



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali (SPGI)

Scuola di Dottorato di Ricerca in Diritto Internazionale e Diritto Privato e del Lavoro
Ciclo XXIX

RISOLUZIONE DI DIRITTO ED ESIGENZE DI CONFORMAZIONE CONVENZIONALE DEL RIMEDIO

Direttore della Scuola: Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Supervisore: Ch.ma Prof.ssa Matilde Girolami

Dottoranda: Sofia Nobile de Santis

A Tommaso

Indice.....	1
-------------	---

*** **

Capitolo I

AUTONOMIA PRIVATA E «SISTEMA DELLE RISOLUZIONI DI DIRITTO»: PROBLEMI E PROSPETTIVE

1.1	Premessa.....	5
1.2	Declino del ruolo del giudice ed ascesa dell'autonomia privata.....	8
1.3	La nozione di accordo preventivo: precisazione terminologica e funzioni.....	10
1.4	(Segue) Deroghe contrattuali alla disciplina legale: l'influenza dei modelli internazionali.....	14
1.5	Il piano della ricerca.....	15

Capitolo II

LA RISOLUZIONE UNILATERALE DEL CONTRATTO IN ASSENZA DI UN ACCORDO PREVENTIVO

2.1	Premessa: la diffida ad adempiere quale strumento risolutivo che consente di prescindere da un accordo preventivo.....	19
2.2	Struttura dello strumento risolutivo e presupposti. Non scarsa importanza dell'inadempimento.....	20
2.3	...(segue) e imputabilità.....	26
2.4	Inadeguatezza dello strumento a fronte di un inadempimento definitivo. Alcune esemplificazioni.....	32
2.5	L'inadempimento definitivo nel termine essenziale.....	38
2.6	Differenze con gli strumenti risolutivi previsti dal diritto uniforme ed alcune considerazioni....	42
2.7	Considerazione dei modelli inglese, tedesco e francese in relazione alla necessità di assegnare un termine supplementare.....	46
2.8	Il diritto inglese: scioglimento del contratto <i>by notice</i> e inadempimento avente carattere <i>irremediable</i>	47
2.9	Istituto del <i>Nachfrist</i> ed ipotesi di recesso immediato.....	50
2.10	Il diritto francese e la risoluzione <i>aux risques et périls du créancier</i>	57
2.11	La risoluzione unilaterale di cui al nuovo art. 1226 del <i>code civil</i>	60
2.12	Conclusioni del cap. II: inconvenienti della risoluzione unilaterale ed incentivi alla conformazione convenzionale.....	63

Capitolo III

FUNZIONI «TRADIZIONALI» DELL'ACCORDO PREVENTIVO NELLA RISOLUZIONE DI DIRITTO

3.1	Accordo preventivo sulla non scarsa importanza dell'inadempimento: clausola risolutiva espressa e pattuizioni atipiche.....	69
3.1.1	L'esperienza francese e la struttura della <i>clause résolutoire</i> di cui all'art. 1225 del <i>code civil</i>	74
3.1.2	L'esperienza inglese delle <i>express termination clauses</i>	79
3.1.3	Il problema delle clausole risolutive generiche negli ordinamenti italiano e francese.....	84
3.1.4	<i>Termination clauses</i> e deroghe in astratto al <i>repudiatory breach</i>	87
3.1.5	Il problema dell'accordo preventivo che consenta la risoluzione per inadempimenti di natura trascurabile.....	92
3.1.6	Il ruolo della buona fede oggettiva in presenza di una clausola risolutiva espressa: alcuni rilievi critici.....	95
3.2	Accordo preventivo e imputabilità: ricostruzione del presupposto nella clausola risolutiva espressa.....	98
3.2.1	La possibilità di prevedere che il contratto si risolva anche al verificarsi di un inadempimento non imputabile e/o non colpevole.....	103
3.3	Accordo preventivo ed agevolazione del meccanismo operativo. La deroga all'intimazione di un termine di grazia.....	106
3.3.1	La clausola risolutiva automatica.....	109
3.4	Conclusioni del cap. III.....	114

Capitolo IV

CONTENUTI E FUNZIONI «ULTERIORI» DELL'ACCORDO PREVENTIVO: UN'ANALISI DELLA PRASSI NEGOZIALE

4.1	Ulteriori esigenze di conformazione convenzionale nel quadro sovranazionale e comparato.....	117
4.2	Contratti internazionali e clausole sulla risoluzione per inadempimento del contratto.....	120
4.3	Circolazione di <i>boilerplate clauses</i> nei singoli sistemi giuridici. Alcuni profili problematici....	125
4.4	Le «clausole aliene» tipiche dei contratti di finanziamento bancario: spunti in merito alle possibili direzioni dell'autonomia privata.....	132
4.5	Clausole che ampliano la portata del rimedio risolutivo. Criticità e coordinamento con le clausole di recesso discrezionale.....	139
4.6	Clausole che, viceversa, tendono alla «stabilizzazione» del contratto.....	144
4.7	(Segue) <i>Limited remedy clauses</i>	150
4.8	(Segue) <i>Sole remedy clauses</i>	158

4.9 Conclusioni del cap. IV: quali limiti alla derogabilità delle norme in tema di risoluzione per inadempimento?.....	165
--	-----

Sintesi conclusiva.....	169
-------------------------	-----

*** **

Riferimenti bibliografici.....	175
--------------------------------	-----

Esposizione riassuntiva del lavoro in lingua italiana e inglese.....	197
--	-----

Capitolo I

AUTONOMIA PRIVATA E «SISTEMA DELLE RISOLUZIONI DI DIRITTO»: PROBLEMI E PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1.1 Premessa. - 1.2 Declino del ruolo del giudice ed ascesa dell'autonomia privata. - 1.3 La nozione di accordo preventivo: precisazione terminologica e funzioni. - 1.4 (Segue) Deroghe contrattuali alla disciplina legale: l'influenza dei modelli internazionali. - 1.5 Il piano della ricerca.

1.1 Premessa.

Il presente lavoro di ricerca si propone di indagare i limiti all'ammissibilità di deroghe convenzionali che incidano sui presupposti e sugli elementi della risoluzione per inadempimento. Lo studio trae il proprio spunto dalla considerazione che, soprattutto in contratti che presentano un rilevante interesse economico e regolano relazioni commerciali complesse, le parti tendono ad inserire nel testo contrattuale un'ampia varietà di clausole miranti a disciplinare lo scioglimento del vincolo nel caso di mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni contrattuali.

Al fine di approfondire il rapporto tra risoluzione per inadempimento ed autonomia negoziale è parso opportuno attribuire rilievo alla comparazione giuridica¹.

Il dibattito condotto nel panorama italiano in merito alla disponibilità delle disposizioni di cui agli artt. 1453 ss. ha infatti radici risalenti², ma scarse sono le pronunce giurisprudenziali³ e poco dirimenti i riferimenti normativi. Attraverso la previsione di cui all'art. 1456 c.c. il legislatore consente alle parti di ampliare i margini di operatività

¹ In merito alle funzioni che la comparazione giuridica è chiamata ad assumere si richiama la trattazione di GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, 2016, 39 ss. Sull'importanza del dato comparativo e sul suo ruolo nell'interpretazione del diritto interno v. STOLL, *Zur Legitimität und normative Relevanz rechtsvergleichender Argumente im Zivilrecht*, in KOZIOL u. RUMMEL (Hrsg.), *Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für F. Bydlinski*, Wien-New York, 2002, 437: «ist die Anwendung im geltenden Recht zielende Rechtsvergleichung keineswegs „antidogmatisch“. Vielmehr liegt ihr Schwerpunkt gerade auf der Rechtsdogmatik, nämlich der Beeinflussung und Mitgestaltung des dogmatischen Instrumentariums der Rechtsfindungs».

² Cfr., ad esempio, le pagine di AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 589 ss.; ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, in *Commentario del codice civile* diretto da D'Amelio-Finzi, Libro delle obbligazioni, I, Firenze, 1948, 815 ss.; MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1950, 261 ss.

³ In tema di clausola di irrisolubilità v., da ultimo, Cass., 9.5.2012, n. 7054, con nota di SICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*, in *Giur. it.*, 2012, 11 ss., la quale contiene però solo un *obiter dictum* («La clausola di rinuncia alla risoluzione del contratto per inadempimento è nulla per violazione dell'art. 1229 c.c.»).

della risoluzione per inadempimento⁴, ma al di fuori di tale fattispecie il ruolo dell'autonomia contrattuale sembra essere riconosciuto con prudenza. Inoltre, diversamente da quanto accade per le pattuizioni che determinano in via anticipata le conseguenze economiche dell'inadempimento (circoscritte entro i limiti dell'art. 1229 c.c.)⁵, nel codice civile non si rinviene una disposizione regolante i patti con cui i contraenti apportino modifiche convenzionali al regime della risoluzione.

