte al prevalente "pouvoir souverain" del giudice; il che equivale a dire che in detta ipotesi il giudice non dispone di un potere effettivamente sovrano.

Allo stesso risultato si può, tuttavia, pervenire anche senza scomodare i principi e le caratteristiche del rimedio risolutorio, ma semplicemente applicando quanto previsto agli artt. 4 e 5 del nuovo codice di procedura civile francese in materia di indisponibilità dell'oggetto del giudizio da parte del giudice²⁸⁸.

12. Il rapporto tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione del contratto per inadempimento e il "diritto di pentimento"²⁸⁹ nel diritto francese

Il punto di partenza per l'analisi del rapporto tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione non può che essere la constatazione del silenzio del legislatore francese sull'argomento, limitandosi l'art. 1184 *Code civil* ad attribuire alla parte non inadempiente la scelta tra l'uno e l'altro dei due rimedi, senza nulla aggiungere²⁹⁰.

²⁸⁷ GROSSER, op. cit., p. 774.

²⁸⁸ Secondo l'art. 4 "l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties", mentre secondo l'art. 5 "le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé, et seulement sur ce qui est demandé".

²⁸⁹ L'espressione è di CROME, op. cit., p. 159.

²⁹⁰ Ci si può chiedere se a monte, vale a dire al momento della conclusione del contratto, il creditore possa rinunciare all'esercizio dell'opzione accordatagli. In verità detta rinuncia può assumere una doppia veste: può essere intesa come rinuncia ad uno soltanto dei due rimedi astrattamente utilizzabili, ovvero ad entrambi. Per una disamina della questione della rinuncia anticipata all'opzione nei termini sopra indicati si vedano GROSSER, op. cit., p. 634 ss., WEILLER, *La liberté procédurale du contractant*, Parigi, 2004, p. 58 e LEPELTIER, op. cit., p. 230.

Quanto alla natura giuridica del *droit d'option* tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione che la norma attribuisce al creditore, esso viene fatto perlopiù rientrare, analogamente a quanto si è visto nel nostro ordinamento giuridico, nella categoria del *droit potestatif*, trattandosi di una scelta avente ad oggetto una situazione giuridica che la parte non inadempiente è in grado di modificare senza bisogno di alcun apporto della controparte, che dovrà necessariamente subire la scelta effettuata senza poter in alcun

Si tende perlopiù, ed a ragione, a negare l'ammissibilità della seconda ipotesi per il semplice motivo che essa di fatto snaturerebbe il contratto, sia perché gli toglierebbe la forza obbligatoria che gli è propria, sia, soprattutto, perché eliminerebbe proprio quell'equilibrio che vi sta alla base e che penetra nella giustificazione causale del contratto. Si otterrà, quale effetto aberrante, un accordo claudicante, nel senso che il contraente rinunciatario dovrà eseguire la propria obbligazione, senza poter pretendere in cambio, in caso di inadempimento della controparte, né l'esecuzione forzata né la risoluzione del contratto. Alcun rapporto sinallagmatico in verità verrebbe mai in essere, con la conseguenza di trovarsi di fronte ad un contratto che risulta *ab origine* privo di qualsiasi giustificazione causale. Né può considerarsi sufficiente la possibilità di ricorrere ad altri rimedi quali il risarcimento del danno, posto che diversi sono gli interessi tutelati con i vari rimedi. Nel senso del venir meno del vincolo sinallagmatico che giustifica il contratto dal punto di vista causale si veda DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, tesi, Aix-Marseille, 1981, p. 203. In giurisprudenza si veda in tal senso Cass. com., 7 marzo 1984 in *Juris Classeur Périodique* 1985, II, n. 10. La soluzione negativa sembra, a ragione, perlomeno secondo chi scrive, imporsi anche nell'ipotesi in cui la rinuncia abbia ad oggetto il diritto di ottenere l'esecuzione del contratto. In tal senso sempre GROSSER, op. cit., p. 638 ss. Vi è, infatti, una evidente incompatibilità tra la conclusione dell'accordo e la rinuncia contestuale ad ottenere la controprestazione. Se si conclude un contratto è proprio per ottenere la prestazione che la controparte si obbliga ad eseguire; al contrario la rinuncia anticipata all'esecuzione dell'altro contraente rende per ciò stesso inesistente detto obbligo, impedendo, in un certo qual modo, al contratto sinallagmatico di nascere e svilupparsi. E' pur vero che, al momento dell'inadempimento ed in conseguenza di esso, il contraente non inadempiente può sempre chiedere la risoluzione del contratto e, quindi, far venir meno il disequilibrio originario, ma è anche vero che fino a tale momento ci si trova di fronte ad un contratto che solo formalmente riveste quel carattere di reciprocità che dovrebbe invece permeare la sua più intima sostanza.

Controversa è anche l'ammissibilità della *rénonciation anticipée* al rimedio risolutorio, impregiudicato il diritto di ottenere l'esecuzione forzata della controprestazione. L'ammissibilità di detta rinuncia veniva ammessa dagli autori meno recenti, allorché il fondamento della risoluzione veniva identificato con il ricorso alla condizione risolutiva sottintesa. Così CASSIN, op. cit., p. 177. Più dubitativa appare la dottrina contemporanea (così, ad esempio, GHESTIN, op. cit., p. 413), la quale arriva talvolta a negare validità alla clausola in oggetto adducendo lo stesso motivo che porta a negare validità alla rinuncia anticipata al diritto di risoluzione, ovverosia l'attentato al rapporto sinallagmatico che deve necessariamente intercorrere tra le prestazioni del contratto.

Ciò anche in considerazione del fatto che la prestazione potrebbe divenire materialmente ovvero giuridicamente impossibile o, ancora, incapace di soddisfare l'interesse del creditore.

In verità ci sembra che l'affermazione suddetta provi troppo, nel senso che ciascun contraente, nel momento in cui conclude il contratto intende "scambiare" la propria prestazione con quella della controparte, mentre nessun ruolo ha nel momento iniziale dell'accordo, in relazione al sinallagma del contratto, il rimedio risolutorio.

E' vero che in caso di rifiuto ad adempiere della controparte, nell'ipotesi di impossibilità concreta di ottenere l'esecuzione forzata ed avendo già adempiuto la propria prestazione, al creditore non resterà che chiedere il risarcimento del danno, senza poter quindi pretendere la restituzione di quanto eseguito; ma è anche vero che si tratta di un'ipotesi estrema, in mancanza della quale il rapporto sinallagmatico proprio del contratto resta immutato.

modo incidere su di essa²⁹¹, salva, ovviamente, la possibilità di difendersi utilizzando gli strumenti processuali a disposizione.

Il silenzio del legislatore induce a ritenere che l'opzione accordata al creditore dalla norma in oggetto possa essere intesa non solo come scelta "preventiva" tra i due rimedi, ma anche come scelta "successiva".

In altri termini, la norma si limita ad affermare che il contraente non inadempiente, posto di fronte all'inesecuzione della controparte, può scegliere se agire per ottenere l'esecuzione forzata ovvero lo scioglimento del contratto.

In mancanza di ulteriori informazioni, nulla impedisce di ritenere che la scelta possa essere compiuta non solo nel momento iniziale, vale a dire al momento di decidere quale dei due rimedi far valere in giudizio, ma anche in un secondo momento, quando, ad esempio, compiuta la prima scelta, questa non abbia portato agli esiti sperati.

Si faccia l'esempio della domanda volta ad ottenere l'esecuzione forzata del contratto, la quale, pur essendo stata accolta dal giudice con apposita sentenza di condanna, non abbia di fatto consentito all'attore di ottenere l'esecuzione della prestazione originariamente dedotta in contratto.

Potrebbe essere, invece, più difficile sostenere la possibilità di una scelta successiva nel caso in cui il creditore abbia inizialmente optato per la risoluzione del contratto, considerato che la sentenza di risoluzione determina per ciò stesso lo scioglimento dell'accordo.

Il silenzio del legislatore sul punto può indurre a ritenere che la scelta, oltre che "preventiva" o "successiva", possa essere compiuta anche *in itinere*, vale a dire nel corso del procedimento instaurato per effetto della scelta originariamente compiuta.

²⁹¹ Il diritto d'opzione è stato definito come «*une prérogative juridique qui permet à son titulaire de pouvoir, par un acte unilatéral de volonté, modifier une situation juridique incertaine, et cela suivant une alternative précise et prévisible*», così NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Parigi, 1967, n. 45.

Tale ampia libertà di scelta appare in linea con il tenore dell'art. 1184 *Code civil* nel quale, a differenza di quanto accade nell'art. 1453 c.c., non vi è traccia di limitazione alcuna all'opzione concessa al contraente non inadempiente.

Da quanto sopra emergono le numerose possibilità di interpretazione offerte dal dato normativo, offerte che si tratterà ora di vagliare anche alla luce dei contributi dottrinali e giurisprudenziali sviluppatasi sull'argomento nel paese d'oltralpe.

Data tale premessa, gli studiosi francesi ritengono che il creditore possa passare da una domanda all'altra previa rinuncia espressa o tacita al diritto azionato *ex art.* 1184, I comma.

Si è, infatti, affermato, che l'aver operato, inizialmente, una scelta, non comporta per ciò stesso l'implicita rinuncia alla scelta opposta, che rimane sempre possibile, previa successiva rinuncia alla soluzione originariamente preferita²⁹².

Esemplare, al riguardo, una recente sentenza della Corte di Cassazione francese, che in certo qual modo riassume l'atteggiamento ampiamente possibilista fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità.

Secondo la terza Sezione civile «*Le contractant victime d'une inexécution a la faculté de modifier son option entre poursuivre soit l'exécution de la vente, soit sa résolution tant qu'il n'a pas été statué sur sa demande initiale par une décision passée en force de chose jugée*»²⁹³.

Al fine di giustificare la suddetta ampia possibilità di sostituzione di una domanda ad un'altra si sono sviluppate diverse teorie, le quali si sono perlopiù proposte di

²⁹² Così in dottrina: WEILLER, op. cit., p. 56 ss.; GHESTIN, op. cit., p. 413; STORCK, op. cit., p. 10; ma già prima LEPELTIER, op. cit., p. 232 ss e LENARD, *Dissertation sur la condition résolutoire tacite*, Parigi, 1878, p. 125. In giurisprudenza nel senso che l'esercizio dell'azione di adempimento non implica rinuncia all'azione di risoluzione: Cass. com., 27 ottobre 1953, in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1954, p. 320 con nota di CARBONNIER, secondo la Corte «*le créancier à qui son titre donne tout à la fois une action en exécution et l'action résolutoire, n'est pas présumé avoir renoncé à celle-ci parce qu'il exerce la première*»; Tribunale di Parigi, 20 dicembre 1968, in *Dalloz*, 1969, p. 33; nel senso invece che l'esercizio dell'azione di risoluzione non implica rinuncia all'azione di adempimento: Cass. civ., 6 gennaio 1932, in *Gazzette Palais*, 1932, 1, p. 546.

²⁹³ Cass. civ., III, 25 marzo 2009, in *Revue Lamy droit civil*, 5, 2009, n. 60.

individuare il fondamento logico-giuridico del suddetto passaggio.

Tale *ratio* viene da taluno individuata nell'interesse privatistico tutelato dalla norma in oggetto²⁹⁴.

Tale sarebbe l'interesse del contraente non inadempiente a ricevere la prestazione promessagli o a liberarsi dal vincolo contrattuale per cercare di ottenere eventualmente *aliunde* ciò che non riesce ad ottenere con il contratto; l'interesse, cioè, a non essere pregiudicato dal comportamento scorretto ed illegittimo posto in essere dalla controparte.

Per tale via si ritiene che, se l'opzione riconosciuta al creditore è posta nel suo esclusivo interesse, non si può poi affermare che essa incontra un limite invalicabile nel fatto di essere stata già esercitata.

Se così fosse, infatti, l'opzione finirebbe con il torcersi contro il soggetto cui la legge l'ha attribuita²⁹⁵.

A ciò si può obiettare che, se è vero che la scelta è evidentemente posta a tutela del creditore, è anche vero che essa rimane tale anche qualora siano posti dei limiti al suo esercizio.

A giustificazione della suddetta ampiezza, la giurisprudenza fa perlopiù riferimento al fatto che le due azioni rappresenterebbero “*sous deux formes différentes l'exercice d'un même droit*”²⁹⁶.

In altri termini, esse mirerebbero allo stesso risultato, vale a dire al soddisfacimento dell'interesse del creditore, ovvero al “*rétablissement de l'équilibre contractuel rompu par l'inexécution*”²⁹⁷, anche se diverse sono le modalità che nei due casi consentono la realizzazione del suddetto interesse.

²⁹⁴ CROME, op. cit., p. 174.

²⁹⁵ Così LEPELTIER, op. cit., p. 233.

²⁹⁶ Cass civ., III, 26 aprile 1989 in *Juris Classeur Périodique*, 1989, IV, 237; nello stesso senso Cass. com., 16 gennaio 2001, in *Juris Classeur Périodique*, 2001, IV, n. 1417.

²⁹⁷ MIGUET, op. cit., p. 147 ss.