Per quanto riguarda il dibattito dottrinale, esso si è perlopiù soffermato su questioni legate all'ammissibilità di singole fattispecie di clausole. Oltre alla discussione in merito alla possibilità di dedurre in condizione la mancata esecuzione di una prestazione *ex contractu* (ossia il problema indicato dalla formula «condizione risolutiva di inadempimento», che coinvolge primariamente tematiche relative all'opponibilità ai terzi degli effetti della risoluzione)⁶, i principali sforzi si sono concentrati sulla fattispecie della «clausola di irresolubilità»⁷, coincidente con la più estrema forma di ablazione del rimedio risolutorio. L'analisi della prassi negoziale, influenzata dai modelli internazionali, mostra invece un quadro più articolato, che merita un tentativo di ricostruzione sistematica⁸. Pertanto, è parso opportuno cogliere le indicazioni provenienti da quegli ordinamenti che attribuiscono all'autonomia privata un ruolo non meramente residuale nel contesto dei rimedi contro l'inadempimento.

Il riferimento è, in particolare, ai sistemi di *common law*, che hanno anticipato il dibattito che il presente lavoro si propone di affrontare: introducendo in parte quanto

⁴ V. però CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, 1995, Torino, 13 ss., che fa notare come la presenza di numerose disposizioni che circoscrivono l'importanza dell'inadempimento genera il sospetto che la risoluzione sia svincolata, in parte, dai poteri di autonomia privata.

⁵ Per l'opinione che ritiene applicabile l'art. 1229 c.c. alle ipotesi di limitazione o ablazione del rimedio risolutivo v. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit. La norma veniva già richiamata da MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 263. Sulla questione v. altresì D'ADDA, *Le clausole di esonero della responsabilità*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, Torino, 2013, 359 ss.; CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in CARNEVALI-GABRIELLI-TAMPONI, *Il contratto in generale*, Tomo VII, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, 28.

⁶ Sul tema si richiama, *in primis*, lo studio monografico di AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996; ID., *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, 193 ss. Per una recente ricostruzione dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in tema di condizione di inadempimento cfr. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013, 250 ss.

⁷ V. da ultimo, in dottrina, GALLARATI, *Il contratto irresolubile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola «exclusive remedy» nell'economia delle parti*, in *Contr. e impr.*, 2016, 1022 ss.; BERTINO, *Sulla validità di una clausola di irresolubilità del contratto per inadempimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 536 ss., ove ampi riferimenti.

⁸ In una direzione di più ampio respiro si pongono i contributi di BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1989, XL, spec. 1309 ss.; DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998; AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto* a cura di Roppo, vol. V, *I Rimedi*, Tomo 2, Milano, 2007, 22 ss.; SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod. civ.* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2007, 391 ss.

emergerà nel corso della trattazione, nell'ordinamento giuridico inglese da decenni viene data una risposta favorevole alla possibilità di rinunciare *ex ante* al rimedio risolutorio⁹, mentre nel *common law* statunitense si trovano disposizioni generali che regolano espressamente il problema della limitazione dei rimedi contro l'inadempimento¹⁰.

Necessaria è altresì la considerazione della disciplina contenuta nei *Principles of International Commercial Contract*, elaborati dall'Unidroit (PICC)¹¹ e dei principali progetti di uniformazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti in ambito europeo: il riferimento è ai *Principles of European Contract Law (PECL)*¹², che contengono un'espressa disposizione dedicata alla conformazione convenzionale dei rimedi contro l'inadempimento e al *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*¹³. Tali testi assumono particolare rilievo per il fatto di dettare una disciplina reputata, salvo eccezioni, integralmente derogabile dalla parti¹⁴; inoltre, è noto come le relative disposizioni abbiano subito in larga parte l'influenza dello *Uniform Commercial Code* statunitense.

Parimenti, non può essere trascurata l'esperienza francese e le riflessioni che hanno impegnato la dottrina d'oltralpe nell'ambito dell'elaborazione delle nuove norme del *code civil* in tema di risoluzione¹⁵, verificando se il processo di riforma possa offrire

⁹ *Gilbert-Ash (Northern) Ltd v. Modern Engineering (Bristol) Ltd*. [1974] AC 689.

¹⁰ V. *Uniform Commercial Code*, § 2-719: *Contractual Modification or Limitation of Remedy*. *Amplius infra*, cap. IV.

¹¹ Unidroit – International Institute for the Unification of Private Law, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Roma, 2010.

¹² Commissione per il diritto europeo dei contratti, *Principi di diritto europeo dei contratti*, pt. III, ed. it. a cura di Castronovo, Milano, 2005.

¹³ VON BAR, CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, vol. I, Munich, 2009.

¹⁴ Si ritiene, generalmente, che la disciplina in tema di rimedi dettata dai principi internazionali e dai progetti di *soft law* sia di natura derogabile. V., ad esempio, DCFR, libro II. – 1:102: *Party autonomy* (2): «Parties may exclude the application of any of the following rules relating to contracts or other judicial acts, or the rights and obligations arising from them, or derogating from or vary their effects, except as otherwise provided».

¹⁵ L'Ordonnance del 10.2.2016, entrata in vigore il 1° ottobre 2016, ha riformato le disposizioni del libro III del *Code Napoléon* in materia di diritto dei contratti, del regime generale e della prova delle obbligazioni. Le norme dedicate alla risoluzione per inadempimento sono gli artt. 1224-1230. Nella dottrina italiana, per alcune riflessioni sulle novità introdotte in materia di risoluzione v. BARELA, *Risoluzione del contratto in Francia: nuove prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 385 ss. (il contributo è però relativo alle disposizioni del progetto della *Chancellerie*), PAGLIANTINI, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: a proposito degli artt. 1219, 1224, 1226 e 1227 c.c., per un'interpretazione evolutiva dell'art. 1453 c.c.*, in corso di pubblicazione in *Annuario del contratto*, 2017. Alcuni cenni sulle novità in tema di risoluzione si trovano anche in D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 432 ss.; COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese dei contratti*, in *Contratto e impr. Europa*, 2016, 311 ss.; F. BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2016, I, 627 ss.; KLESTA, *La*

spunti di carattere più ampio rispetto alla problematica relativa alla validità di una clausola con cui le parti escludono, *in toto* ed in via anticipata, il rimedio risolutorio¹⁶.

1.2 Declino del ruolo giudice ed ascesa dell'autonomia privata.

Sempre privilegiando una prospettiva di tipo comparatistico, la ricostruzione delle deroghe convenzionali al regime della risoluzione per inadempimento non può prescindere dalla disamina del ruolo del giudice in tale contesto¹⁷.

Com'è noto, il nostro sistema si caratterizza per un modello «misto» ove le risoluzioni di diritto si affiancano, ma non si sostituiscono, alla risoluzione di tipo giudiziale. Tale scelta è stata adottata dal codice civile del 1942 che, sancendo l'ingresso dei modi di risoluzione stragiudiziale, ha consentito la risoluzione del contratto per inadempimento prescindendo dall'intervento giudiziale. Inizialmente accolte come «eccezioni», come «ipotesi speciali» rispetto al sistema giudiziale¹⁸, si è gradualmente riconosciuta l'importanza del loro ruolo, fondamentale soprattutto nell'ambito delle contrattazioni di tipo commerciale (ed infatti, scopo della codificazione del 1942 era proprio quello di favorire un processo di «commercializzazione» del codice di diritto privato¹⁹).

L'opzione per tale modello segna un isolamento rispetto a quanto avviene nella scena internazionale (v. PICC, PECL, DCFR) e nel panorama europeo (*common law* anglosassone ed ordinamento tedesco), ove il sistema della risoluzione non si fonda sulla mediazione giudiziale ed è assimilabile, in via di approssimazione, alla risoluzione per effetto di diffida *ex art. 1454 c.c.*, anche se le prospettive di armonizzazione in Europa risultano ridimensionate ad esito della recente *Réforme* in Francia, che ha propeso per un modello «misto» assimilabile a quello tipico del codice civile italiano vigente.

riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1543 ss. Sull'importanza del processo di riforma del diritto francese nella prospettiva del giurista italiano GIROLAMI, *Modernità e tradizione nel diritto dei contratti: i progetti di riforma del Code Napoléon nella prospettiva del giurista italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 243 ss.

¹⁶ Anche nell'ordinamento francese il dibattito relativo all'ammissibilità di una clausola di irresolubilità è tradizionale e risalente. V., per tutti, GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, 242 ss., ove ampi riferimenti.

¹⁷ Sul tema cfr. DELLACASA, *Il giudice e la risoluzione del contratto nell'esperienza italiana e nella prospettiva europea*, in *Studium Iuris*, 2006, 537 ss.

¹⁸ Lo nota SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 3 ss., in uno studio ampiamente dedicato ai mezzi di risoluzione stragiudiziale del contratto.

¹⁹ Chiaramente, con particolare riferimento alla disciplina della risoluzione per inadempimento, SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 5.

Conseguentemente, la funzione tradizionalmente assegnata all'autonomia privata nell'ordinamento italiano coincide con quella garantita dal modello tipico della clausola risolutiva espressa²⁰ che consente, da un lato, una rapida affrancazione dal contratto e, dall'altro, limita la discrezionalità del giudice in sede di valutazione sulla non scarsa importanza dell'inadempimento²¹.

Tuttavia, anche nei sistemi in cui il giudice parrebbe avere un ruolo meno rilevante e che garantiscono una più agevole «fuoriuscita» dal rapporto contrattuale si assiste ad un'ampia diffusione di clausole risolutive che tendono sia a perseguire esigenze di celerità ed efficienza imposte dai traffici internazionali, sia ad assolvere a significativi interessi delle parti in virtù delle esigenze concrete tipiche delle singole contrattazioni.

La ricostruzione delle direzioni che può assumere l'autonomia privata impone dunque di avviare la ricerca dalla delineazione dei presupposti e delle caratteristiche della risoluzione che non risulti preceduta da un accordo preventivo, verificando quali possano essere gli inconvenienti gravanti sul creditore che risolva il contratto per atto di parte, in assenza di un preventivo atto di volontà privata.

La mancata valorizzazione, nell'ambito della ricerca, dell'alternativa rappresentata dal ricorso alla risoluzione giudiziale²² deriva dalla scelta di privilegiare il modello della risoluzione unilaterale²³ in una prospettiva di unificazione europea e internazionale del diritto dei contratti e della circostanza che, dati gli inconvenienti che il ricorso

²⁰ Per la concezione secondo la quale la clausola risolutiva espressa sarebbe un'evidente manifestazione dell'autonomia privata v. G. IUDICA, *Risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 191 ss. Sul punto cfr. altresì BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1311, il quale puntualmente osserva che «[p]er quanto attiene ai presupposti della risoluzione, si può in un certo modo parlare di derogabilità della regola posta nell'art. 1455 c.c. (importanza dell'inadempimento) già in base alla considerazione [...] che la principale ragion d'essere dell'art. 1456 c.c. (clausola risolutiva espressa) è proprio quella di sottrarre al giudice il potere di valutare o meno la gravità dell'inadempimento».

²¹ Sulle funzioni del patto *ex art. 1456 c.c. v.*, da ultimo, BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*, Milano, 2016, 294: «Il patto risolutivo espresso si componerebbe così di due distinti accordi: il primo, interpretativo della regola dell'art. 1455 cod. civ., rispetto ad uno specifico inadempimento dedotto in contratto (comma 1° dell'art. 1456 cod. civ.), ed un secondo attributivo della facoltà di risolvere automaticamente il negozio per mezzo della dichiarazione (comma 2° dell'art. 1456 cod. civ.) resa dalla parte fedele al contratto al soggetto inadempiente».

²² Il titolo «Risoluzione di diritto ed esigenze di conformazione convenzionale del rimedio» rispecchia tale impostazione. Le pattuizioni che verranno analizzate, infatti, sono diffuse anche e soprattutto negli ordinamenti che si fondano unicamente sulla risoluzione di diritto e che non prevedono la risoluzione di tipo giudiziale.

²³ D'altronde, nel panorama italiano diverse voci auspicano il superamento del modello risolutivo per via giudiziale, giungendo alla configurazione di una «risoluzione unilaterale» non positivamente disciplinata (e quindi che si porrebbe al di fuori dagli artt. 1454 e 1456 c.c.), ma che troverebbe riscontro in alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali (da ultimo, in dottrina, PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi*, in *Persona e Mercato*, 2015, 1 ss.; DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 40 ss.; PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit.).

all'azione giudiziale comporta, il ricorso alla pronuncia costitutiva al fine di risolvere il contratto è generalmente meno auspicabile nell'ambito delle operazioni economiche concluse tra imprenditori²⁴.

1.3 La nozione di accordo preventivo: precisazione terminologica e funzioni.

Si pone ora la necessità di fornire alcune precisazioni in ordine alla terminologia impiegata ed in particolare alla nozione di «accordo preventivo».

Quest'ultima espressione verrà utilizzata, nel corso del lavoro, in un senso più «ampio» rispetto all'istituto *ex art. 1456 c.c.*, per indicare una serie di pattuizioni *latu sensu* risolutive, che incidono sui presupposti o sul meccanismo operativo della risoluzione²⁵. Un simile impiego del termine è tipico dei sistemi di *common law* ove, come si vedrà, l'espressione «*termination clause*»²⁶ viene utilizzata sia per indicare clausole con funzione analoga alla clausola risolutiva espressa, sia in un'ottica più generale, con riferimento a patti che tendono a conformare convenzionalmente il rimedio risolutivo nella direzione dell'agevolazione piuttosto che dell'ablazione del rimedio.

La prima funzione tradizionalmente assegnata all'autonomia privata è quella di limitare il potere del giudice in merito alla valutazione sulla non scarsa importanza dell'inadempimento: come si è detto, tale ruolo è svolto, nell'ordinamento giuridico italiano, dalla clausola risolutiva espressa *ex art. 1456 c.c.*, che disciplina in via legale

²⁴ Una sentenza sarà necessaria, invece, quando il creditore «vuole ripetere i pagamenti fatti in base al contratto risolto, o vuole il risarcimento del danno causatogli dall'inadempimento e dalla risoluzione». Così ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, 902.

²⁵ Nella dottrina italiana v., a tal riguardo, TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, in CARNEVALI-GABRIELLI-TAMPONI, *Il contratto in generale*, Tomo VII, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, 148: «Sul piano meramente terminologico, potrebbe denominarsi “clausola risolutiva” qualsiasi determinazione che preveda o comunque disciplini la risoluzione degli effetti discendenti dal negozio, come la previsione di una condizione risolutiva a norma dell'art. 1353, l'attribuzione di una facoltà di recesso unilaterale ai sensi dell'art. 1373, nonché la specificazione della risolubilità di un atto di liberalità per inadempimento del *modus* a tenore degli artt. 648 e 793». Cfr., altresì, GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998, 17: «Se, infatti, è vero che nel contenuto di un negozio giuridico può denominarsi genericamente clausola risolutiva qualsiasi determinazione che preveda o comunque disciplini la risoluzione degli effetti discendenti dal negozio stesso [...], il termine ha tuttavia assunto il significato più preciso di una forma speciale di risoluzione di diritto». Considerazioni analoghe possono essere condotte con riferimento all'ordinamento francese ove la clausola risolutiva espressa, nel quadro antecedente alla *Réforme*, non era espressamente disciplinata: pertanto, il termine è stato utilizzato per indicare una serie di fattispecie eterogenee che hanno in comune solamente il fatto di «*permettre la destruction d'un acte sans recours au juge*».

²⁶ Per una nozione di *termination clause* in «senso ampio» v., per tutti, CARTWRIGHT, *An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford, 2016, 285: «*It is common in commercial contracts for the parties to include a clause providing for termination of the contract in certain defined circumstances – and also making detailed provision for the consequences of the termination. Such clause can either supplement or exclude the general common law right of termination, depending on how the clause is drafted*».

una pattuizione particolarmente diffusa anche nell'ambito della contrattualistica internazionale²⁷.

Il nodo della questione ruota intorno alla possibilità dell'autonomia privata di incidere sul presupposto della «non scarsa importanza dell'inadempimento» di cui all'art. 1455 c.c., che è disposizione ispirata ad una *ratio* di proporzionalità e volta a salvaguardare il vincolo contrattuale contro tentativi di scioglierlo in modo pretestuoso e ingiustificato²⁸. Nel quadro comparato, il principio espresso dalla norma si ritrova in pressoché tutti gli ordinamenti: nel nuovo art. 1224 del *code civil*, che richiede espressamente un inadempimento sufficientemente grave (*inexécution suffisamment grave*)²⁹, nell'ordinamento inglese che subordina il *termination* del contratto ad un *repudiatory breach*³⁰, nei Principi internazionali e nei principali progetti di codificazione europei (PECL, DCFR)³¹ che fanno riferimento ad un inadempimento essenziale (*fundamental non-performance*). Nei progetti di *soft law*, tuttavia, emerge la tendenza a voler limitare *ex ante* l'incertezza del giudizio, posto che tali testi individuano alcune direttive che dovrebbero guidare l'interprete (il giudicante, piuttosto che la parte fedele al contratto) nella valutazione circa la natura essenziale dell'inadempimento³².

²⁷ V. G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010, 90 ss., il quale include la clausola risolutiva espressa nell'ambito degli accordi, diffusi nella contrattazione internazionale, che influiscono sull'accertamento della gravità dell'inadempimento.

²⁸ V. *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2010, 142, n. 661, che definisce la gravità dell'inadempimento in termini di «criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale».

²⁹ V. art. 1224, formulazione attuale del *code civil*: «*La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire, soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice*».

³⁰ Salvo i casi in cui sia apposta una *express termination clause*: v. *amplius infra*, cap. III.

³¹ V., in particolare, art. 7.3.1(1) dei PICC: «*A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance*». Disposizioni analoghe si trovano anche nel DCFR (III.-3:502(1): «*A creditor may terminate if the debtor's non-performance of a contractual obligation is fundamental*») e nei PECL (art. 9:301(1): «*A party may terminate the contract if the other party's non performance is fundamental*».)

³² V., ad esempio, il disposto dell'art. 7.3.1(2) dei PICC: «*In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether (a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result; (b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract; (c) the non performance is intentional or reckless; (d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance; (e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated*». Un tentativo di limitare in via preventiva la discrezionalità del giudice, attraverso la delineazione delle caratteristiche dell'inadempimento grave, si trovava nella proposta accademica di cui al *Projet Terré* (art. 109), maggiormente influenzato dai principi internazionali e dai progetti di diritto europeo rispetto all'attuale formulazione del *code civil*: «*L'inexécution est grave lorsqu'elle porte sur une obligation dont la stricte observation est de l'essence du contrat. Il en va de même lorsqu'elle prive substantiellement le créancier de ce qu'il pouvait légitimement attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas pu prévoir que l'inexécution aurait un tel résultat. L'inexécution intentionnelle est toujours considérée comme grave lorsqu'elle fait présumer que le débiteur n'exécutera pas dans le futur*».