Proprio la predetta identità ha portato la giurisprudenza d'oltralpe a riconoscere al cosiddetto "diritto di pentimento" una portata particolarmente ampia, così da arrivare ad ammettere il passaggio dalla risoluzione all'adempimento²⁹⁸ e viceversa²⁹⁹ anche dopo la sentenza di primo grado³⁰⁰ e financo per la prima volta in appello³⁰¹.

A livello processuale la suddetta sostituzione, così come accade nel nostro ordinamento giuridico, si è trovata a dover fare i conti con il divieto di domande nuove in appello.

Stabilisce, infatti, l'art. 564 del nuovo codice di procedura civile francese, analogamente a quanto dispone il nostro art. 345 c.p.c., che in appello non possono proporsi domande nuove.

Che cosa si debba effettivamente intendere con l'espressione "domanda nuova" viene poi delineato, *a contrariis*, dal successivo art. 565 c.p.c. francese.

Secondo tale disposizione «*les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent*».

Si ritiene generalmente che la norma contenga due diverse disposizioni.

Da un primo punto di vista essa sembra consentire il passaggio ad una domanda nuova (perlomeno dal punto di vista formale) quando il cambiamento riguarda il fondamento giuridico della domanda.

Ciò accade quando viene invocata una nuova norma di diritto che però non implica una

²⁹⁸ Cass. com., 16 gennaio 2001 in *Bulletin civil*, IV, n. 10; Cass. civ., III, 26 aprile 1989, in *Juris Classeur Périodique*, 1989, IV, 237.

²⁹⁹ Cass. civ., III, 24 novembre 1993, in R.J.D.A., 1994, n. 139; Cass. com., 23 gennaio 1992 in *Juris Classeur Périodique*, 1992, IV, 827; Cass. civ., I, 29 novembre 1989, in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1990, p. 474 con nota di MESTRE; Cass. civ., III, 2 maggio 1979 in *Juris Classeur Périodique*, 1979, IV, 216; in tale ipotesi, come meglio si vedrà in seguito, si è addirittura giunti ad ammettere il passaggio dall'adempimento alla risoluzione dopo il passaggio in giudicato della sentenza. Nel senso di non ammettere che il passaggio dall'adempimento alla risoluzione possa avvenire in appello si sono invece espresse due sentenze rimaste isolate: Cass. com., 25 novembre 1986, in *Gazette Palais*, 1987, 2, p. 482; Cass. civ., II, 20 novembre 2003 in *Juris Classeur Périodique*, 2004, IV, n. 1059.

³⁰⁰ Cass. civ., III, 24 novembre 1993 in *Revue trimestrelle de droit civil*, 8, 1994, p. 354 con nota di MESTRE.

³⁰¹ Si veda per una rapida disamina della facoltà di scelta concessa al creditore LARROUMAT, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, III, Parigi, 2003, p. 807.

domanda nuova e diversa da quella originaria.

A sostegno di quanto sopra si afferma che la domanda si caratterizza per il suo oggetto, il quale corrisponde all'effetto giuridico che la norma azionata si prefigge di raggiungere. Di conseguenza, ogniqualvolta ci si trova di fronte a norme giuridiche diverse ed alternative, ma tendenti allo stesso effetto giuridico, ancorché legato a presupposti diversi, si ammette che l'attore possa invocare una determinata norma in primo grado e, successivamente, un'altra norma in appello, senza che ciò determini un mutamento della domanda originariamente proposta³⁰².

L'esempio che più facilmente balza alla mente concerne il passaggio dalla domanda di nullità alla domanda di risoluzione e viceversa. Se anche, infatti, i due rimedi si fondano su presupposti giuridici diversi, vale a dire su norme distinte, essi mirano pur sempre allo stesso risultato (o, quantomeno, a risultati sostanzialmente simili), vale a dire al venir meno del vincolo contrattuale.

Lo stesso è a dirsi per la risoluzione giudiziaria e la risoluzione di diritto conseguente all'applicazione di una clausola risolutoria, posto che il risultato cui entrambi i tipi di risoluzione tendono è pur sempre lo scioglimento del vincolo contrattuale, anche se diverse sono le modalità concrete e procedurali che portano ad esso.

Dal secondo punto di vista l'art. 565 del codice di procedura civile francese sembrerebbe comprendere nel suo ambito di applicazione anche l'ipotesi in cui la norma successivamente invocata sia rivolta ad un effetto giuridico simile, ma non identico a quello della norma originariamente invocata.

Anche in tal caso la sostituzione viene ammessa, malgrado l'incontestato carattere nuovo della domanda successivamente proposta, in quanto sostanzialmente tendente alle stesse finalità della domanda iniziale³⁰³.

³⁰² HERON, *Droit judiciaire privé*, Parigi, 2006, p. 454.

³⁰³ Per una più approfondita disamina dell'argomento si veda sempre HERON, op. cit., p. 454

Tale può essere l'esempio del passaggio dalla domanda di "résolution" a quella di "résiliation" del contratto e viceversa, posto che, diversi sono i presupposti giuridici su cui le due azioni si fondano, mentre simili sono i risultati cui esse approdano³⁰⁴.

Sotto tale aspetto, l'ammissibilità del passaggio dalla domanda di adempimento alla domanda di risoluzione e viceversa è stata perlopiù giustificata alla luce della considerazione che detta sostituzione rientrerebbe nell'ambito di applicazione di tale norma, in quanto non determinerebbe il passaggio ad una domanda nuova, così come previsto dall'art. 565 del nuovo codice di procedura civile francese.

La giurisprudenza francese ha infatti sostenuto per un lungo periodo che le due azioni tendevano alla realizzazione dello stesso obiettivo, "*la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat*", ed erano per ciò stesso caratterizzate da una identità di oggetto³⁰⁵.

Trattasi di un orientamento oramai abbandonato, posto che la sussistenza di un pregiudizio in capo al creditore non è richiesta né al fine di ottenere l'esecuzione forzata del contratto, né allo scopo di ottenerne lo scioglimento.

La prova del subito pregiudizio diventa invero necessaria solo qualora il contraente inadempiente si proponga di richiedere altresì o, eventualmente, solo il risarcimento del danno.

Vero è, piuttosto, che le due azioni tendono a risultati contrapposti ed incompatibili quali la conservazione e lo scioglimento del vincolo contrattuale.

Stante quanto sopra sembra che nessuna delle interpretazioni date al disposto dell'art.

³⁰⁴ Si ricorda, a riguardo, che il primo rimedio concerne in generale i contratti sinallagmatici, laddove il secondo è riservato ai contratti sinallagmatici di durata; ne consegue che il risultato cui entrambi i rimedi tendono è lo scioglimento del vincolo contrattuale, mentre diversi sono gli effetti dello scioglimento, *ex tunc* nel primo caso, *ex nunc* nel secondo.

³⁰⁵ In tal senso si sono espresse Cass. civ., I, 23 marzo 1971 in *Bulletin civil*, 1971, n. 97; Cass. civ., II, 29 ottobre 1968 in *Bulletin civil*, 1968, II, n. 257. Ritenerne che la risoluzione così come l'esecuzione forzata tendessero alla riparazione del pregiudizio subito dal creditore portava la giurisprudenza a ritenere che l'interscambiabilità, financo in grado d'appello, sussistesse anche nei confronti della domanda di risarcimento del danno; in tal senso Cass. civ., I, 16 luglio 1965, in *Bulletin civil*, 1965, I, n. 477; Cass. civ., II, 15 giugno 1973.

565 c.p.c. francese sia in grado di giustificare il passaggio dalla domanda di adempimento alla domanda di risoluzione del contratto e viceversa.

Infatti, se anche è vero che esse hanno lo stesso fondamento giuridico, l'art. 1184 *Code civil*³⁰⁶ (il che rappresenta sicuramente un di più rispetto a quanto richiesto dall'art. 565 c.p.c.), è anche vero che difficilmente può essere loro riconosciuta un'identità di fini o, perlomeno, una vicinanza di obiettivi³⁰⁷.

Ma se così è, occorre allora individuare un'altra giustificazione causale al diritto di pentimento *de quo*.

Al riguardo si è giustamente osservato che alla base di ciascuna delle due domande vi è pur sempre un diritto sostanziale, vuoi il diritto ad ottenere l'adempimento della prestazione promessa, vuoi il diritto ad ottenere lo scioglimento del contratto *ex uno latere* inadempito.

Il che equivale ad osservare che la domanda è solo uno degli aspetti del diritto che vi sta alla base.

Partendo da tale presupposto si è affermato che entrambi i diritti in parola e, con essi, le domande che ne derivano, si propongono in realtà lo stesso obiettivo, "*le rétablissement de l'équilibre rompu par l'inexécution*". Per tale via si è, quindi, giunti ad ammettere l'interscambiabilità tra le due domande in considerazione del fatto che non si tratterebbe affatto di domande nuove e diverse, bensì di due diverse facce della stessa medaglia.

Ciò in considerazione del fatto che entrambi i diritti rappresentano la reazione alla sopravvenuta mancanza di equilibrio all'interno del contratto causata dal mancato adempimento di uno dei contraenti³⁰⁸.

Ma se così è, a ben vedere pare nuovamente corretta l'affermazione secondo la quale il

³⁰⁶ Così Cass. civ., I, 4 gennaio 1965 in *Bulletin civil*, 1965, I, n. 9.

³⁰⁷ Sempre secondo HERON, op. cit., p. 454, l'identità di fine tra due domande si ha quando esse conducono sostanzialmente allo stesso risultato "*ce qui revient à dire que l'effet juridique principal de chacune des deux règles doit être concrètement équivalent*"

³⁰⁸ Si veda in tal senso MIGUET, op. cit., p. 150.

passaggio dall'uno all'altro dei due rimedi, in quanto volti alla realizzazione dello stesso obiettivo, si fonderebbe sul disposto dell'art. 565 c.p.c. francese.

Anzi, in tale ipotesi, accanto all'identità di obiettivi vi sarebbe anche l'identità di presupposto giuridico in quanto entrambi fondati sulla stessa norma (l'art. 1184).

Non paiono esservi dubbi, infatti, in relazione all'ampiezza di contenuto e, quindi, all'ambito di applicabilità dell'art. 565 c.p.c., che il medesimo, inserendo nella categoria delle domande non nuove quelle tendenti allo stesso risultato, ancorché fondate su norme diverse, ammetta per ciò stesso che non nuove possano considerarsi anche quelle caratterizzate, oltre che da identità di obiettivi, anche da identità di fondamento giuridico.

A ben vedere quanto sopra detto circa la giustificazione del passaggio ad opera della parte dalla domanda di adempimento alla domanda di risoluzione e viceversa ricalca parzialmente quanto in precedenza esposto a proposito del potere del giudice di condannare all'adempimento pur in assenza di una domanda in tal senso.

Ed infatti, così come la giurisprudenza ha ammesso quest'ultimo potere alla luce del fatto che esso non apporterebbe alcuna novità all'oggetto della domanda, la quale rimarrebbe diretta in senso ampio a recuperare il perduto equilibrio contrattuale, similmente dovrà ammettersi la sostituzione della domanda su iniziativa della parte processuale³⁰⁹.

L'affermazione che riconosce alle due domande il comune obiettivo di reagire alla sopravvenuta mancanza di equilibrio del contratto merita apprezzamento laddove prende in considerazione una funzione comune ascrivibile sia alla risoluzione che all'adempimento.

Trattasi, in verità, di una funzione in un certo qual modo rinvenibile anche in altri rimedi relativi al vincolo contrattuale, quali la rescissione e, sotto un certo aspetto,

³⁰⁹ WEILLER, op. cit., p. 339.

anche il risarcimento del danno.

Il rischio diventa allora quello di “fare di tuttata un’erba un fascio” e di giungere ad ammettere in appello la possibilità di proporre domande veramente nuove che, se da un lato rappresentano pur sempre un modo per reagire ad una ingiustizia verificatasi all’interno del contratto, dall’altro presentano una propria specifica *ratio*, eventualmente diversa da quella della domanda di primo grado.

In altri termini, per tale via il rischio concreto che si corre è quello di svuotare di contenuto e significati l’art. 564 c.p.c francese, giungendo ad ammettere sempre ed in ogni caso una domanda nuova in appello. Il che, a ben vedere, si ripercuote in maniera negativa sul diritto di difesa delle parti e sul diritto all’immutabilità dell’oggetto del giudizio.

Partendo da tale riflessione vi è chi giunge a ritenere che il passaggio dalla domanda di adempimento a quella di risoluzione del contratto e viceversa trovi il proprio fondamento puramente e semplicemente nell’art. 1184 *Code civil*, il quale ammette che due domande fondate sul medesimo presupposto (l’art. 1184), ancorché tendenti a risultati contrapposti (l’esecuzione del contratto una, lo scioglimento dello stesso la seconda), siano sostituibili l’una con l’altra³¹⁰.

Così facendo la norma diventa una sorta di eccezione all’art. 564 c.p.c., in quanto ammette la sostituzione tra domande oltre i limiti delineati dall’art. 565 c.p.c.

Si arriva, per tale via, ad attribuire alla disposizione del *Code civil* francese, similmente a quanto accade per l’art. 1453 c.c., un significato di carattere processuale, vale a dire un valore di mera deroga alle norme processuali in materia di sostituzione delle domande giudiziali.

Vero è che forse tale definizione calza molto meglio alla disposizione francese di

³¹⁰ Sostiene tale opinione GROSSER, op. cit., p. 638 ss; in giurisprudenza Cass. civ., III, 17 giugno 1970 in *Bulletin civil*, III, n. 406.

quanto non si sia visto a proposito della norma del nostro codice civile.