Sebbene possa considerarsi affermazione consolidata quella secondo la quale l'inserimento di una clausola risolutiva espressa precluda un sindacato del giudice sulla gravità dell'inadempimento, si ritiene necessaria una più approfondita analisi della questione, saggiando se la disposizione di cui all'art. 1455 c.c. possa ritenersi integralmente derogabile da parte dell'autonomia privata.

Il problema verrà affrontato analizzando alcune pattuizioni.

Una prima questione è relativa alla possibilità di derogare la disposizione di cui all'art. 1455 c.c. attraverso la stipulazione una clausola risolutiva espressa che consenta la risoluzione anche per inadempimenti di natura minima o trascurabile.

Si pensi alla seguente esemplificazione concreta, ispirata ad un caso recentemente esaminato dalla Supr. Corte³³. Un contratto di licenza di marchio contiene una clausola risolutiva espressa che attribuisce alla concedente il diritto di risolvere il contratto nel caso di mancato invio, al termine di ogni semestre, dell'estratto conto relativo alle fatture emesse, relative alla vendita di prodotti «a marchio». Nel caso in cui la licenziataria ometta di comunicare una singola fattura di importo modesto, è possibile avvalersi del diritto *ex art. 1456 c.c.*?

Non solo; la propensione a derogare il disposto dell'art. 1455 c.c. può infatti riscontrarsi nella tendenza ad inserire clausole risolutive formulate in modo generico e non coincidenti con la struttura legalmente tipizzata di cui all'art. 1456 c.c., determinando una deroga «in astratto» al presupposto della non scarsa importanza e precludendo di fatto qualsiasi controllo giudiziale *ex post*. Il riferimento è a formulazioni proprie di clausole oggetto di casi decisi in sede giurisprudenziale: a titolo esemplificativo, nell'ordinamento anglosassone («*if the contractor commits a breach of contract of any of its obligations under the contract, the council could terminate the contract immediately*»³⁴), così come in quello italiano («*la parte avrà diritto di risolvere il presente contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c. a fronte di violazione, parziale o integrale, di qualsiasi obbligazione da esso prevista*»³⁵).

Ed ancora, incidono sui margini di discrezionalità del sindacato giudiziale *ex post* anche le *acceleration clauses*³⁶ proprie dell'ordinamento anglosassone ed ormai riprodotte

³³ Cfr. Cass., 23.11.2015, n. 23868, in *Contratti*, 2016, 659 ss., con nota di PIRAINO, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 510 ss., con nota di NOBILE DE SANTIS; in *Giur. it.*, 2016, 2364 ss., con nota di ACHILLE.

³⁴ *Rice (t/a the Garden Guardian) v. Great Yarmouth Borough Council* [2003] TLR 1, *Court of Appeal*.

³⁵ Una clausola siffatta è stata ritenuta nulla da Cass., 11.3.2016, n. 4796, nella banca dati *Pluris – Sentenze Cassazione civile*.

³⁶ Nella dottrina italiana, affronta la tematica delle *acceleration clauses*, seppur nella prospettiva del loro inquadramento come *penalty clauses*, F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, 228 ss.

anche nella contrattazione interna, nelle quali si prevede il diritto del creditore di domandare l'integrale rimborso della somma concessa a titolo di finanziamento a fronte di circostanze sovente riconducibili ad inadempimenti di lieve importanza.

La ricerca si propone altresì di verificare l'ammissibilità di clausole che semplifichino il meccanismo operativo della risoluzione o incidano sul presupposto dell'imputabilità dell'inadempimento, se si considera che tale ultimo requisito non assume generalmente rilievo nel contesto sovranazionale e negli ordinamenti di *common law* e tedesco³⁷.

Di converso, il lavoro non approfondisce il tema dei limiti all'ammissibilità di deroghe convenzionali alla disciplina degli effetti della risoluzione *ex art.* 1458 c.c., essendo solo accennata la questione dell'impatto dell'autonomia privata sull'efficacia retroattiva della risoluzione per inadempimento. Non costituiscono oggetto dell'indagine, pertanto, né le clausole che incidono unicamente e direttamente sugli effetti della risoluzione *inter partes*³⁸, né la figura della «condizione di inadempimento», che consentirebbe di opporre la risoluzione anche ai terzi aventi causa, in deroga alla disposizione *ex art.* 1458, comma 2°, c.c.³⁹ Salvo la questione legata all'opponibilità ai terzi degli effetti della risoluzione, giova sottolineare che la deduzione in condizione dell'inadempimento non pone problematiche diverse ed ulteriori rispetto a quelle trattate nel prosieguo della trattazione, ed in particolare: la derogabilità della norma sulla non scarsa importanza dell'inadempimento (cfr. § 3.1), l'automaticità dell'effetto risolutivo (cfr. § 3.3.1), la rinuncia della possibilità di ricorrere alla tutela esecutiva (cfr § 4.7).

³⁷ *Amplius infra*, §§ 2.3 e 3.2.

³⁸ Il tema dell'ammissibilità delle cosiddette «clausole di irretroattività» non è particolarmente indagato nella dottrina italiana, ma alcune riflessioni s'possono trovare in DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., spec. 99 ss., che esordisce affermando che l'art. 1458 c.c. «non pare imperativa, perché la sua deroga – e cioè la previsione di un effetto liberatorio solo per l'avvenire, in relazione a contratti per i quali ciò non sia già previsto dalla seconda parte del primo comma dell'art. 1458 – porterebbe ad una sorta di divisibilità della prestazione contrattuale in ragione del tempo della sua esecuzione». Cfr., altresì, GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, 196 ss., il quale si esprime in senso favorevole alla derogabilità della disposizione *ex art.* 1458 c.c. per i contratti ad esecuzione immediata o differita; al contrario, secondo l'A. non vi sarebbe spazio per una «clausola di retroattività» nei contratti ad esecuzione continuata e periodica. Nel presente lavoro viene privilegiata l'analisi di quelle clausole che (al pari della clausola di irresolubilità) interferiscono in via solo mediata sull'effetto restitutorio, essendo più arduo riscontrare una prassi di riferimento con riguardo a quelle clausole che interferiscono direttamente (ed unicamente) sugli effetti della risoluzione.

³⁹ Oltre alla questione dell'ammissibilità della deduzione in condizione dell'adempimento del contratto, che esula dal presente tema, il congegno risolutivo in esame coinvolge primariamente problematiche relative all'opponibilità ai terzi degli effetti della risoluzione. Esso, infatti, è diffuso soprattutto nell'ambito dei contratti ad efficacia reale, al fine di supplire le carenze (inopponibilità dell'effetto estintivo e pubblicità) che gli istituti del recesso e della clausola risolutiva espressa presentano nell'ambito della circolazione immobiliare (sul punto, *amplius*, PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 252). In questa sede, come si è detto, si è deciso di circoscrivere l'indagine alla disamina di pattuizioni diverse e di maggiore interesse pratico nell'ambito della contrattazione commerciale.

1.3 (Segue) Deroghe contrattuali alla disciplina legale: l'influenza dei modelli internazionali.

Il contratto internazionale è sempre più spesso oggetto di interesse e studio da parte della dottrina italiana⁴⁰. Caratterizzato da prolissità ed elevato grado di dettaglio, esso viene definito ad «auto-integrazione», nel senso di tendere all'autosufficienza e di voler contenere la disciplina di tutti i profili della relazione commerciale.

Trattandosi del settore ove l'autonomia privata raggiunge la sua massima estensione, ne consegue che anche la risoluzione per inadempimento trova un'espressa regolamentazione all'interno del testo contrattuale attraverso l'inserimento di un'ampia varietà di *clausole risolutive* che mirano ad incidere sulla discrezionalità del giudice e a derogare ai rimedi generali previsti dagli artt. 1453 ss. c.c.

Soprattutto nei contratti che regolano operazioni economiche caratterizzate da un elevato profilo di complessità, la prospettiva è quella di dettare la disciplina dei rimedi disponibili direttamente all'interno del contratto, con lo scopo di escludere l'applicazione di rimedi contro l'inadempimento diversi da quelli specificati nel testo contrattuale.

Una delle principali tendenze emerse nella prassi commerciale, già adeguatamente messa in rilievo da un'attenta dottrina che si è occupata del tema⁴¹, è quella di privilegiare esigenze di stabilizzazione del rapporto contrattuale e conseguentemente costruire «contratti bloccati», tendendo quindi ad ostacolare o rendere inaccessibile il rimedio risolutorio.

La questione si riallaccia al già menzionato dibattito, sorto in seno alla dottrina italiana⁴² e non solo⁴³, relativo all'ammissibilità di una clausola di irresolubilità, ovvero di una clausola con cui le parti rinunciano in via preventiva al rimedio della risoluzione per inadempimento. Dibattito che, pur non essendo ancora sopito anche in considerazione dell'assenza, nel panorama italiano, di veri e propri precedenti

⁴⁰ Di recente, tra i molti che si sono occupati dell'argomento, FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Torino, 2015.

⁴¹ Cfr. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, spec. 11 ss.

⁴² Sul punto, *inter alia*, DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, 7 ss.; CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in CARNEVALI-GABRIELLI-TAMPONI, *Il contratto in generale*, Tomo VII, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, 27 ss.; SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 391 ss.

⁴³ Per una ricostruzione del dibattito nella dottrina francese v. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, 242 ss., ove ampi riferimenti.

giurisprudenziali (che al momento si limitano a meri *obiter dicta*⁴⁴), sembra arricchirsi di ulteriori profili problematici determinati dalla diffusione di clausole che tendono ad incidere anche su altri rimedi contro l'inadempimento, propendendo per l'elezione di un «rimedio esclusivo». Quest'ultimo coincide, generalmente, con il diritto ad ottenere il risarcimento del danno⁴⁵, ma anche di insistere attraverso l'azione di adempimento in natura⁴⁶.

Ne consegue che all'esclusione del diritto di risolvere il contratto si accompagna, sovente, la limitazione di altri rimedi contro l'inadempimento, costituiti a seconda dei casi dall'eccezione di inadempimento, dal risarcimento del danno, dall'adempimento in natura. L'ablazione di tale ultimo rimedio è particolarmente frequente nella prassi del commercio internazionale se si considera che gli ordinamenti di *common law*, che non valorizzano la conservazione del rapporto al pari degli ordinamenti francese o italiano, concepiscono l'adempimento in natura alla stregua di rimedio di natura eccezionale⁴⁷.

Il quadro qui descritto impone di adottare una prospettiva che valorizzi l'insieme dei rimedi contro l'inadempimento come «sistema integrato di tutele» e che non si limiti alla disamina della problematica relativa alla validità di una clausola di irresolubilità, in quanto le pattuizioni che si ritrovano nella prassi contrattuale comportano una deroga al sinallagma funzionale ancora più incisiva rispetto a quella generata dal mero inserimento di una clausola che escluda la possibilità di risolvere il contratto per inadempimento⁴⁸.

1.4 Il piano della ricerca.

⁴⁴ Da ultimo, cfr. Cass., 9.5.2012, n. 7054, in *Giur. it.*, 2012, 11 ss., con nota di SICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*.

⁴⁵ È il caso dei contratti di compravendita di partecipazioni azionarie: sul punto, alcuni spunti si ritrovano in F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, 293 ss.

⁴⁶ È il caso delle clausole contenute in contratti di compravendita di beni commerciali, in cui può prevedersi che «il rimedio esclusivo dell'acquirente per ogni richiesta di garanzia o per qualsiasi richiesta relativa all'acquisto o all'uso del prodotto sarà la riparazione o sostituzione del prodotto». Esse sono state oggetto di particolare attenzione nel panorama statunitense: v. § 2-719 dello UCC, *Contractual Modification or Limitation of Remedy*; in dottrina MURTAGH, *UCC Section 2-719: Limited Remedies and Consequential Damage Exclusions*, in 74 *Cornell Law Review*, 359 (1989).

⁴⁷ Come si vedrà nel prosieguo, nel diritto inglese l'esercizio della *specific performance* è previsto solo in casi eccezionali, quando il rimedio del risarcimento del danno non appare adeguato. Inoltre, la *specific performance* è un rimedio di *equity* e, pertanto, può essere concesso dalle Corti a sua discrezione, ma non costituisce un'azione sempre esperibile. V., sul punto, TREITEL, *Remedies for breach of contract, A Comparative Account*, Oxford, 1988, 63 ss.; MCKENDRICK, *Contract Law. Text, cases and materials*, Oxford, 2014, 917 ss.

⁴⁸ La tematica è correlata a quella relativa alla possibilità di concepire clausole limitative delle impugnazioni contrattuali. Cfr. PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for an European Law*, a cura di Vettori, Padova, 2008, 179 ss.

Nel prosieguo il discorso si svilupperà attraverso tre fasi, corrispondenti alle tre sezioni nelle quali si divide il lavoro.

Il secondo capitolo illustra i modi di risoluzione stragiudiziale del contratto che consentono di prescindere da un preventivo accordo tra le parti, offrendo così un panorama di riferimento per l'ipotesi in cui le parti non ricorrano all'autonomia privata nella fase di stesura del testo contrattuale. La disamina dei presupposti applicativi propri dei modi di risoluzione unilaterale previsti nei principali ordinamenti europei e nel diritto uniforme consente di chiarire quali siano le direzioni che l'autonomia privata può assumere nel contesto della risoluzione per inadempimento, nonché le ragioni per le quali le parti risultano incentivate a tutelarsi in via anticipata attraverso la stipulazione di una clausola risolutiva espressa od un'alternativa forma di accordo preventivo.

Il terzo capitolo è teso a delineare le tradizionali funzioni che gli ordinamenti giuridici assegnano all'accordo preventivo, muovendo dalla regolazione del presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento. Attraverso una disamina dell'istituto della clausola risolutiva espressa e di altre pattuizioni atipiche, si vuole accertare se la disposizione di cui all'art. 1455 c.c. possa essere o meno derogata *in toto* dalle parti. Non solo; la ricerca si propone altresì di verificare quali altre clausole tendano ad «indebolire» il vincolo contrattuale, incidendo ad esempio sul presupposto dell'imputabilità dell'inadempimento o semplificando il meccanismo operativo della risoluzione. Più in generale, si è cercato di tratteggiare le problematiche connesse a quelle forme di accordo preventivo che, al pari della clausola risolutiva espressa, tendono ad ampliare la sfera di operatività del rimedio risolutivo.

Il quarto capitolo è dedicato all'analisi dei contenuti e delle funzioni ulteriori dell'accordo preventivo, concentrando l'indagine su pattuizioni nate nell'esperienza di *common law*, ma riprodotte anche nella contrattazione (soprattutto commerciale) interna. La trattazione non mira ad avere carattere esaustivo: la maggior parte delle clausole esaminate è diffusa, soprattutto, nell'ambito di particolari operazioni economiche, come in contratti di compravendita di partecipazioni azionarie e contratti di finanziamento a favore di imprese. In tale ambito, si cerca di individuare quale sia il grado minimo di tutela che deve comunque essere riconosciuto in capo alla parte fedele al contratto.

Infine, sulla base delle riflessioni suscitate dalle diverse forme di accordo analizzate, l'indagine si propone di saggiare il ruolo della buona fede *in executivis* nel contesto in

esame e di comprendere se debba essere rivista l'opinione, ormai diffusa anche nell'ordinamento italiano, secondo la quale le norme in tema di risoluzione devono ritenersi di natura non imperativa. In particolare, si vuole verificare se non sia opportuno adottare soluzioni diverse secondo che le clausole di conformazione convenzionale tendano a restringere il vincolo contrattuale, piuttosto che a determinare una «*extension of available remedies*».

Capitolo II

LA RISOLUZIONE UNILATERALE DEL CONTRATTO IN ASSENZA DI UN ACCORDO PREVENTIVO

SOMMARIO: 2.1 Premessa: la diffida ad adempiere quale strumento risolutivo che consente di prescindere da un accordo preventivo. - 2.2 Struttura dello strumento risolutivo e presupposti. Non scarsa importanza dell'inadempimento... - 2.3 ...(segue) e imputabilità. - 2.4 Inadeguatezza dello strumento a fronte di un inadempimento definitivo. Alcune esemplificazioni. - 2.5 L'inadempimento definitivo nel termine essenziale. - 2.6 Differenze con gli strumenti risolutivi previsti dal diritto uniforme ed alcune considerazioni. - 2.7 Considerazione dei modelli francese, tedesco ed inglese in relazione alla necessità di assegnare un termine supplementare. - 2.8 Il diritto inglese: scioglimento del contratto *by notice* e inadempimento avente carattere *irremediable*. - 2.9 Istituto del *Nachfrist* ed ipotesi di recesso immediato. - 2.10 Il diritto francese e la risoluzione *aux risques et périls du créancier*. - 2.11 La risoluzione unilaterale di cui al nuovo art. 1226 del *code civil*. - 2.12 Conclusioni del cap. II: inconvenienti della risoluzione unilaterale ed incentivi alla conformazione convenzionale.

2.1 Premessa: la diffida ad adempiere quale strumento risolutivo che consente di prescindere da un accordo preventivo.

Come si è già accennato, la risoluzione unilaterale rappresenta la soluzione maggiormente seguita dai principali sistemi europei¹, dai codici civili di ultima generazione² e dal diritto uniforme³.

Nell'ordinamento italiano, l'art. 1454 c.c. costituisce la più rilevante concretizzazione positiva di risoluzione per atto di parte⁴ e la più importante deroga al sistema giudiziale della risoluzione accolto dal codice civile vigente⁵; pertanto, un'adeguata applicazione dello strumento risolutivo potrebbe attenuare la contrapposizione tra modello di

¹ Il riferimento è, in particolare, ai sistemi tedesco ed anglosassone.

² V., ad esempio, l'art. 1605 del nuovo codice del *Québec* e l'art. 267 del libro VI del nuovo codice olandese.