Manca, infatti, all'art. 1184 *Code civil* quell'ampiezza di significato che si è invece riconosciuta all'art. 1453 c.c.

Il tenore letterale della norma non lascia infatti adito ad alcun dubbio circa la sua applicazione ad un ambito meramente processuale.

Il che è facilmente spiegabile con il fatto che mancano nel diritto privato francese tutte quelle fattispecie di risoluzione stragiudiziale del contratto (quali le ipotesi di cui agli artt. 1454, 1456, 1457 c.c.) che caratterizzano invece il nostro ordinamento giuridico e che possono farsi rientrare entro certi limiti nel meccanismo di sostituzione elaborato nell'art. 1453 c.c.

L'unico caso di risoluzione stragiudiziale del contratto legislativamente previsto è, in Francia, quello conseguente all'introduzione nell'accordo di una condizione risolutiva espressa quale disciplinata dall'art. 1183 *Code civil*.

Va da sé allora che alla norma in oggetto non può di certo essere attribuito un significato sostanziale che va oltre e prescinde dalla proposizione di una domanda giudiziale, analogo a quello che si è riconosciuto all'art. 1453, II comma c.c.

La mancanza di ipotesi di risoluzione stragiudiziale del contratto viene tra l'altro vissuta nel paese d'oltralpe come una vera e propria lacuna normativa alla quale si sta tentando di porre rimedio con la predisposizione di progetti di riforma che, senza nulla togliere alla *résolution judiciaire*, prevedono l'introduzione nell'ordinamento giuridico francese di una risoluzione stragiudiziale unilaterale ad opera del creditore³¹¹, elaborata sulla

³¹¹ Sul progetto di riforma si vedano ROCHFELD, *Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat: la subjectivation du droit de l'exécution*, in *Revue des contrats*, 1, 2006, p. 113; il quale riporta il testo dell'art. 1158, comma I dell'*avant-projet* Catala, secondo il quale «*dans tout contrat, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, a le choix ou de poursuivre l'exécution de l'engagement ou de réclamer des dommages-intérêts pour inexécution ou de provoquer la résolution du contrat*», aggiungendo al II comma che «*quand il opte pour la résolution, le créancier peut soit la demander au juge, soit, de lui-même, mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il tiendra le contrat pour résolu*». All'*avant-projet* Catala si sono poi susseguiti nel corso degli ultimi anni altri progetti di riforma

falsariga della risoluzione unilaterale prevista dalla recente riforma del 2002 in materia di obbligazioni del BGB tedesco³¹², dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili³¹³ e dai Principi Unidroit³¹⁴.

A parere di chi scrive, le varie teorie sopra richiamate sulla interscambiabilità tra la domanda di adempimento e la domanda di risoluzione presentano tutte degli elementi di verità.

In particolare, così come non si può negare che le due domande abbiano lo stesso fondamento giuridico, l'art. 1184 *Code civil*, alla stessa maniera si deve ammettere che esse sono in un certo qual modo dirette allo stesso risultato se si pensa che, comunque, consentono, ancorché con modalità diverse, il soddisfacimento dell'interesse del creditore.

Il che, tuttavia, non toglie che concretamente tale interesse venga soddisfatto seguendo strade completamente diverse quali sono quelle della conservazione e dello scioglimento del vincolo contrattuale.

Lo stesso dicasi per la funzione riequilibratrice, da riconoscersi sia all'adempimento, in quanto "costringe" la controparte ad eseguire la prestazione promessa, sia alla risoluzione, in quanto, "togliendo di mezzo" un contratto oramai claudicante e fondando

(il *projet Terré* e l'ultimo, il *projet Chancellerie*) di cui parla STOFFEL-MUNCK, *Exécution et inexécution du contrat*, in *Revue des contrats*, 1, 2009, p. 333.

³¹² Il nuovo paragrafo 323 del BGB prevede che nei contratti a prestazioni corrispettive in caso di inadempimento di una delle parti, l'altra possa risolvere il contratto in via unilaterale dopo aver inutilmente concesso al debitore un termine ragionevole per eseguire ovvero per completare l'adempimento; per una analisi comparativa della risoluzione unilaterale esistente nei vari ordinamenti giuridici cui i vari progetti di riforma del *Code civil* si ispirano si veda GRYNBAUM e POILLOT, *L'acquis communautaire*, in *Le sanctions de l'inexécution du contrat*, in *Collana Études juridiques*, Parigi, 2006, p. 38 ss.

³¹³ L'art. 26 della Convenzione di Vienna rimette l'effetto risolutorio all'iniziativa unilaterale del creditore della prestazione, ponendo a suo carico l'onere di comunicare alla controparte la scelta compiuta. Gli articoli 49-64 della Convenzione, inoltre, riservano all'acquirente ed al venditore il diritto di dichiarare risolto il contratto a condizione che sia provato che l'inesecuzione costituisce "una contravention essentielle au contrat"; per una disamina dell'argomento si veda GHESTIN, JAMIN e BILLIAU, op. cit., p. 531; FERRARI, *La vendita internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, XXI, Padova, 2006; CONTE, op. cit., p. 480 ss..

³¹⁴ Nei principi Unidroit, secondo il combinato disposto degli artt. 7.3.2 e 1.9 il diritto di risolvere il contratto è esercitato con avviso alla controparte, che produce effetto nel momento in cui perviene al destinatario.

l'obbligo per la restituzione della prestazione eventualmente già resa dal contraente non inadempiente, ripristina lo status *quo ante*.

A parere di chi scrive vero è forse che, sia a voler trovare il fondamento dell'interscambiabilità fino al grado di appello nell'art. 565 c.p.c., sia a volerlo individuare nel disposto dell'art. 1184 *Code civil*, che non introduce alcun limite temporale alla predetta sostituibilità, l'unico dato certo ed incontrovertibile anche alla luce delle norme succitate, sembra essere l'effettiva possibilità di sostituire le due domande fino al grado d'appello.

13. Le singole ipotesi di sostituzione della domanda giudiziale originariamente proposta

Concretamente quanto detto al precedente paragrafo porta a conseguenze molto importanti, soprattutto se paragonate alle conclusioni cui si giunge nel nostro ordinamento giuridico.

Innanzitutto, ammettere *sic et simpliciter*, come sembrano fare la dottrina e la giurisprudenza francesi in modo, ci sia consentito, alquanto generalizzato e superficiale, la possibilità di sostituire in appello la domanda proposta in primo grado significa, a parere di chi scrive, ammettere il passaggio a prescindere dal risultato cui il giudizio di primo grado è approdato.

Converrà, tuttavia, fare una rapida analisi delle situazioni concretamente prospettabili, onde valutare se la possibilità del passaggio esista effettivamente all'interno di ciascuna di esse.

Si dia il caso, innanzitutto, in cui il giudizio di primo grado sia terminato con una sentenza di condanna all'adempimento.

Nulla queastio se, nelle more dell'adempimento forzoso e con l'aggravarsi della situazione esistente, il creditore decida di chiedere in appello la risoluzione del contratto, avendo oramai perso qualsiasi interesse ad ottenere la prestazione originaria.

La fattispecie appare del tutto conforme all'idea largamente diffusa tra i giuristi d'oltralpe che la risoluzione rappresenti un *ultimum subsidium*, un rimedio straordinario al quale l'adempimento va sempre preferito nei limiti, ovviamente, in cui risulti ancora realizzabile e possibile³¹⁵.

La possibilità di esercitare in appello l'azione di risoluzione dopo che il giudizio di primo grado si è concluso con una sentenza di condanna ricalca la conclusione cui giungono anche la dottrina e la giurisprudenza italiane.

In entrambi gli ordinamenti giuridici, infatti, può darsi il caso in cui il creditore, nonostante la sentenza di condanna all'adempimento, non riesca concretamente ad ottenere il soddisfacimento del proprio diritto; ciò in conseguenza del fatto che la condanna all'esecuzione forzata del contratto non equivale all'adempimento concreto dell'accordo.

Si dia il caso, ad esempio, in cui il debitore si sia spogliato della prestazione infungibile promessa o, ancora, non possieda alcun bene sul quale il creditore possa soddisfarsi coattivamente.

A parte tale comune considerazione, le strade percorse nei due sistemi per giungere all'identica soluzione sono molto diverse.

Secondo l'orientamento sviluppatosi prevalentemente nel nostro ordinamento giuridico - che, peraltro, si è provveduto a criticare nel capitolo II - la possibilità di mutare la domanda in appello sarebbe la diretta conseguenza della natura di norma processuale riconosciuta all'art. 1453, II comma c.c. che, proprio in quanto tale, sarebbe idonea a

³¹⁵ In tal senso, tra le tante, Cass. civ., III, 24 novembre 1993, in *Bulletin civil*, III, n. 151; Cass. com., 4 gennaio 1982, in *Bulletin civil*, IV, n. 1.

derogare al divieto previsto dall'art. 345 c.p.c. in tema di domanda nuova in appello³¹⁶.

Da tale punto di vista, la via percorsa nei due sistemi appare allora, all'evidenza, non solo diversa, ma addirittura opposta.

Se da un lato in Italia il passaggio viene di regola ammesso nei limiti in cui è possibile derogare al divieto di proporre domande nuove in appello, in Francia lo si ammette proprio perché si ritiene che esso non importi alcuna deroga all'analogo divieto pur previsto dall'art. 464 c.p.c. francese.

A detta soluzione si giunge perlopiù sulla base del significato particolarmente ampio che dottrina e giurisprudenza francesi attribuiscono al concetto di "oggetto della domanda"; trattasi, infatti, di un significato talmente ampio che consente di ritenere che domanda di adempimento e domanda di risoluzione abbiano sostanzialmente lo stesso oggetto.

Ci si può chiedere allora se la stessa soluzione possa essere eventualmente adattata al nostro ordinamento giuridico.

La risposta dipende, ovviamente, dal significato che si è disposti ad attribuire all'oggetto della domanda e dall'ampiezza che si intende assegnare a tale concetto.

Qualora la questione del passaggio dalla domanda di adempimento alla domanda di risoluzione venga spostata su di un piano sostanziale ed astratto, la possibilità di sostituzione potrebbe farsi derivare in entrambi i sistemi dal più volte citato carattere di ultimo rimedio riconosciuto alla risoluzione, nel senso cioè di ritenere che qualora il contraente non inadempiente non riesca ad ottenere l'adempimento o non abbia, eventualmente, più interesse ad ottenerlo, potrà pur sempre ricorrere al rimedio estremo dello scioglimento del vincolo contrattuale.

Altrettanto pacifica appare, per le ragioni sopra esposte, la soluzione relativa

³¹⁶ Ad analoga soluzione si è giunti nel capitolo II attribuendo all'art. 1453, II comma c.c., contrariamente all'orientamento prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza, un significato che non si esaurisce all'interno del singolo procedimento, o, meglio un significato non meramente processuale.

all'ipotesi in cui il giudizio di primo grado sia terminato con il rigetto della domanda di adempimento.

Si ritiene, infatti, che anche in tal caso nulla impedisca al creditore, che riesca a provare l'inadempimento del debitore, di richiedere la risoluzione del contratto.

Di più difficile soluzione risulta l'ipotesi inversa in cui il creditore attore abbia inizialmente agito per ottenere la risoluzione del contratto e, solo in un secondo momento, abbia cambiato idea e optato per l'adempimento.

Quegli autori che si sono occupati della questione hanno perlopiù affermato che «*opter en premier lieu pour la résolution n'interdit pas de demander par la suite l'exécution forcée du contrat, même pour la première fois en appel*»³¹⁷.

A tale opinione si è obiettato che essa porta con sé il rischio di privare il debitore di qualsiasi protezione di carattere giuridico, costretto, nonostante l'eventuale sentenza di risoluzione del contratto, a non offrire altrove la propria eventuale prestazione; il che si ritorcerebbe, ovviamente, sul piano della sicurezza e della celerità dei traffici economici e giuridici, bloccate dall'eventuale *révirement* del creditore che, decidendo di ritornare sui propri passi, opti per l'adempimento del contratto³¹⁸.

Ciò senza contare che tale decisione potrebbe avere alla base un intento meramente speculativo del contraente non inadempiente.

Anche se si tratta di riflessioni sicuramente improntate ad esigenze di equità sostanziale, trattasi non di meno di argomentazioni che non sembrano trovare alcun appiglio a livello normativo.

A sostegno del passaggio dalla risoluzione all'adempimento si può evidenziare che l'azione «*per la risoluzione del contratto non s'intenta, di solito, coll'intenzione di*

³¹⁷ GHESTIN, JAMIN e BILLIAU, *Traité de droit civil*, op. cit., p. 509.

³¹⁸ Così ZAKARIA, *Le juge et la résolution du contrat*, tesi, Parigi, 2002, p. 36.

rinunciare all'adempimento, che il giudice stesso potrebbe imporre"³¹⁹.

Vi è, infatti, e ciò rappresenta una differenza fondamentale rispetto al nostro sistema, che il creditore e il debitore sono consapevoli, sin dall'inizio del processo, del fatto che la domanda di risoluzione potrebbe essere disattesa dal giudice e che, quindi, il contratto non può assolutamente considerarsi sciolto sin dal momento dell'esercizio dell'azione, dovendo necessariamente attendersi l'esito del procedimento.