³ V. PICC, PECL, DCFR.

⁴ Deve tenersi in considerazione, altresì, il rimedio previsto dall'art. 1662 c.c. in materia di appalto, con la differenza che mentre la diffida ad adempiere «postula l'avvenuto inadempimento del contratto, il rimedio dell'art. 1662 presuppone che il contratto sia ancora in corso di esecuzione e che i difetti e i vizi riscontrati siano eliminabili da parte dell'appaltatore» (in tal senso Cass., 30.3.1985, n. 2236, in *Giust. civ.*, 1986, I, 511, con nota di LIPARI).

⁵ L'istituto era ignoto al codice previgente. Sul punto, SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., spec. nt. 1, in cui si richiama il pensiero di quegli autori che, già durante i lavori preparatori, auspicavano la sostituzione del sistema giudiziale con quello della diffida. Secondo il medesimo A., l'art. 1454 c.c. comporta un'eccezione di notevole portata al sistema della risoluzione giudiziale ben più importante rispetto alle fattispecie di cui agli artt. 1456 e 1457 c.c., che presuppongono l'esplicita determinazione della clausola risolutiva e la particolare rilevanza del termine.

risoluzione *ope iuris* ed *ope iudicis* rispondendo ad esigenze di celerità ed efficienza imposte dalla contrattazione commerciale.

Lo strumento risolutivo in questione consente di giungere allo scioglimento del contratto per effetto della volontà unilaterale del contraente, senza necessità di un preventivo accordo tra i contraenti ed evitando i tempi e gli oneri di un giudizio diretto ad ottenere una pronuncia costitutiva⁶. È un modo di risoluzione che entra in gioco, dunque, quando le parti non abbiano avuto la avvedutezza di cautelarsi, preventivamente, attraverso la stipulazione di una clausola risolutiva espressa o di un termine essenziale⁷.

La descrizione dei presupposti applicativi della diffida ad adempiere e, più in generale, dei modi di risoluzione unilaterale previsti nei principali ordinamenti europei e nel diritto uniforme consente di delineare le direzioni che l'autonomia privata può assumere nel contesto della risoluzione per inadempimento, comprendendo le ragioni per le quali le parti risultano incentivate a cautelarsi in via anticipata attraverso la stipulazione di una clausola risolutiva espressa od un'alternativa forma di accordo preventivo.

2.2 Struttura dello strumento risolutivo e presupposti. Non scarsa importanza dell'inadempimento...

Il meccanismo operativo descritto dall'art. 1454 c.c. è noto: a fronte dell'inadempimento del debitore, l'altra parte può intimargli di adempiere entro un termine congruo, di regola non inferiore a quindici giorni, la cui ampiezza è suscettibile di verifica giudiziale⁸.

Tale intimazione deve rivestire la forma scritta e deve contenere l'espresso avvertimento che, nel caso di inutile decorso del termine assegnato, il contratto si considererà *ipso iure* risolto.

⁶ V. le considerazioni di COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Cod. civ.* fondato da Scialoja e Branca, diretto da Galgano, Bologna, 2007, 433 ss.; TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., 130 ss.

⁷ V., al riguardo, la Relazione al Codice Civile (*Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, cit., 143), in cui si evidenzia che «[q]uando non vi è clausola risolutiva espressa, la risoluzione si può ottenere mediante un procedimento monitorio di diffida ad adempiere [...]» e le considerazioni di MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, 147 s. Nella giurisprudenza più recente, sulle differenze tra i due tipi di risoluzione stragiudiziale Cass., 17 novembre 2010, n. 23207, in *Notariato*, 2010, 8 ss.; Cass., 27 maggio 2010, n. 13000, nella banca dati *Dejure*; Cass., 8 novembre 2007, n. 23315, in *Foro it.*, 2008, I, 828 ss.

⁸ Per alcune considerazioni sulla congruità del termine assegnato, MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 153 ss.; SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 523 ss. In giurisprudenza, sulla valutazione della congruità del termine assegnato per l'inadempimento, v. Cass., 23 maggio 2014, n. 11493; Cass., 6 aprile 2009, n. 8250, entrambe nella banca dati *Dejure*.

Sin qui i requisiti sanciti *expressis verbis* dall'art. 1454 c.c., ovvero: i) l'intimazione di adempimento; ii) la fissazione di un congruo termine per l'adempimento; iii) la monizione di risoluzione per il caso di mancato adempimento del termine⁹.

Maggiore approfondimento meritano i presupposti dell'importanza non scarsa e dell'imputabilità dell'inadempimento, sui quali la lettera della legge non si pronuncia espressamente¹⁰, ma che sono oggetto di una serie di costanti affermazioni da parte della giurisprudenza: come si vedrà, una rigida applicazione di tali requisiti potrebbe pregiudicare l'efficacia e la funzionalità del rimedio risolutorio inteso come atto di parte.

Muovendo dal presupposto *ex art.* 1455 c.c., è opinione diffusa¹¹ quella secondo la quale esso deve essere integrato anche nell'ambito della diffida ad adempiere. Tuttavia, ad un panorama giurisprudenziale pressoché uniforme¹² si affiancano voci dottrinali caratterizzate da una maggiore eterogeneità.

All'indomani dell'entrata in vigore del codice vigente si propose¹³ di valorizzare le differenze intercorrenti tra diverse tipologie di inadempimento, distinguendo il caso dell'inesatto adempimento di obbligazioni (quantitativo o qualitativo) da quello in cui il debitore non esegua la prestazione principale nel termine dedotto nel contratto (inadempimento di ordine temporale). Nella prima ipotesi si affermava l'indefettibilità

⁹ Per un'esauritiva disamina dei tre requisiti v., per tutti, MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, 151 ss.

¹⁰ Secondo alcuni autori, però, (da ultimo, BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*, cit., 43 ss.) l'interpretazione letterale delle norme in tema di risoluzione imporrebbe la ricorrenza del presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento anche nell'ambito della diffida ad adempiere.

¹¹ L'orientamento che individua la non scarsa importanza dell'inadempimento come presupposto del meccanismo operativo *ex art.* 1455 c.c. è assolutamente maggioritario. V., *ex plurimis*, GUARINO, *La diffida ad adempiere e la gravità dell'inadempimento*, in *Studi in memoria di Vassalli*, II, Torino, 1960, 969 ss.; NATOLI, voce «Diffida ad adempiere», in *Enc. del dir.*, XXII, 1964, 511 ss.; MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 166 ss.; COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., spec. 434, ove precisa che «è certo che la diffida non possa avere effetto se l'inadempimento del debitore sia di non scarsa importanza».

¹² V., *inter alia*, Cass., 18 aprile 2007, n. 9314, in *Rep. Foro it.*, voce «Contratto in genere» e, nella giurisprudenza più recente, Cass., 8 settembre 2015, n. 17748, nella banca dati *Dejure*; Cass., 4 settembre 2014, n. 18969, in *Giust. civ. Mass.*, 2014. In contrasto con tale orientamento Cass., 17 agosto 2011, n. 17337, in *Contratti*, 703 ss., con nota di PIEROTTI, anche se con una motivazione sostanzialmente apodittica e basata sulla mera lettera della norma: «considerato che la stessa (la lettera della norma, n.d.a.) non menziona in alcun modo l'importanza dell'inadempimento, neppure con un semplice rinvio formale alla previsione di cui all'art. 1455 c.c., se ne deve dedurre che il grave inadempimento non assurge ad elemento essenziale della risoluzione di diritto per diffida ad adempiere». Riflessioni sulla pronuncia si ritrovano anche in AIELLO, *La giurisprudenza e l'inadempimento di «non scarsa importanza». Criteri di valutazione e sfera di incidenza dell'art. 1455 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 731 ss.

¹³ Così AULETTA, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 655 ss.; in senso parzialmente conforme anche CASÀ, *In tema di applicabilità dell'art. 1455 c.c., nonostante la diffida prevista dal precedente art. 1454 c.c.*, in *Foro it.*, 1947, I, 262 ss., anche se quest'ultimo A. propende per l'esclusione *in toto* dell'applicabilità del presupposto *ex art.* 1455 cod. civ.

del presupposto della non scarsa importanza; nella seconda, invece, si riteneva che lo spirare del termine concesso *ex art.* 1454 c.c. fosse requisito sufficiente per condurre alla risoluzione del contratto. La tesi veniva argomentata osservando¹⁴ che un ritardo che produce un danno solo lieve al momento dell'intimazione della diffida diventa necessariamente grave se il debitore lascia trascorre il congruo termine fissato senza offrire l'adempimento.

La portata della riflessione può essere chiarita attraverso la seguente esemplificazione: poniamo che Tizio debba consegnare 100 quintali di grano a Caio. Un conto è se Tizio, alla data fissata per l'adempimento, consegna a Caio 99 quintali di grano (prestazione quantitativamente inesatta): l'intimazione da parte del creditore della diffida ad adempiere, volta alla consegna del restante quintale entro un congruo termine, non precluderebbe un controllo del giudice *ex art.* 1455 c.c., attraverso il quale egli appuri l'effettiva lesione dell'interesse dell'adempiente. Poniamo invece che Tizio non consegni il grano (inadempimento di ordine temporale) e non offra la propria prestazione neppure nel congruo termine concessogli tramite diffida: in base alla tesi esposta, allo spirare del termine supplementare il contratto potrebbe ritenersi risolto.