Ciò a maggior ragione se si pensa che di fronte ad una richiesta di risoluzione il giudice adito potrà non solo accoglierla o rigettarla, ma andare oltre, offrendo addirittura al debitore un termine per adempiere, pur a prescindere dalla proposizione di una domanda di adempimento da parte del creditore³²⁰.

Si è visto, infatti, ed in ciò vi è sicuramente una profonda differenza rispetto al diritto italiano, che il passaggio dalla risoluzione all'adempimento non presuppone necessariamente la modifica da parte del creditore della domanda giudiziale proposta, potendo essere il suddetto passaggio il mero risultato dell'esercizio della facoltà riconosciuta in capo all'autorità giudiziaria.

Conviene, tuttavia, a parere di chi scrive, distinguere ancora una volta in base al risultato concreto cui il giudizio di primo grado è approdato.

Così, se il giudizio di primo grado è terminato con la sentenza di risoluzione del contratto, si ritiene che solo al momento del passaggio in giudicato della sentenza

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ Vi è di più. Il giudice potrebbe financo rigettare la domanda di risoluzione, pur ritenendo sussistente l'inadempimento della controparte, e condannare il convenuto al risarcimento del danno; e ciò potrebbe fare, secondo alcuni, addirittura in assenza di una richiesta di risarcimento avanzata dal creditore. Tale ampiezza di potere si giustifica perlopiù considerando l'azione di risoluzione come un'azione di responsabilità. Così, si afferma, se il giudice deve stabilire se il debitore sia o meno responsabile, gli si dovrà riconoscere anche il potere di stabilire quale sia, nel caso concreto, la riparazione più idonea alla fattispecie. Analogamente il giudice, qualora ritenga che la risoluzione non sia un rimedio sufficiente per riparare il danno subito dal creditore, potrà aggiungere alla pronuncia di scioglimento del contratto la condanna al risarcimento del danno. Si fa l'esempio del venditore che agisce in risoluzione a fronte del rifiuto del compratore di pagare il prezzo di acquisto di un immobile. Qualora dopo la conclusione del contratto il prezzo di mercato del bene si sia notevolmente abbassato, il venditore avrà diritto di ottenere non solo la risoluzione della vendita, ma anche il risarcimento del danno che gli permetterà di compensare la perdita di valore subita dal bene. Così CHABAS, op. cit. p. 1145.

l'accordo venga definitivamente e retroattivamente a mancare.

Ne consegue che fino a tale momento, sul presupposto di una pronuncia ancora provvisoria, il contraente non inadempiente potrà domandare in appello l'adempimento del contratto. Ciò senza andare ad indagare quali siano state in concreto le ragioni che hanno spinto il contraente a cambiare idea e a chiedere l'esecuzione forzata del contratto. Spetterà semmai al giudice investito in grado d'appello valutare un'eventuale mala fede del medesimo contraente e rigettare la domanda.

Detto potere del creditore risulta, d'altronde, perfettamente in linea con il potere - di cui si è ampiamente parlato - pacificamente riconosciuto al giudice di rigettare la domanda di risoluzione e di condannare il convenuto, pur in mancanza di una domanda in tal senso dell'attore, all'adempimento del contratto.

La sua ammissibilità risulta, inoltre, perfettamente conforme all'orientamento della giurisprudenza favorevole a consentire al debitore di offrire la prestazione non eseguita addirittura dopo la pronuncia della risoluzione del contratto, sia attraverso la semplice dichiarazione della sua messa a disposizione, sia mediante l'offerta espressa in sede d'appello³²¹.

Quanto sopra senza dimenticare che il favore da sempre mostrato dai giudici d'oltralpe per la conservazione del vincolo contrattuale agevolerà il cambio di scelta del contraente non infedele.

Dal punto di vista processuale, analogamente a quanto sopra visto, il cambio di domanda viene ancora una volta giustificato con il carattere non nuovo della domanda di risoluzione proposta in appello.

Volendo fare un raffronto con quanto accade in Italia, il passaggio dalla domanda di risoluzione alla domanda di adempimento deve fare i conti con il divieto espresso di cui

³²¹ Cass. civ., 6 gennaio 1932 riportata da ZAKARIA, op. cit., p. 149. Nello stesso senso in dottrina già LAURENT, *Principes de droit civil français*, 17, Parigi, 1878, p. 151.

all'art. 1453, II comma, seconda parte c.c.

Ritenere che il divieto abbia una portata che va oltre il singolo giudizio ed il singolo grado del giudizio porta con sé la negazione della sostituzione *de qua*.

Ma il passaggio da una domanda originaria di risoluzione ad una di adempimento in grado d'appello viene perlopiù negato anche da coloro che tendono a riconoscere al divieto una portata più limitata³²².

Gli autori che hanno affrontato il tema si sono perlopiù limitati a dire che la sentenza di risoluzione, in quanto determina il venir meno del contratto, impedisce per ciò stesso la proposizione della domanda di adempimento, che risulterebbe priva di fondamento.

Ne consegue che l'efficacia preclusiva non viene fatta propriamente derivare dal divieto di cui all'art. 1453 c.c., ma sarebbe la conseguenza diretta della sentenza di risoluzione che spazza via il vincolo contrattuale e, con esso, gli effetti prodotti.

La soluzione della questione viene allora a dipendere dal momento a decorrere dal quale il contratto può considerarsi effettivamente venuto meno.

Secondo gli studiosi d'oltralpe, nell'arco temporale in cui la sentenza non ha ancora prodotto definitivamente i propri effetti, in quanto non ancora passata in giudicato, la sostituzione rimarrebbe possibile.

Trattasi di un ragionamento che non ha trovato seguito nel nostro ordinamento giuridico a causa, probabilmente, di una serie di argomentazioni volte a favorire e ad anticipare l'effetto preclusivo esistente nella fattispecie in esame.

Così, detto effetto, oltre che con il divieto di cui all'art. 1453 c.c., deve fare i conti con una serie di principi e di esigenze presenti nel nostro sistema, tra i quali il divieto di domande nuove in appello – che, come visto, ha nel nostro paese una portata molto più ampia di quella che gli si riconosce in Francia – e l'esigenza di tutela del debitore.

Ciononostante, la riflessione portata avanti dagli studiosi e dai giudici francesi

³²² In tal senso si sono espressi, ad esempio, MOSCO, op. cit., p. 242; MIRABELLI, op. cit., p. 614.

meriterebbe una certa considerazione anche nel nostro ordinamento giuridico, non fosse altro perché vi si ritrovano le stesse regole di funzionamento in materia di passaggio in giudicato della sentenza.

Se il giudizio di primo grado è, invece, terminato con una pronuncia di rigetto della domanda di risoluzione, ad esempio perché il giudice ha ritenuto insussistente ovvero non sufficientemente grave l'inadempimento del debitore, si ritiene che nulla impedisca al creditore di domandare in appello l'adempimento del contratto sul presupposto che egli riesca a provare la semplice esistenza dell'inesecuzione della Controparte.

L'esperibilità in appello della domanda di adempimento viene ammessa nel paese d'oltralpe così come nel nostro anche alla luce del fatto che il giudizio di primo grado ha di fatto lasciato inalterato il vincolo contrattuale con tutti gli effetti che ne derivano.

A favore di tale soluzione ha sicuramente militato, in entrambi gli ordinamenti giuridici, la considerazione che, se così non fosse, ciò che rimarrebbe del contratto sinallagmatico originariamente concluso sarebbe un contratto claudicante *ex uno latere*, privato della propria giustificazione causale, posto che solo il contraente inadempiente potrebbe eventualmente azionarlo, non rimanendo all'altro che sperare in un improbabile adempimento spontaneo.

Trattasi, all'evidenza, di una situazione iniqua alla quale si è cercato di porre rimedio in Francia così come in Italia, anche se solo nel nostro ordinamento giuridico detta soluzione deve fare i conti con il divieto di cui all'art. 1453, II comma c.c.

14. La scelta tra esecuzione forzata e risoluzione dopo il passaggio in giudicato della sentenza

Una volta chiarito che nel sistema giuridico francese domanda di adempimento e

domanda di risoluzione sono interscambiabili, occorre verificare fino a quando il creditore conservi il beneficio dell'opzione e se siano individuabili dei limiti temporali a detta facoltà.

Il già considerato silenzio normativo sul punto ha indotto, come visto, a ritenere che l'opzione abbia una durata particolarmente lunga, al punto da ammettere il cambiamento anche in grado d'appello.

Ciò detto, occorre ora verificare se esista un limite oltre il quale la scelta diviene definitiva ed irretrattabile.

Al riguardo si è affermato che il creditore conserverebbe il “beneficio dell'opzione” fino al momento in cui la pronuncia del giudice sulla domanda dell'attore diventa definitiva mediante il suo passaggio in giudicato³²³.

Quanto sopra viene sostenuto sia con riferimento all'ipotesi del passaggio dall'adempimento alla risoluzione, sia nell'ipotesi inversa, in quanto il contratto deve considerarsi in vita fintantoché la sentenza che ne decreta lo scioglimento non sia divenuta definitiva³²⁴.

Conviene, tuttavia, distinguere a seconda dell'oggetto della domanda avanzata nel primo giudizio.

15. La domanda di adempimento successiva alla sentenza di risoluzione del contratto

Se il giudizio di primo grado ha accolto la richiesta dell'attore di risoluzione del contratto ed ha, pertanto, decretato lo scioglimento del vincolo esistente, il passaggio in

³²³ Così Cass. com., 26 marzo 1973 in *Bulletin civil*, 1973, IV, n. 135; in dottrina si veda STORCK, op. cit., p. 12; GROSSER, op. cit., p. 655.

³²⁴ Così, in particolare, si esprime VANWIJCK-ALEXANDRE, *Les modalités de l'exercice de l'option conférée par l'article 1184 du Code civil*, Parigi, 1994, p. 383.

giudicato della sentenza comporta irrimediabilmente il venir meno dell'accordo.

Ne consegue che un'eventuale domanda di adempimento del medesimo contratto non avrebbe alcun senso in quanto del tutto priva di oggetto e di fondamento, essendo stato eliminato in modo definitivo il motivo del contendere³²⁵.

16. La domanda di adempimento successiva alla sentenza di rigetto della domanda di risoluzione del contratto

Cosa accade, invece, nell'ipotesi in cui il giudice rigetti la domanda di risoluzione avanzata dal contraente non inadempiente con conseguente mantenimento in vita del vincolo contrattuale?

La dottrina e la giurisprudenza d'oltralpe hanno assunto al riguardo un atteggiamento possibilista, fondato ora sulla supremazia gerarchica dell'esecuzione forzata sulla risoluzione, ora sul fatto che l'aver agito in risoluzione non implica per ciò stesso la rinuncia del creditore al proprio diritto essenziale ad ottenere l'adempimento.

A ciò si aggiunge che di fronte ad una sentenza di rigetto della risoluzione vi è pur sempre un contratto ancora in vita, dotato, in quanto tale, di forza vincolante³²⁶.

Vi è poi chi sostiene la logicità della soluzione in parola raffrontando il potere del creditore soccombente all'ampio potere del giudice di sostituire d'ufficio alla risoluzione l'esecuzione forzata, o, ancora al potere riconosciuto in capo al debitore di offrire in ogni momento la prestazione promessa³²⁷.

³²⁵ Così GROSSER, op. cit., p. 655; in giurisprudenza si veda Cass. com., 21 febbraio 1995, secondo la quale «*le bénéficiaire d'une promesse de contrat inexécutée qui a choisi la voie de la résolution avec dommages-intérêts et obtenu satisfaction par une décision définitive ne peut ensuite exiger l'exécution directe de cette promesse et donc demander l'annulation des actes qui la violent*» in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, p. 618 con osservazioni di MESTRE; nello stesso senso Cass. civ., I, 24 gennaio 1966 in *Bulletin civil*, 1966, I, n. 58.

³²⁶ STARCK, ROLAND, BOYER, op. cit., n. 1926.

³²⁷ Per una disamina delle varie teorie che ammettono la possibilità di agire in esecuzione dopo il rigetto della domanda di risoluzione si veda LAITHIER, op. cit., p. 354.

Quanto sopra non toglie che nel caso concreto la domanda di adempimento possa essere rigettata perché considerata rispondente a finalità meramente speculative del creditore. Ma in siffatti casi non è più in discussione l'ammissibilità o meno in linea di principio della successiva domanda di adempimento, quanto piuttosto le motivazioni che nel singolo caso concreto possono portare al rigetto della domanda.

Vero è che le opinioni testé delineate si inseriscono nell'atteggiamento ampiamente possibilista assunto dalla giurisprudenza e dalla dottrina francesi, sempre pronte ad immolarsi di fronte all'esigenza di conservazione dell'efficacia del vincolo contrattuale. Ad analoga soluzione si è giunti, come visto, anche nel nostro ordinamento giuridico, nel quale, superato l'*impasse* del divieto di passaggio dalla domanda di risoluzione alla domanda di adempimento, la richiesta di esecuzione forzata è stata ammessa sulla base della conservazione del vincolo contrattuale e dell'esigenza di non privare il contraente fedele della possibilità di soddisfare, in un modo o nell'altro, il proprio interesse.

Soluzione resasi necessaria per evitare al creditore di giungere ad un punto di non ritorno in cui, nonostante la vigenza del contratto, gli sia di fatto impedito di ottenere quanto era *ab origine* in suo diritto ottenere in forza di quello stesso accordo.

17. La domanda di risoluzione successiva alla sentenza di condanna all'adempimento del contratto

Nell'ipotesi inversa del passaggio dalla domanda di adempimento alla domanda di risoluzione, la sentenza che accoglie la domanda di esecuzione avanzata dal contraente non inadempiente rafforza il vincolo contrattuale e, con esso, l'obbligo della controparte di adempiere la prestazione dedotta nel contratto.

Se prima l'obbligo di adempiere trovava la propria fonte unicamente nell'accordo delle

parti, con la sentenza esso trova la propria fonte anche nell'ordine dell'autorità giudiziaria.

Similmente a quanto si è osservato a tal proposito del nostro ordinamento giuridico, la condanna all'adempimento non comporta sempre e necessariamente l'adempimento concreto, ben potendo il debitore sottrarsi all'ordine del giudice e l'azione esecutiva risultare infruttuosa.

Se così è, bloccare la facoltà di scelta del creditore non ancora soddisfatto dopo il passaggio in giudicato della sentenza, rischia sostanzialmente di sacrificare l'interesse del contraente diligente.

Da parte sua il debitore risulterebbe doppiamente avvantaggiato: da un lato, infatti, i mezzi a disposizione del creditore non hanno permesso a quest'ultimo di raggiungere lo scopo sperato; dall'altro, l'impossibilità di esercitare l'azione di risoluzione libera il debitore dall'obbligo di restituire ciò che abbia eventualmente ottenuto dall'altro contraente in esecuzione del contratto.

Il creditore finirebbe con l'essere svantaggiato per il solo fatto di aver scelto la via dell'esecuzione forzata in luogo di quella della risoluzione del contratto³²⁸.

Data tale premessa, di fronte ad una sentenza di condanna passata in giudicato, due sono stati gli orientamenti fatti propri dalla giurisprudenza di legittimità francese³²⁹.

Da un primo punto di vista, si è affermato che *“un contractant peut, après avoir poursuivi son cocontractant en exécution de la convention, et à défaut d'obtenir cette exécution, en demander la résolution tant qu'il n'a pas été statué sur la demande par décision passée en force de chose jugée”*³³⁰.

³²⁸ Così MESTRE, *Du droit pour une partie de demander la résolution du contrat après avoir choisi en vain la voie de l'exécution forcée* in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 335 in nota alla sentenza della Cour de Cassation, III Sezione civile, 24 novembre 1993.

³²⁹ Si veda a riguardo, BUFFELAN-LANORE, *Droit civil*, Parigi, 2006, p. 345.

³³⁰ Cass. civ., I, 5 novembre 1954, in *Bulletin civil*, 1954, II, n. 338; Cass. civ., II, 15 giugno 1973, in *Bulletin civil*, 1973, II, n. 192.

Detta soluzione appare perfettamente in linea con quanto sopra detto a proposito dei poteri spettanti al giudice nell'ambito del giudizio promosso *ex art. 1184 Code civil*; non vi è dubbio, infatti, che se le due azioni sono considerate “*l'exercise du même droit*” ed aventi “*la même cause et le même objet*”, non vi sia spazio alcuno per ammettere la possibilità di domandare la risoluzione quando la sentenza di condanna all'adempimento è oramai divenuta definitiva.

In senso conforme a quanto sopra detto sembrerebbe essersi espressa la Corte di Cassazione francese in una celebre sentenza del 1982, nella quale ha confermato la pronuncia con cui una Corte d'Appello aveva stabilito che il passaggio in giudicato di una sua precedente sentenza “*s'opposait à la demande de résolution du même contrat et de restitution du prix en raison de faits antérieurs à ladite décision*”³³¹.

La decisione, nel farsi portatrice di un grande rigore processualistico, può essere considerata come l'ennesima applicazione del principio “*de cohérence procédurale*”, il quale esige che il creditore attore dia prova di grande lucidità nell'esercizio dell'opzione *ex art. 1184 Code civil*, poiché il passaggio in giudicato della favorevole sentenza ottenuta impedisce, in applicazione dell'art. 1351 *Code civil*³³², di ricorrere alla seconda possibilità offerta dalla norma.

La sentenza introduce, tuttavia, un primo spiraglio verso l'ammissione della ricevibilità di una successiva domanda di risoluzione, laddove prevede che la sopravvenienza, successiva alla precedente sentenza di condanna, di nuove circostanze di fatto, possa di per sé giustificare la proposizione della domanda di scioglimento del contratto.

Così, dopo che un locatario aveva ottenuto in un precedente giudizio già definito con sentenza passata in giudicato la condanna del proprietario ad eseguire dei lavori di

³³¹ Cass. com., 4 aprile 1982, in *Bulletin civil*, 1982, IV, n. 1.

³³² Si ricorda che secondo l'art. 1351 *Code civil* «*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*».

carattere straordinario sull'immobile locato, la Corte di Cassazione³³³, di fronte alla perdurante inerzia del locatore, affermava che correttamente il successivo giudice di primo grado aveva pronunciato la risoluzione del contratto.

Ciò a voler dire che la mancata esecuzione di una sentenza definitiva di condanna all'adempimento permetteva al suo beneficiario di servirsi della successiva inesecuzione del contratto per richiederne la risoluzione in un nuovo giudizio; in altri termini, l'inadempimento successivo alla sentenza definitiva di condanna rappresentava, nell'intenzione della Corte, un fatto nuovo sopravvenuto, che poteva essere posto a fondamento di un nuovo giudizio di risoluzione, senza che, per questo, all'attore creditore potesse essere opposto il passaggio in giudicato della precedente sentenza.

Trattasi, a ben vedere, di una soluzione che non si discosta di molto da quella cui è giunta la nostra Suprema Corte³³⁴, la quale ha avuto modo di affermare che la domanda di risoluzione successiva al passaggio in giudicato della sentenza di condanna in tanto è possibile in quanto abbia ad oggetto un "inadempimento sopravvenuto", intendendosi, con tale espressione, un inadempimento che, protraendosi anche dopo la sentenza di condanna, si arricchisce di nuovi elementi, azioni od omissioni, che danno vita ad un *quid pluris* rispetto all'inadempienza originariamente constatata.

Ciò tuttavia non significa che l'inadempimento sopravvenuto sia assolutamente nuovo e diverso da quello originario, trattandosi pur sempre del medesimo inadempimento, ancorché protrattosi per più lungo tempo e, che, proprio per questo, non può identificarsi perfettamente con quello originario.

Con la conseguenza che i fatti posti a fondamento delle due domande non possono

³³³ Cass. civ., III, 24 novembre 1993, in *Bulletin civil*, III, n. 151; in senso conforme si erano già espresse Cass. com., 28 gennaio 1992; Cass. civ., III, 3 luglio 1956, in *Bulletin civil*, III, n. 201. In dottrina LAITHIER, op. cit., p. 353.

³³⁴ Cassazione, 4 ottobre 2004, n. 19826, secondo la quale "nel caso in cui tale condanna (n.d.r.: quella all'adempimento) sia rimasta di fatto inadempita è possibile, infatti, chiedere lo scioglimento del contratto, permanendo l'inadempimento, senza alcuna necessità per l'attore di mettere in esecuzione preventivamente la sentenza di condanna". Si veda al riguardo quanto detto nel capitolo II, pagg. 80 ss.

considerarsi identici.

Per tale via, l'ostacolo costituito dall'art. 1351 *Code civil* viene superato in quanto la nuova domanda risulta fondata su di una causa diversa da quella della domanda originaria³³⁵.

E se anche è vero che in tal modo si rischia di rendere inutile il passaggio in giudicato della sentenza, è altrettanto vero che essa rischia di divenire lettera morta ed essere definitivamente disattesa.

Ciò porta correttamente ad affermare che in presenza di una sentenza la cui esecuzione sia divenuta oggettivamente impossibile in ragione di circostanze verificatesi successivamente al suo passaggio in giudicato, al contraente rimasto insoddisfatto deve essere data la possibilità di soddisfare in altro modo il proprio interesse. In caso contrario egli rimarrebbe "prigioniero" di un contratto che non può apportargli più alcun vantaggio³³⁶.

L'iniquità sostanziale di tale soluzione balza ancor più agli occhi qualora il medesimo contraente abbia per contro già adempiuto la propria prestazione, rimanendo in tal caso privo dei mezzi che gli consentono di chiedere la restituzione di quanto già eseguito.

Si potrebbe forse anche azzardare che la domanda giudiziale di risoluzione del contratto, introdotta quando la sentenza di condanna all'adempimento è già divenuta definitiva, non si scontra neppure con il passaggio in giudicato della medesima pronuncia e con i principi che vi stanno alla base.

A tal riguardo l'art. 1351 *Code civil* stabilisce che «*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la*

³³⁵ Così anche WEILLER, op. cit., p. 403 ss; nello stesso senso in giurisprudenza Cass. civ., I, 10 dicembre 1996, in *Bulletin civil*, I, n. 447; Cass. civ., I, 15 dicembre 1998, in *Bulletin civil*, I, n. 367; Cass. civ., I, 23 novembre 1999, in *Dalloz*, 2000, p. 115.

³³⁶ In tal senso GROSSER, op. cit., p. 655; VIRASSAMY, *Juris Classeur Periodique*, 1998, I, 129, p. 697 in nota a Cass. com., 20 maggio 1997, secondo il quale «*tant qu'il ne sera pas possible de considérer que la sanction choisie a effectivement et définitivement été consommée, le choix opéré par le créancier déçu sera réversible*».

même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité».

Ora, se è vero che domanda di risoluzione e domanda di adempimento si fondano sulla stessa norma giuridica ed hanno, pertanto, lo stesso fondamento giuridico, è anche vero che l'oggetto delle due domande non può considerarsi del tutto identico³³⁷.

Se è vero che il giudice di primo grado si è occupato dello stesso contratto di cui successivamente si chiede lo scioglimento, è anche vero che in prima istanza il giudice, preso atto dell'inadempimento, ritenuta ancora possibile l'esecuzione della prestazione, ha condannato il debitore ad eseguirla.

Diversamente, nel giudizio volto alla risoluzione il giudice dovrà valutare, oltre all'inadempimento, anche altri elementi; elementi che il precedente giudice, in quanto non richiesto, non ha preso in considerazione nel procedimento fondato sulla richiesta di adempimento. Basti pensare alle caratteristiche che l'inadempimento deve avere per giustificare una pronuncia di risoluzione, quali la sua importanza e la sua gravità.

In altri termini non si può pacificamente affermare che le due domande siano identiche e che, conseguentemente, i due giudizi abbiano esattamente lo stesso oggetto.

Ma se la "*chose demandée*" non è la stessa, allora ci si trova al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 1351 *Code civil* ed il passaggio in giudicato della sentenza di condanna all'adempimento non potrà essere di ostacolo alla proposizione di una nuova domanda di risoluzione del contratto per inadempimento.

Rapportando quanto sopra detto con quanto precedentemente visto a proposito della possibilità di proporre in appello la domanda di risoluzione del contratto, se ne ricava che il medesimo obiettivo, vale a dire la risoluzione del vincolo contrattuale, può essere raggiunto, a seconda del momento in cui lo si vuole concretamente raggiungere, sia con il giudizio di secondo grado che con l'introduzione di un nuovo giudizio.

³³⁷ GROSSER, op. cit., p. 656.

Trattasi di soluzioni da condividere in quanto garantiste ed ispirate al *favor creditoris* nella misura in cui consentono al contraente non inadempiente di ampliare le possibilità di essere soddisfatto; al contempo, tuttavia, esse portano con sé il rischio di affievolire l'efficacia vincolante della pronuncia giudiziale, superabile sia con il ricorso in appello che con l'introduzione di un nuovo giudizio.

Ciò va non di meno anche a scapito della forza vincolante del contratto, suscettibile di essere travolta sia dall'appello che da un nuovo giudizio e definitivamente soccombente di fronte all'esigenza di tutela del contraente fedele.

In tale frangente, quindi, il principio ispirato all'esigenza di conservazione del contratto cede il passo di fronte all'esigenza di tutela del contraente fedele.

La risoluzione mostra, nondimeno, il proprio carattere di *ultimum subsidium* in quanto diventa lo strumento ultimo che consente al creditore, di fronte ad un adempimento impossibile, di ottenere una qualche soddisfazione.

La soluzione cui si è giunti nel paese d'oltralpe è, all'evidenza, analoga a quella fatta perlopiù propria, ed a ragione, nel nostro ordinamento, il che appare facilmente comprensibile se si considera la convergenza non solo delle esigenze in gioco, ma anche delle regole procedurali e dei principi sostanziali sottesi ai due sistemi giuridici.

18. *Le cumul formel d'actions* e la proposizione subordinata delle due azioni

Il cosiddetto cumulo formale di azioni consente da un punto di vista astratto al creditore-attore di cumulare più sanzioni legislativamente previste, allorquando la situazione in cui il medesimo si trova consenta di portare sia all'una che all'altra delle sanzioni.

Spesso, tuttavia, la libertà di cumulare le azioni pur astrattamente concesse non può

essere assicurata.