La posizione esaminata è stata oggetto di attenzione, più di recente, da coloro¹⁵ che si sono spinti ad escludere che la gravità dell'inadempimento assurga ad elemento di fattispecie nella diffida ad adempiere.

Le argomentazioni proposte valorizzano la particolare struttura della diffida ad adempiere, la quale rende poco realistica la sollecitazione dell'esecuzione della prestazione quando l'inadempimento abbia già pregiudicato gravemente le aspettative che lo hanno indotto a contrarre¹⁶. La non scarsa importanza dell'inadempimento non verrebbe in rilievo, pertanto, neppure al momento della scadenza del termine, perché la funzione dello strumento consta nel «consentire al contraente deluso di liberarsi dal vincolo contrattuale prima del prodursi di un danno rilevante e, dunque, prima che l'inadempimento sia grave»¹⁷.

Ed ancora¹⁸, l'attenzione è stata rivolta alla *ratio* dell'art. 1454 c.c., che sarebbe quella di offrire un rimedio attraverso il quale «fuoriuscire dall'incertezza di una situazione in

¹⁴ AULETTA, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, cit., spec. 669.

¹⁵ DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, nel *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, V, *Rimedi-2*, a cura di ROPPO, Milano, 2006, 282 ss., spec. 286; COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, 112 ss.

¹⁶ DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 282 ss., spec. 286.

¹⁷ In tal senso DELLACASA, *Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione "atipica"*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 529.

¹⁸ COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, cit., 112 ss.

cui non si sa ancora se il contratto avrà esecuzione o rimarrà definitivamente ineseguito»¹⁹.

Le riflessioni condotte dalla dottrina italiana trovano parziale conferma nelle previsioni contenute nei PICC in tema di risoluzione per inadempimento (art. 7.3.1, *right to terminate the contract*). Quest'ultima disposizione distingue infatti la fattispecie dell'inadempimento di ordine temporale (prevedendo il c.d. *Nachfrist mechanism*²⁰) dalle altre tipologie di inadempimento.

Nel caso in cui il debitore non esegua la prestazione nel termine dedotto in contratto, la parte fedele può intimare all'altra parte un termine per l'adempimento *ex art. 7.1.5*, alla scadenza del quale può ottenere la risoluzione se l'altra parte risulti ancora inadempiente²¹; in tutte le altre fattispecie il diritto alla risoluzione può essere esercitato *by notice* e senza alcun preavviso, a patto però che l'inadempimento presenti carattere essenziale («*fundamental*»).

In base alle disposizioni previste dai PICC, viene quindi concessa un'opzione²² in capo alla parte non inadempiente, che in caso di ritardo potrà sia avvalersi del *Nachfrist mechanism*, attendendo il decorso del termine intimato all'altra parte per l'adempimento, sia optare per lo scioglimento immediato del contratto senza la concessione di alcun termine di grazia, a patto che il ritardo maturato possa ritenersi tale da ledere in modo considerevole l'interesse del creditore.

I PICC assegnano dunque al decorso del termine supplementare il ruolo di elevare un inadempimento lieve al grado di un inadempimento giustificante lo scioglimento del contratto²³.

¹⁹ COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, cit., 118 s.

²⁰ Il meccanismo operativo del *Nachfrist*, così come disciplinato dalle disposizioni dei PICC, è assimilabile alla diffida ad adempiere *ex art. 1454 c.c.*, consistendo nella concessione, alla parte non adempiente, di una «*second chance to perform*». (VOGENAUER (Edited by), *Commentary on the UNIDROIT Principles*, II, Oxford, 2015, 919 ss.). Il *Nachfrist mechanism* è adottato anche in altri sistemi giuridici, tra cui quello tedesco (v. §§ 437, 2 e 323 BGB: *amplius infra*) anche se non ristretto alla sola ipotesi di ritardo nell'adempimento.

²¹ V. VOGENAUER (Edited by), cit., 921: «*It is only for one specific type of non-performance, namely delay in performance, that Art. 7.3.1(3) opens an alternative path towards termination: the aggrieved party may also terminate the contract if the other party fails to perform before the expiry of the additional period of time that the aggrieved party has allowed for performance under art. 7.1.5*».

²² V. VOGENAUER (Edited by), cit., 939: «*It would appear from the context of Art. 7.3.1 that the structure of the Nachfrist mechanism in Art. 7.3.1(3) provides an option for the aggrieved party which it is not bound to take up. Even in the case of delay, the aggrieved party may choose to proceed under Art. 7.3.1(1) and (2) by proving that the delay amounted to a fundamental non-performance (eg because time was of the essence)*»

²³ In tal senso VOGENAUER, cit., 919, in cui si parla del *Nachfrist mechanism* come di una «*opportunity to upgrade the non-performing party's breach by fixing an additional period of time*». In senso analogo si pongono anche i tribunali inglesi, secondo i quali l'inadempimento assume carattere «essenziale» in seguito all'intimazione di un termine da parte del creditore. Nella dottrina francese v., sul punto,

Altra questione rilevante è quella relativa al momento in cui deve essere effettuata la valutazione circa la non scarsa importanza.

Nella risoluzione giudiziale la gravità dell'inadempimento deve essere valutata con riguardo al momento della proposizione della domanda²⁴, essendo tendenzialmente irrilevanti i comportamenti successivi del debitore²⁵. Ciò, in considerazione dell'effetto di cristallizzazione prodotto dalle preclusioni dettate dall'art. 1453 c.c.: a partire dal momento della proposizione della domanda, quest'ultima non potrà essere mutata in domanda di adempimento ed è precluso al debitore l'adempimento successivo²⁶, con la conseguenza che «l'adempimento, non potendo più essere né preteso né eseguito, ragionevolmente non avverrà più»²⁷.

Nell'ambito della risoluzione per effetto di diffida, invece, assumono rilievo due momenti distinti: quello dell'intimazione della diffida e quello della scadenza del termine supplementare, concesso al debitore per l'adempimento. In base al più recente insegnamento della Supr. Corte²⁸, l'inadempimento non deve presentare carattere di

LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, 2007, 285, secondo cui l'intimazione di un termine supplementare presenta il vantaggio di rendere importante un inadempimento della cui gravità non si è certi.

²⁴ In tal senso la giurisprudenza prevalente: v., tra le molte, Cass., 14 maggio 2004, n. 9200, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Contratto in genere»; Cass., 11 febbraio 2000, n. 1525, in *Rep. Foro It.*, 2000, voce *ult. cit.*, Cass., 29 novembre 1996, n. 10632, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *ult. cit.*, secondo cui «[...] a norma dell'art. 1453, 3° comma, c.c., il debitore inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione dopo la proposizione nei suoi confronti della domanda di risoluzione, il giudice nel valutare la gravità dell'inadempimento (art. 1455 c.c.) non deve tenere conto degli eventi successivi alla proposizione di detta domanda (nella specie, pretesi adempimenti tardivi), ma deve decidere in base alla situazione cristallizzata a tale momento». Nel senso che invece la gravità deve valutarsi solo al momento della decisione e non con riferimento al momento della domanda: Cass., 11 giugno 2013, n. 14649, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce «Contratto in genere».

²⁵ Alla domanda non è collegato un effetto preclusivo nell'ipotesi in cui questa sia stata pretestuosa, ossia fondata su un inadempimento di scarsa importanza (v., al riguardo, Cass., 8 agosto 2013, n. 18921 e Cass., 24 luglio 2012, n. 12895, entrambi reperibili nella banca dati *Leggi d'Italia – Cassazione Civile*). È invece recessivo l'orientamento secondo cui l'adempimento in corso di causa potrebbe costituire «circostanza decisiva a rendere l'adempimento di scarsa importanza», pur quando l'inadempimento abbia già superato la soglia della gravità al momento della domanda (in tal senso, *inter alia*, Cass., 7 giugno 1993, n. 6367, in *Giur. it.*, 1994, I, 1209 ss., con nota di DE MICHEL; l'orientamento è stato ripreso, se pur in forma di *obiter dictum*, da Cass., 1° giugno 2004, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2004, 999 ss.).

²⁶ Per una ricostruzione del panorama giurisprudenziale v. DE MENECH, *La preclusione dell'adempimento tardivo ex art. 1453, ultimo comma, c.c. nella giurisprudenza*, in *Contratti*, 2014, 573 ss. Il sistema attuale si distingue quindi da quello previgente (cfr. art. 1165 del codice del 1865) ispirato alla formulazione di cui all'art. 1184 *code civil*, il quale conferiva al giudice il potere di concedere all'inadempiente un ulteriore termine per adempiere. La disciplina non è mutata per effetto dell'*Ordonnance* dell'11 febbraio 2016 recante la riforma del diritto dei contratti e del regime generale della prova e delle obbligazioni, in quanto l'art. 1228 del *code civil* prevede la possibilità, per il giudice, di accordare un eventuale termine di grazia al debitore («Art. 1228 – *Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur*»)

²⁷ ROPPO, *Il contratto*, cit., 910.