Quanto detto si verifica nell'ipotesi di cui all'art. 1184 *Code civil*, in cui il creditore-attore, al quale competono astrattamente due diversi rimedi, deve concretamente scegliere uno di essi.

Pertanto, sebbene l'opzione spettante al contraente non inadempiente tra risoluzione ed esecuzione del contratto venga fatta rientrare nel concetto di "*cumul formel d'actions*"³³⁸, in verità i due rimedi sono posti in posizione alternativa, considerato che l'esercizio di uno di essi blocca per ciò stesso l'esercizio dell'altro.

L'opzione, infatti, è tale per cui *electa una via alteram non datur*.

In altri termini, di cumulo di azioni si può parlare solo in via preventiva, in quanto il creditore, prima di agire, ha la libertà di scegliere a quale tra i due rimedi astrattamente esperibili preferisce ricorrere.

Trattasi, più precisamente, di due rimedi aventi lo stesso presupposto (l'inadempimento di una delle obbligazioni dedotte nel contratto), tendenti, secondo quanto generalmente si ritiene, al soddisfacimento dello stesso interesse (vale a dire l'interesse del creditore), ma, ciononostante, diretti alla realizzazione di risultati contrapposti e, dunque, incompatibili³³⁹.

Il divieto di azionare contestualmente i due rimedi viene di regola giustificato alla luce di un principio che ha avuto larga eco tra i giuristi d'oltralpe, il cosiddetto "*principe de cohérence des comportements procéduraux*" che si impone al creditore-attore al momento della scelta del tipo di domanda giudiziale che intende esercitare³⁴⁰.

³³⁸ Così espressamente WEILLER, op. cit., p. 1 ss.

³³⁹ Si veda, più ampiamente, BUSSY-DUNAUD, op. cit., n. 81, n. 180, n. 247; MESTRE, *Faire résoudre le contrat et l'invoquer ne vaut* in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1990, p. 473, n. 6; in giurisprudenza Cass. civ., I, 6 marzo 1996, in *Bulletin civil*, I, n. 118, p. 84; Cass. com., 21 febbraio 1995, in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1995, p. 618 con osservazioni di MESTRE; Cass. Civ., I, 4 gennaio 1965, in *Bulletin civil*, I, n. 9, p. 6.

³⁴⁰ Di tale principio parlano diffusamente MEULIEN, *Le principe de cohérence dans les relations d'affaires*, memoria, Aix-Marseille, 2009, p. 86 ss; MAZEAUD, *Exigence de cohérence contractuelle*, in *Revue des contrats*, 2, 2006, p. 213; HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, tesi,

Si afferma che “*Le cumul d’actions est source d’incohérence lorsque les résultats respectifs des actions en concours sont inconciliables*”³⁴¹.

Appare, infatti, incoerente esercitare congiuntamente ed a titolo principale un’azione volta ad ottenere lo scioglimento del contratto ed un’altra azione diretta, al contrario, alla conservazione del medesimo accordo³⁴².

Trattasi di un principio che, sebbene non espresso in alcuna norma, ha ormai assunto i caratteri di principio generale, applicabile ogniqualvolta due rimedi, ancorché astrattamente esercitabili da parte del medesimo soggetto, tendono a risultati alternativi, di modo tale che l’esperimento di uno di essi determina per ciò stesso l’irricevibilità dell’altro.

E’ oramai celebre al riguardo nel paese d’oltralpe una frase del Professor Jacques Mestre che riassume il significato del principio di coerenza: “*faire résoudre le contrat et l’invoquer ne vaut*”.

Nella materia che ci occupa il principio di coerenza trova la propria manifestazione a livello normativo nel testo dell’art. 1184 *Code civil*, il quale chiaramente stabilisce che al contraente non inadempiente compete la possibilità di chiedere l’adempimento del contratto “o” la sua risoluzione.

Parigi, 2001, p. 803; WEILLER, op. cit., p.161 ss.; FAGES, *Le comportement du contractant*, Parigi, 1997, n. 649; TALLON, op. cit., p. 223.

³⁴¹ Così BUSSY-DUNAUD, op. cit., p. 128.

³⁴² Molte le pronunce giurisprudenziali sul punto: Cass. civ., III, 7 giugno 1989, in *Bulletin civil*, 1989, III, n. 134; *Revue trimestrelle de droit civil*, 1990, p. 473 con nota di MESTRE; Cass. civ., I, 29 novembre 1989, in *Bulletin civil*, 1989, I, n. 365, relativa ad un patto di non concorrenza contenuto in un contratto risolto, in cui la Corte ha cassato la sentenza con cui il giudice di merito aveva concesso ad un fisioterapista la risoluzione del contratto in essere con un assistente ed, al contempo, condannato quest’ultimo ad osservare la clausola di non concorrenza contenuta nel contratto; Cass. civ., 10 novembre 1992, in *Bulletin civil*, 1992, III, n. 294; Cass. civ., I, 18 aprile 2000, in *Répertoire Defrénois*, 2000, p. 990 la quale ha negato all’erede di un vitaliziato di ottenere, oltre alla risoluzione della rendita, anche il pagamento delle rate mai versate e riconoscendo al medesimo il solo diritto al risarcimento del danno. Di particolare interesse il fatto che la misura del risarcimento possa comunque corrispondere al valore delle rate non corrisposte. Da ultima Cass. civ., I, 5 luglio 2005, secondo la quale «*Une action en résolution du contrat inexécuté ne peut se cumuler avec une action tendant à son exécution partielle. Une Cour d’Appel ne peut prononcer la résolution d’un contrat et son exécution*», in *Revue Lamy Droit Civil*, 2, 2007, n. 35 con nota adesiva di SILVA, *La portée du non-cumul de la résolution du contrat et de son exécution forcée en nature*; in *Revue de contrats*, 2006, p. 312 con nota di MAZEAUD.

Ma la giustificazione causale del divieto di cumulo deriva ancor prima dall'incompatibilità tra il *modus operandi* della risoluzione e l'adempimento, posto che la prima determina lo scioglimento retroattivo del vincolo contrattuale.

Di fronte ad un contratto eliminato con effetto *ex tunc* non vi è, infatti, alcuno spazio per l'esecuzione del medesimo.

In linea con il suddetto principio di coerenza pare, invece, la possibilità di esercitare due rimedi, entrambi percorribili in via teorica, ma diretti a risultati contrastanti, in via sussidiaria l'uno all'altro³⁴³.

Si ritiene, infatti, che la proposizione in via subordinata l'una all'altra di due domande tra loro incompatibili, in quanto dirette a risultati inconciliabili, non violi il principio che impone all'attore di osservare nelle proprie scelte un atteggiamento coerente.

Nulla vieta, pertanto, che il creditore chieda nella stessa domanda sia l'adempimento che la risoluzione del contratto per inadempimento, subordinando l'esame di una al preventivo rigetto dell'altra.

Si ritiene perlopiù, come accade anche nel nostro ordinamento giuridico, che la proposizione subordinata dei due rimedi non violi in alcun modo l'opzione concessa dall'art. 1184 *Code Civil*, posto che i medesimi si trovano in posizione alternativa e che l'attore potrà optare per il rimedio azionato in via sussidiaria solo previo rigetto della domanda posta in via principale.

Il fatto che entrambi i rimedi siano poi azionabili nello stesso giudizio e con la stessa domanda appare perfettamente in linea con il "*concours formel d'actions*" che la norma *de qua* astrattamente attribuisce al contraente non inadempiente.

Senza contare poi il risparmio di energie processuali che la proposizione congiunta ancorché sussidiaria delle due azioni comporta.

Essa concorre, infatti, a fissare l'oggetto del giudizio e, quindi, a determinare la materia

³⁴³ PUTMAN, *Remarques sur la demande subsidiaire*, in *Juris Classeur Periodique*, I, n. 3493, 1991.

sulla quale il giudice è chiamato a decidere e a pronunciarsi nel rispetto di quanto disposto dagli artt. 4 e 5 del nuovo codice di procedura civile francese³⁴⁴ in materia di indisponibilità dell'oggetto del giudizio.

Se anche detta possibilità è ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie d'oltralpe, non manca qualche voce in senso contrario³⁴⁵, giustificata da una lettura rigida del principio di "*cohérence procédurale*".

Trattasi di un'opinione sicuramente rigorosa, che non ammette la benché minima contraddizione nel comportamento procedurale del creditore-attore.

Se è vero che le due domande, ancorché in via subordinata l'una all'altra, sono contenute nello stesso atto introduttivo del giudizio, è anche vero che da un punto di vista logico la seconda domanda diviene attuale, in quanto oggetto del giudizio dell'organo giudicante, solo previa decisione di rigetto della prima domanda.

Un atteggiamento eccessivamente rigoroso si tradurrebbe, nel caso in cui la prima domanda venisse respinta, in uno svantaggio per il contraente fedele, costretto, per vedere accolte le proprie ragioni, a sostenere un nuovo giudizio, con conseguente dispendio di energie e di costi processuali.

A voler essere rigorosi, a ben vedere, non si dovrebbe allora ammettere neanche la possibilità di cambiare la domanda in appello o nel corso di un nuovo giudizio.

Ma tutto ciò andrebbe non solo contro l'interesse del creditore, che rischierebbe di rimanere privo di tutela, ma anche e soprattutto contro l'esigenza di giustizia che deve

³⁴⁴ Sebbene si richieda normalmente che la domanda sussidiaria sia proposta espressamente nella stessa domanda, in una decisione inedita del 12 novembre 1997 la Corte ha ammesso che detta domanda potesse essere implicita. Il caso riguardava un lavoratore dipendente, il quale, dopo aver domandato la risoluzione del contratto di lavoro, aveva richiesto l'indennità contrattuale di licenziamento, astenendosi dal domandare, in caso di rigetto, l'indennità legale. La Corte ha stabilito che tale ultima domanda, pur non essendo espressa, doveva ritenersi implicitamente compresa in quella precedente avente ad oggetto la richiesta di indennità contrattuale. Trattasi, a dire il vero, di una decisione isolata che deve essere valutata alla luce dei diritti particolarmente ampi riconosciuti in Francia ai lavoratori. Per una disamina più approfondita della pronuncia si veda PERDRIAU, *Une demande peut-elle être implicite?*, in *Gazette Palais*, 1998, 2, p. 922 ss.

³⁴⁵ Non sembra ammettere la possibilità di proporre le due domande in via sussidiaria l'una all'altra MEULIEN, op. cit., p. 88, secondo il quale «*Un contractant, victime d'une inexécution ne peut à la fois obtenir la résolution du contrat et réclamer, à titre accessoire, son exécution*».

guidare un sistema giudiziario, per non parlare, poi, del grande dispendio di energie e di costi processuali che ne deriverebbe.

La possibilità di proporre le due azioni in via subordinata l'una all'altra viene ammessa nell'ordinamento giuridico francese come in quello italiano.

Si è visto, infatti, nel paragrafo 6 del Capitolo III che la dottrina e la giurisprudenza italiane ammettono perlopiù la possibilità di proporre la domanda di adempimento in via subordinata al rigetto della domanda principale di risoluzione.

Trattasi di un *escamotage* che nel sistema italiano acquista un significato particolarmente importante, in quanto consente di superare il divieto di passaggio dalla domanda di risoluzione alla domanda di adempimento.

In altri termini, essa rappresenta una soluzione che per il creditore acquista un significato garantista, in quanto gli consente di evitare la conseguenza cui si perverrebbe nel caso in cui il giudice respingesse la domanda di risoluzione proposta, ritenendo non grave l'inadempimento del debitore-convenuto, senza che, ciononostante, questi decidesse spontaneamente di adempiere.

Al creditore sarebbe, per ciò stesso, preclusa ogni iniziativa, con la conseguenza di trovarsi "prigioniero" di un contratto che, seppure ancora esistente, sarebbe vincolante solo nei suoi confronti, trovandosi la controparte nella assoluta libertà di decidere se adempiere o meno.

Nell'ordinamento giuridico francese, di fronte all'ampia possibilità per il creditore di passare, nei termini sopraindicati, dalla domanda di risoluzione alla domanda di adempimento e viceversa, la proposizione "gerarchizzata" delle due azioni acquista un significato diverso e, ci sia consentito, meno importante.

La sua funzione, infatti, si inserisce – o, meglio, si esaurisce - in un'ottica di economia processuale, posto che la mancata proposizione in via subordinata delle due domande

all'interno della medesima azione, sortirebbe, quale unica conseguenza, la necessità per il creditore di dover intraprendere un nuovo giudizio nel quale proporre la domanda non esperita nel precedente giudizio; senza, quindi, che la mancata proposizione subordinata delle due domande comporti per il contraente fedele alcuna preclusione di carattere giudiziale.

19. Conclusioni

La lettura dei capitoli che precedono relativi al rapporto tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione nel sistema giuridico italiano e la lettura del medesimo argomento così come sviluppato in relazione all'ordinamento giuridico francese, testimoniano di come in entrambi gli ordinamenti esista una questione relativa al rapporto tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione del contratto per inadempimento³⁴⁶.

All'identità sostanziale del problema non corrisponde, tuttavia, come evidenziato, un'identità di soluzioni.

L'analisi comparativa dei due sistemi evidenzia sicuramente un maggiore grado di approfondimento della questione da parte degli studiosi e della giurisprudenza del nostro paese.

Ciò è facilmente comprensibile se si considera che solo il nostro ordinamento giuridico ha codificato il divieto di passaggio dalla domanda di risoluzione alla domanda di adempimento.

³⁴⁶ Per una panoramica a livello europeo in materia di inadempimento contrattuale e delle sue conseguenze si veda LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione Europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *I contratti*, 11, 2002, p. 1048 ss.

Nulla di simile risulta nel diritto privato francese dove, sul presupposto del silenzio del legislatore sul punto, la dottrina e la giurisprudenza hanno di regola assunto un atteggiamento liberale e possibilista.

L'attenzione, più che alla possibilità per il creditore di passare da una domanda ad un'altra, si è concentrata in Francia sugli ampi poteri riconosciuti in capo al giudice investito della causa di passare da una domanda (quella di risoluzione) all'altra (quella di adempimento).

La minore attenzione dedicata dai giuristi d'oltralpe alla questione in oggetto si spiega, come già anticipato, anche con il susseguirsi negli ultimi anni di svariati progetti di riforma del *Code civil* nella parte dedicata al diritto dei contratti ed, in particolare, alla materia dell'inadempimento.

Grande è, infatti, l'aspettativa per l'introduzione di una figura generalizzata di risoluzione stragiudiziale unilaterale che consenta di eliminare il necessario ricorso preventivo all'autorità giudiziaria, relegandolo ad un intervento successivo che potremmo definire di carattere "omologatorio"³⁴⁷.

Mancano, ad oggi, nel paese d'oltralpe fattispecie di risoluzione stragiudiziale analoghe a quelle previste nel nostro codice civile, che, in presenza di determinati presupposti, consentono di evitare l'intervento giudiziario, posticipandolo, e solo eventualmente, ad un momento successivo all'intervenuta dichiarazione unilaterale di risoluzione del contratto.

Da ciò l'ovvia esigenza degli studiosi francesi di individuare delle vie alternative alla domanda giudiziale, colmando l'attuale lacuna legislativa.

20. I principi coinvolti nel rapporto tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione del contratto per inadempimento in Francia ed in Italia

³⁴⁷ Sui progetti di riforma si è già detto sub nota 311.

L'analisi comparativa dei due sistemi ha, come preannunciato, portato alla luce l'atteggiamento maggiormente liberale e possibilista assunto dalla giurisprudenza così come dalla dottrina francesi.

Contrariamente a quanto è accaduto e accade in Italia, gli studiosi d'oltralpe che si sono occupati dell'argomento si sono sforzati di individuare delle soluzioni che giustificassero il passaggio da una domanda ad un'altra.

Ciò è avvenuto sia con riferimento alla posizione del creditore-attore, al quale la possibilità di sostituire un'azione ad un'altra è stata ampiamente riconosciuta in grado d'appello e financo dopo il passaggio in giudicato della sentenza, sia con riferimento al debitore convenuto, al quale è stata concessa la facoltà di offrire l'adempimento nel corso dell'intero giudizio di primo grado e anche successivamente, sia, infine, nei riguardi dell'organo giudicante, investito del potere di condannare il debitore all'esecuzione pur in mancanza di una domanda in tal senso del creditore.

Volendo andare oltre le singole soluzioni adottate nei due sistemi nelle diverse fattispecie analizzate nel corso del presente lavoro e portando l'analisi comparativa sul piano astratto dei principi, in Italia come in Francia l'intera materia del rapporto risoluzione/adempimento vacilla tra l'esigenza di tutela del creditore e l'esigenza di tutela del debitore.

In Francia, all'interno dello stesso processo sembra prevalere il *favor debitoris* – risultante vuoi dalla possibilità di concedere allo stesso un termine per adempiere, vuoi dalla facoltà del medesimo di offrire la prestazione non eseguita; nel rapporto tra i diversi gradi del giudizio e tra procedimenti diversi sembra invece potersi considerare preminente il *favor creditoris*, facilmente rinvenibile nel potere riconosciuto al contraente fedele, nell'obiettivo di soddisfare il proprio interesse, di sostituire alla

domanda di adempimento la domanda di risoluzione e viceversa.

In Italia, all'interno del singolo giudizio la prevalenza ora dell'uno ora dell'altro principio dipende dalla domanda *ab origine* proposta.

Così se il passaggio dall'adempimento alla risoluzione viene di regola giustificato facendo ricorso al principio del *favor creditoris*, il divieto di sostituire la domanda di risoluzione con la domanda di adempimento viene al contrario giustificato con il *favor debitoris*.

Nei rapporti tra i differenti gradi del medesimo giudizio, nonché tra procedimenti diversi, anche in Italia così come in Francia il *favor creditoris* è destinato a prevalere qualora si ammetta, come in effetti si è ammesso e con i limiti anzidetti, che il passaggio sia possibile in entrambi i sensi.

Gli studiosi d'oltralpe, come si è visto, ritengono che il rapporto tra adempimento e risoluzione si fondi sulla supremazia gerarchica del primo rimedio sul secondo.

Si parla, infatti, spesso della risoluzione come di un rimedio di carattere straordinario, come di un *ultimum subsidium* al quale va sempre ed in ogni caso preferita la conservazione del contratto.

Detta caratteristica, come si è già precisato, non è propria del solo diritto francese.

A ben vedere la si rinviene anche nel nostro ordinamento giuridico. Numerose sono, infatti, le norme contenute nel nostro codice civile nella parte relativa ai contratti che possono considerarsi quali esempi pacifici della tendenza del nostro legislatore a favorire sempre e comunque la conservazione del contratto.

Ciò vale anche se nella norma dettata precipuamente in tema di risoluzione per inadempimento potrebbe evincersi il principio opposto, considerato che *prima facie* l'art. 1453, II comma c.c. sembra ammettere il solo passaggio dall'adempimento alla risoluzione e che il III comma della medesima norma impedisce al debitore,

contrariamente a quanto accade nel sistema d'oltralpe, di offrire spontaneamente l'adempimento in corso di causa.

Come si è visto, un'interpretazione della disposizione che va oltre il mero dato letterale ha consentito di attribuire al divieto di passaggio dalla domanda di risoluzione alla domanda di adempimento carattere relativo, relegandolo entro precisi limiti spazio-temporali.

Sono poi le stesse norme in materia di risoluzione a confermare il carattere di rimedio straordinario riconoscibile alla risoluzione.

Basti pensare all'art. 1455 c.c. che presuppone, quale requisito imprescindibile per addivenire ad una pronuncia di scioglimento del contratto, un inadempimento contrattuale di "non scarsa importanza" o, ancora, all'art. 1459 c.c. in tema di risoluzione dei contratti plurilaterali.

Ma Lo stesso rapporto di supremazia gerarchica si rinviene anche a livello di diritto europeo già a partire dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, il cui scopo principale è sicuramente quello di salvare, nei limiti del possibile, l'affare concluso³⁴⁸.

In quest'ottica vanno lette le previsioni contenute negli artt. 49 e 64 che limitano la possibilità di richiedere lo scioglimento del contratto ai soli casi in cui vi sia stato un *fundamental breach* e, ancora, gli artt. 47 e 63 che consentono alla parte non inadempiente di concedere alla controparte un termine supplementare ai fini dell'adempimento, del tutto similmente a quanto accade in Francia con il cosiddetto *délai de grâce* ad opera del giudice e, a ben vedere, anche in Italia con la diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c.

Sempre a livello europeo il rapporto di supremazia gerarchica si evince chiaramente

³⁴⁸ Per una visione europea della questione si veda CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano* in *Diritto europeo*, 3, 1999, p. 793.

anche dai Principi Unidroit, il cui art. 7.3.1 prevede che “*una parte può risolvere il contratto se l’inadempimento della controparte costituisce un inadempimento essenziale*”, spingendosi poi ad enunciare una serie di parametri la cui presenza diventa requisito imprescindibile al fine di valutare la sufficienza dell’inadempimento per la risoluzione del contratto³⁴⁹.

Ma emblematico è soprattutto l’art. 7.2.5, il quale codifica la conclusione cui si giunge, in mancanza di una norma espressa, negli ordinamenti francese ed italiano: il n. 2) della norma dispone, infatti, che “*se la sentenza che condanna il debitore all’adempimento di un’obbligazione non pecuniaria non può essere eseguita, il creditore può ricorrere ad ogni altro rimedio*”, tra i quali non può non farsi rientrare anche la risoluzione.

Ne consegue che anche nei Principi Unidroit il rimedio *de quo* diventa una sorta di *ultimum subsidium* cui ricorrere quando il creditore, pur avendo ottenuto una sentenza di condanna, non riesca ad ottenere quanto gli era stato convenzionalmente promesso.

Ma se la supremazia dell’adempimento sul rimedio risolutorio è sicuramente presente negli ordinamenti in oggetto, occorre cionondimeno attribuirle la giusta importanza e l’esatto ambito di operatività.

Sebbene la dottrina e la giurisprudenza francesi risolvano molte delle questioni che si presentano nel rapporto tra adempimento e risoluzione e nel passaggio dall’uno all’altra e viceversa alla luce dell’indicata supremazia, in verità, a nostro parere, di supremazia si può pienamente parlare solo nell’ambito del medesimo giudizio.

Ne sono prova i più volte indicati poteri del giudice di condannare all’adempimento pronunciando *ultra petita* e la facoltà concessa *in itinere* al debitore di offrire l’esecuzione della prestazione dedotta nel contratto.

In Italia, per contro, come si è visto, nell’ambito del singolo giudizio, detto rapporto

³⁴⁹ In tema di Principi Unidroit si veda CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, p. 462 ss.

gerarchico non risulta sicuramente altrettanto forte.

Quando si esce dall'ambito del singolo grado di processo, anche nel paese d'oltralpe la detta supremazia si trova a dover convivere con altri importanti principi.

Così, ad esempio, la grande libertà riconosciuta al creditore di passare dalla domanda di adempimento alla domanda di risoluzione non solo in grado d'appello, ma anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna³⁵⁰, si giustifica, in Italia come in Francia, anche ricorrendo al principio della tutela della *pars* creditoria.

Ciò, tuttavia, non impedisce che la medesima libertà possa essere spiegata anche con il ricorso al detto rapporto di supremazia, se con esso si intende la considerazione della risoluzione come *ultimum subsidium*, vale a dire come strumento estremo cui ricorrere quando l'interesse del creditore non si è potuto realizzare attraverso l'adempimento.

Lo stesso dicasi nel caso opposto del passaggio dalla domanda di risoluzione alla domanda di adempimento nei diversi limiti in cui lo stesso deve ritenersi ammesso nei due sistemi giuridici a confronto.

Così, se l'obiettivo principale è la conservazione del contratto, è anche in quest'ottica che acquista significato la possibilità del passaggio dalla domanda di scioglimento del contratto alla richiesta di adempimento.

Ciò, come visto, è tanto più vero nel sistema d'oltralpe in cui non esiste un divieto espresso analogo a quello di cui all'art. 1453, II comma c.c.

Volendo trarre le fila del discorso iniziato nel capitolo secondo e terminato nel presente capitolo, l'intero rapporto tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione del contratto per inadempimento e la possibilità di sostituzione reciproca tra i due rimedi, si spiega in Italia come in Francia - al di là delle soluzioni specifiche offerte dai due ordinamenti giuridici e al di sopra delle diverse giustificazioni fornite alle singole

³⁵⁰ Ma lo stesso vale, come si è detto, anche nell'ipotesi in cui il giudizio sia terminato con una sentenza di rigetto della domanda di adempimento, con l'onere, per il creditore, di dimostrare un grave inadempimento sopravvenuto.

fattispecie, come visto non sempre collidenti - alla luce di alcuni principi comuni che si intrecciano e interagiscono e che, a seconda delle ipotesi considerate, finiscono con il prevalere l'uno sull'altro.

Tali sono, come visto, il principio del *favor creditoris*, il principio del *favor debitoris* ed, ancora, il principio di conservazione del contratto in uno con il conseguente principio della supremazia dell'adempimento sul rimedio risolutorio.

Ma le profonde analogie esistenti non stupiscono e non devono stupire se solo si considera il comune substrato giuridico che ha portato alle due codificazioni contemporanee, senza dimenticare la grande influenza che il *Code Napoleon* ha saputo esercitare sul codice del 1865 prima e, di riflesso, anche se in misura parzialmente minore, sul codice civile del 1942 poi.

BIBLIOGRAFIA

Autori italiani

ALESSI

- *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984

AMADIO

- *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Il trattato del contratto* a cura di Roppo, V, 2, Milano, 2006

AULETTA

- *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942

AULETTA

- *Ancora sul mutamento della domanda di esecuzione in domanda di risoluzione* in *Giurisprudenza italiana*, I, 1950

AULETTA

- *Sentenza di condanna all'esecuzione e azione in risoluzione per inadempimento* in *Giurisprudenza italiana*, I, 1953

AULETTA

- *Domanda di risoluzione e domanda di adempimento (in via principale e in via subordinata e questioni sull'importanza dell'inadempimento)* in *Giurisprudenza italiana*, I, 1956

BASINI

- *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001

BATTELLI

- *Domanda di Risoluzione e criteri di valutazione dell'inadempimento*, in *Giurisprudenza italiana*, 3, 2005

BELFIORE

- *Risoluzione per inadempimento (voce)* in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Milano, 1989

BETTI

- *Teoria Generale delle Obbligazioni*, III, *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954

BIANCA

- *La responsabilità, Diritto Civile, V, Milano, 1994*

BIANCA

- *Inadempimento delle obbligazioni, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna Roma, 1979*

BRECCIA

- *Le obbligazioni in Trattato di diritto civile a cura di Iudica Zatti, Milano, 1991*

CAPORALI

- *Teoria della condizione risolutiva tacita nel diritto civile, Firenze, 1885*

CARNEVALI

- *Della risoluzione per inadempimento, Delle Obbligazioni, in Commentario Scialoja Branca, Libro IV, I, 1, Bologna, 1990*

CARNEVALI

- *Domanda di adempimento dopo quella di risoluzione: divieto assoluto o relativo? – Il commento in Il corriere giuridico, 8, 1996*

CASTRONOVO

- *La risoluzione del contratto nel diritto italiano, Il contratto inadempito, a cura di Letizia Vacca, Torino, 1999*

CASTRONOVO

- *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano in Diritto europeo, 3, 1999*

CASTRONOVO

- *Principi di diritto europeo dei contratti, Milano, 2001*

CERAMI

- *Risoluzione del contratto (voce) in Enciclopedia del diritto, XL, Milano, 1989*

CONSOLO

- *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento in Rivista di diritto civile, I, 1995*

CONTE

- *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti in Diritto europeo, II, 2, 1998*

CUBEDDU

- *Divieto di domanda di adempimento e interesse del creditore, in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, I, 1997*

DALMARTELLO

- *Risoluzione del contratto (voce)* in *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, Torino, 1969

DELLACASA

- *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Il trattato del contratto* a cura di Vincenzo Roppo, V, 2, Milano, 2006

DELLACASA

- *Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto di vista sulla giurisprudenza*, in *Danno e responsabilità*, 3, 2008

DIKOFF

- *Studi sulla risoluzione dei contratti bilaterali secondo l'art. 1165 del c.c. italiano* in *Archivi Giurisprudenza*, 1930

ENRIETTI

- *Della risoluzione del contratto in generale, Delle obbligazioni*, in *Commentario D'Amelio-Finzi*, I, Firenze, 1948

FALZEA

- *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947

FERRARA SENIOR

- *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940

FERRARI

- *La vendita internazionale* in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, XXI, Padova, 2006

FRAGALI

- *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere* in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1966

GALGANO

- *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004

GALLO

- *Ripetizione dell'indebito* voce in *Digesto*, VXI, Torino, 1998

GAZZONI

- *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007

GILI

- *Rapporti tra diritto di mutare la domanda di adempimento in domanda di risoluzione* in *Giurisprudenza Italiana*, 10, 1999

GIORDANO

- *Risoluzione di contratto e adempimento* in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944

GIORGI

- *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, IV, Fonti delle Obbligazioni – Continuazione dei Contratti*, Firenze, 1886

GIORGIANNI

- *Causa (Diritto Privato) (voce)* in *Enciclopedia del Diritto*, VI, Milano, 1960

GIORGIANNI

- *L'inadempimento, Corso di diritto civile*, Milano, 1975

GIORGIANNI

- *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento* in *Contratto e impresa*, 1991

GORLA

- *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934

GRANELLI

- *Risoluzione per inadempimento e "mora debendi"* in *Contratti*, 6, 1993

KLITSCHKE DE LA GRANGE

- *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice* in *Rivista di diritto civile*, I, 1964

IANNOTTA

- *Della risoluzione del contratto per inadempimento* in *Vita notarile*, 3, 1, 1999,

LANCELOTTI

- *Sul concorso delle azioni (vicende dottrinali ed autonomia di nozione)* in *Studi in onore di Tullio Carnicini*, II, 1, Milano, 1984

LIEBMAN

- *Azioni concorrenti* in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1934

LUMINOSO

- *Il mandato e la commissione, Obbligazioni e contratti*, in *Trattato Rescigno*, 12, IV, Torino, 1985

LUMINOSO

- *Della risoluzione per inadempimento, Delle Obbligazioni* in *Commentario Scialoja-Branca*, IV, I, 1, Bologna-Roma, 1990

LUMINOSO

- *Il contratto nell'Unione Europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *I Contratti*, 11, 2002

MENCHINI

- *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987

MESSINEO

- *Contratto (Diritto privato – teoria generale) (voce)* in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961

MESSINEO

- *Il contratto in genere* in *Trattato Cicu-Messineo*, I, Milano, 1973

MESSINEO

- *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959

MIRABELLI

- *Dei Contratti in generale* in *Commentario del codice civile*, IV, II, Torino, 1980

MURARO

- *L'inadempimento prima del termine* in *Rivista di diritto civile*, I, 1975

MOSCO

- *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950

NATUCCI

- *Risoluzione per inadempimento e prescrizione* in *Rivista di diritto civile*, 1996, II

OSTI

- *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali* in *Scritti Giuridici*, I, Milano, 1973

PALAZZO

- *Le donazioni, artt. 769-809* in *Comentario Schlesinger*, Milano, 1991

PATTI

- *Risoluzione per inadempimento, contratti di durata e contratto di appalto d'opera* in *Rivista di diritto commerciale*, 7-8/9-10, 2002

PATTI

- *Risoluzione per inadempimento del contratto di appalto* in *Studium juris*, 11, 2004

PEROZZI

- *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928

PETRONIO

- *Risoluzione del contratto (diritto intermedio) (voce)* in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989

PISCIOTTA

- *La Risoluzione per inadempimento*, Milano, 2000

REDENTI

- *L'offerta di riduzione ad equità* in *Rivista trimestrale diritto e processo civile*, 1947

RICCI

- *Sulla sostituzione della domanda di adempimento con la domanda di risoluzione* in *Giurisprudenza italiana*, I, 1, 1974

ROPPO

- *Il contratto* in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001

ROMEO

- *Premessi cenni sui rapporti tra l'azione di adempimento e la domanda di risoluzione del contratto, si tratti in particolare dei limiti di ammissibilità dell'adempimento tardivo* in *Diritto e formazione*, 10, 2002

ROTA

- *Dalla domanda di adempimento alla domanda di risoluzione* in *Rivista di diritto processuale*, vol. 45, 1990

RUBINO

- *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento* in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1947

RUPERTO

- *La Giurisprudenza sul Codice Civile, Delle Obbligazioni*, IV a cura di Caianiello, Polito, Sgroi, Milano, 2005

SACCO

- *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, II, Torino, 2004

SACCO

- *I rimedi sinallagmatici* in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 10, Torino, 2002

SACCO

- *Risoluzione per inadempimento voce* in *Digesto*, V XI, Torino, 1998

SANTORO PASSARELLI

- *Dottrine Generali del Diritto Civile*, IX, Napoli, 1989

SATTA

- *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1962

SCADUTO

- *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano* in *Annali Palermo*, Palermo, 1921

SCHMIDLIN

- *La risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità ex tunc al rapporto di liquidazione contrattuale*, in *Diritto europeo*, 2001

SCOGNAMIGLIO

- *Contratti in generale* in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, IV, III, Milano, 1980

SICCHIERO

- *Indisponibilità dell'effetto risolutivo stragiudiziale del contratto* in *Giurisprudenza Italiana*, V, 2009

SICCHIERO

- *La risoluzione per inadempimento*, *Il Codice Civile, Commentario Schlesinger*, Milano, 2007

SICCHIERO

- *Rinuncia* (voce) in *Digesto Sez. civile*, XVII, Torino, 1998

SMIROLDO

- *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982

TAMPONI

- *Contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, II, Torino, 2002

TARUFFO

- *Le preclusioni nella riforma del processo civile* in *Rivista di diritto processuale*, 1992

TOMEI

- *Sul mutamento in appello della domanda di adempimento in quella di risoluzione* in *Giur. compl. cass. civ.*, III, 1948

TRABUCCHI

- *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 2005

TRIOLA

- *In tema di rapporti tra domanda di risoluzione e domanda di adempimento in Giustizia civile*, I, 1993

TRIOLA

- *Osservazioni in tema di rapporti tra domanda di risoluzione e adempimento tardivo in Vita notarile*, 3, 2000

VIVANTE

- *Trattato di diritto commerciale*, IV, II, Milano, 1923

Autori stranieri

ALZON

- *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Parigi, 1965

ATIAS

- *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, Aix-en-Provence, 2003

BUFFELAN-LANORE

- *Droit civil*, Parigi, 2006

BUSSY-DUNAUD

- *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix de plaideur*, Parigi, 1988

CARBONNIER

- *Théorie des obligations*, Parigi, 1963

CASSIN

- *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution* in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1945

CHABAS

- *Obligations, Théorie générale* in *Leçons de droit civil*, II, I, Parigi, 1998

CROME

- *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, Milano, 1908

DELEBECQUE

- *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, tesi, Aix-Marseille, 1981

DEPREZ

- *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français* in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations, Travaux de l'association Henry Capitant, XVII, Parigi, 1964*

FAGES

- *Le comportement du contractant*, Parigi, 1997

FIN- LANGER

- *L'équilibre contractuel*, tesi, Orléans, 2002

FONTAINE

- *La mise en oeuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive* in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé, Bruxelles-Parigi, 2001*

GENICON

- *La résolution du contrat pour inexécution*, Parigi, 2007

GROSSER

- *Les remèdes à l'inexécution du contrat: essai de classification*, Parigi, 2000

GHESTIN

- *La résolution pour inexécution*, in *Il contratto inadempnuto, Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo* a cura di Letizia Vacca, Torino, 1999

GHESTIN, JAMIN e BILLIAU

- *Les effets du contrat, Les obligations* in *Traité de droit civil*, Parigi, 2001

GRYNBAUM e POILLOT

- *L'acquis communautaire*, in *Les sanctions de l'inexécution du contrat*, in *Collana Études juridiques*, Parigi, 2006

HERON

- *Droit judiciaire privé*, Parigi, 2006

HOUTCIEFF

- *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, tesi, Parigi, 2001

LAGARDE

- *Remarques sus l'actualité de la mise en demeure* in *Juris Classeur Périodique*, 1996

LAITHIER

- *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Parigi, 2004

LARROUMAT

- *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, III, Parigi, 2003

LAURENT

- *Principes de droit civil français*, Parigi, 1878

LENARD

- *Dissertation sur la condition résolutoire tacite*, Parigi, 1878

LEPELTIER

- *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*, Parigi, 1934

MARCADE'

- *Explication théorique et pratique du code napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, IV, sub art. 1184, Parigi, 1866

MAZEAUD

- *Exigence de cohérence contractuelle*, in *Revue des contrats*, 2, 2006

MAZEAUD e CHABAS

- *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, III, 1, Parigi, 1983

MESTRE

- *Faire résoudre le contrat et l'invoquer ne vaut* in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1990

MESTRE

- *Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat* in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, Aix-en-Provence, 1993

MESTRE

- *Du droit pour une partie de demander la résolution du contrat après avoir choisi en vain la voie de l'exécution forcée* in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994

MEULIEN

- *Le principe de cohérence dans les relations d'affaires*, memoria, Aix-Marseille, 2009

MIGUET

- *Immutabilité et évolution du litige*, tesi, Parigi, 1977

NAJJAR

- *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Parigi, 1967

NORMAND

- *Office du juge, Détermination des éléments de l'instance. Les parties. L'objet du litige* in *Juris Classeur procédure civile*, 1978

PANCRAZI-TIAN

- *La protection judiciaire du lien contractuel*, Aix-en-Provence, 1996

PERDRIAU

- *Une demande peut-elle être implicite?*, in *Gazette Palais*, 2, 1998

PLANIOL e RIPERT

- *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, VI, Parigi, 1952-1962

PUTMAN

- *Remarques sur la demande subsidiaire*, in *Juris Classeur Periodique*, I, n. 3493, 1991

RIGALLE-DUMETZ

- *La résolution partielle du contrat*, Parigi, 2003

ROCHFELD

- *Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat: la subjectivation du droit de l'exécution*, in *Revue des contrats*, 1, 2006

ROUJOU DE BOUBEE

- *Essai sur la notion de réparation*, tesi, Parigi, 1974

STARCK, ROLAND, BOYER

- *Droit civil, Les obligations*, in *Contrat*, 2, Parigi, 1998

SILVA

- *La portée du non-cumul de la résolution du contrat et de son exécution forcée en nature* in *Revue Lamy Droit Civil*, 2, 2007

STOFFEL-MUNCK

- *Exécution et inexécution du contrat*, in *Revue des contrats*, 1, 2009

STORCK

- *Contrats et obligations*, in *Juris Classeur – Code civil sub art. 1184*, fasc. 10, 2008

TALLON

- *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation* in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994

TERRE'

- *Droit civil, Les obligations*, Parigi, 2005

TOULLIER

- *Droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, VI, Parigi, 1824

VANWIJCK-ALEXANDRE

- *Les modalités de l'exercice de l'option conférée par l'article 1184 du Code civil*, Parigi, 1994

VINEY

- *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles-Parigi, 2001

VIRASSAMY

- *Juris Classeur Périodique*, I, 1998

WEILLER

- *La liberté procédurale du contractant*, tesi, Parigi, 2004

ZAKARIA

- *Le juge et la résolution du contrat*, tesi, Parigi, 2002