²⁸ In giurisprudenza, Cass., 17 giugno 2014, n. 18696, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce «Contratto in genere»; Cass., 6 marzo 2012, n. 3477, in *Contratti*, 2012, 394. Si rinviengono, tuttavia, alcune voci dissonanti:

gravità al momento dell'intimazione²⁹, bensì a quello della scadenza del termine supplementare. Tale soluzione interpretativa è certamente più coerente con la funzione, propria dello strumento risolutivo, di richiamare l'attenzione del debitore all'adempimento. Nella diffida ad adempiere lo scioglimento del contratto è infatti soltanto eventuale e si verifica nell'ipotesi in cui, entro il termine assegnato, la parte non adempia. Pertanto, mentre nella risoluzione giudiziale l'inadempimento potrebbe essenzialmente solo aggravarsi (salvo che non si tratti di un inadempimento già *a priori* di non scarsa importanza)³⁰, nel procedimento risolutorio *ex art. 1454 c.c.* l'importanza dell'inadempimento potrebbe anche attenuarsi, per effetto di un parziale adempimento successivo³¹. In quest'ottica, solo un giudizio che intervenga in un momento posteriore all'intimazione all'adempimento potrebbe assumere un ruolo al fine di valutare se l'adempimento successivo sia in grado di riportare l'inadempienza al disotto della soglia della non scarsa importanza.

L'orientamento prevalente ritiene dunque che momento determinante per la valutazione della non scarsa importanza sia il termine finale, escludendo che il decorso del «congruo termine» possa consentire di aggirare l'ostacolo del presupposto *ex art. 1455 c.c.*

A parere di chi scrive, il decorso del congruo termine non può però essere considerato elemento neutro della fattispecie nell'ambito della valutazione circa la non scarsa importanza dell'inadempimento.

Se allo scadere del termine l'inadempimento non deve essere tale da far venir meno l'interesse del creditore alla prestazione, la situazione che si delinea in tale momento temporale potrebbe non coincidere con quella *ex art. 1455 c.c.*, caratterizzandosi per una minor gravità.

In tale contesto, non può non svolgere un ruolo di rilievo la ricorrenza dell'elemento temporale (la decorrenza del termine congruo), tale da rendere l'inadempimento non

Cass., 27 novembre 2009, n. 25040, in *Notariato*, 2010, 125 ss.; Cass., 13 marzo 2006, n. 5407, in *Obblig. e contr.*, 2006, 975 ss.

²⁹ In senso contrario, in dottrina, COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 433 s. e TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, 1997, 165, i quali esprimono il pensiero per cui la diffida ad adempiere è legittima esclusivamente quando si sia già realizzato, al momento in cui viene emessa, un inadempimento di non scarsa importanza.

³⁰ V. la giurisprudenza citata *supra*, nt. 70.

³¹ Sull'adempimento successivo nella diffida ad adempiere si vedano le riflessioni di MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Napoli, 2012, 118 ss.

necessariamente grave, ma quantomeno di rilevante portata dal punto di vista dell'interesse soggettivo³² della parte fedele al contratto.

In tal senso, se il requisito della non scarsa importanza non può ritenersi coincidente con quello della congruità del termine, non può negarsi che l'inadempimento della prestazione principale, prolungato per un termine congruo, è elemento idoneo a far presumere l'interesse della parte fedele a non rimanere ulteriormente vincolata al contratto. Attraverso la comunicazione della diffida, infatti, il creditore è chiaro nel comunicare il suo scarso interesse alla prosecuzione del rapporto, nel caso di inadempimento prolungato³³.

Non deve poi sottovalutarsi il rischio che l'applicazione dell'art. 1455 c.c. determini un eccessivo irrigidimento dello strumento della diffida ad adempiere, con la conseguenza di disincentivarne il ricorso. Ad esempio, attraverso la possibilità di un controllo *ex art.* 1455 cod. civ. è accaduto che i giudici giungessero a sindacare l'esercizio delle modalità di diffida alla stregua del principio di correttezza e buona fede³⁴, paralizzando di fatto il ricorso al rimedio risolutorio.

Si consideri poi che nella fattispecie concreta il ricorso allo strumento si ha perlopiù in casi di ritardo nell'inadempimento dell'obbligazione principale (in particolare, nell'ambito della contrattazione preliminare). Non sembra quindi azzardato ritenere che in questi casi rilevino, in particolare, la natura rilevante che la prestazione inadempita riveste nell'economia del contratto e la circostanza che sia stato assegnato al debitore un termine congruo³⁵.

2.3 ...(segue) e imputabilità.

³² Quest'ultimo non inteso come «la stima che la parte creditrice abbia potuto fare del proprio interesse violato» (Cass., 14.6.2001, n. 8063, in *Mass. Foro it.*, 2001), ma alle finalità soggettive che «risultino da motivi oggettivati nel regolamento contrattuale» (CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit., 23).

³³ In senso analogo v. anche, nella dottrina francese sul nuovo art. 1226 dedicato alla disciplina della risoluzione unilaterale, DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2016, 503, secondo cui l'inadempimento protratto per un periodo corrispondente al termine intimato, di natura *raisonnable*, porta a far propendere per il suo carattere di gravità.

³⁴ V. Cass., 18.4.2007, n. 9314, *cit.*, in cui si afferma la contrarietà del comportamento del diffidante alle regole della correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, qualificando il comportamento del diffidante come «sfuggente a stipulare il contratto definitivo».

³⁵ In senso analogo v. PAGLIANTINI nel saggio *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi*, in *Persona e Mercato*, 2015, 1 ss.

In giurisprudenza quanto in dottrina³⁶ si ritrova generalmente l'opinione secondo la quale il diffidante non potrebbe sbarazzarsi di un contratto che il giudice, se adito, non potrebbe risolvere. Conseguentemente, si afferma che anche nell'ambito della risoluzione *ex art. 1454 c.c.* l'inadempimento deve essere imputabile al debitore³⁷.

Il dibattito sulla ricostruzione del presupposto dell'imputabilità nella risoluzione è risalente e i termini della questione particolarmente complessi, anche a causa dell'ambiguità delle formule che si ritrovano in giurisprudenza e della molteplicità di accenti che caratterizzano le soluzioni proposte dalla dottrina: ad oggi, mancano letture uniformi del problema³⁸.

La prima questione che tradizionalmente si pone è quella di stabilire se vi sia coincidenza tra i presupposti per l'operatività dei rimedi sinallagmatici e quelli previsti per il risarcimento del danno. A tal riguardo, viene in rilievo la contrapposizione tra chi ritiene che l'imputabilità sia requisito dell'inadempimento anche come causa di risoluzione del contratto³⁹ e coloro che invece propendono per una concezione «oggettivistica», secondo la quale il rimedio risolutivo sarebbe da fondarsi esclusivamente sullo squilibrio del sinallagma⁴⁰.

³⁶ Cfr., *inter alia*, Cass., 29 novembre 2012, n. 21237, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce «Contratto in genere»; Cass., 13 marzo 2006, n. 5407, voce *ult. cit.*, secondo cui «[...] ai fini dell'accertamento della risoluzione di diritto, conseguente a diffida ad adempiere senza esito, il giudice è tenuto comunque a valutare la sussistenza degli estremi, soggettivi e oggettivi, dell'inadempimento; in particolare dovrà verificare sotto il profilo oggettivo che l'inadempimento sia di non scarsa importanza, alla stregua del criterio indicato dall'art. 1455 c.c., e, sotto il profilo soggettivo, l'operatività della presunzione di responsabilità del debitore inadempiente fissata dall'art. 1218 c.c.».

In dottrina v., *ex multis*, AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 409; ROPPO, *Il contratto*, cit., 964; COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 434 s.: «rispetto alla risoluzione giudiziale quella per diffida si differenzia soltanto per l'esclusione della pronuncia del giudice e non anche per i presupposti su cui si fonda». *Contra* DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, nel *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, V, *Rimedi-2*, a cura di ROPPO, Milano, 2006, 270. L'A. propende infatti per una necessaria differenziazione di funzione e presupposti applicativi dei vari procedimenti risolutivi.

³⁷ V., tra le più recenti, Cass., 14 marzo 2013, n. 6551, nella banca dati *Dejure*.

³⁸ Per un'accurata ricostruzione del presupposto dell'imputabilità nella risoluzione v. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, nel *Trattato del contratto*, cit., 67 s.

³⁹ In dottrina, ritengono che l'art. 1453 sia applicabile soltanto a condizione che l'inadempimento sia imputabile al debitore, AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 74 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, 303 ss.; LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Cod. civ.* fondato da Scialoja e Branca, diretto da Galgano, Bologna, 1990, 19 ss.; in giurisprudenza v., per tutte, Cass., 13.3.2006, n. 5407, secondo cui il giudice di merito deve tenere conto «sul versante soggettivo, della presunzione dettata dall'art. 1218 c.c.; quest'ultima disposizione, sebbene menzionante soltanto la responsabilità per risarcimento danni, costituisce espressione di un principio generale [...] a termini del quale il debitore che non esegua la propria prestazione o la esegua inesattamente o con ritardo, per sottrarsi alle conseguenze sfavorevoli derivanti dall'inadempimento, è tenuto a provare che sia dipeso da causa a lui non imputabile».

⁴⁰ Escludono l'imputabilità dell'inadempimento dal novero dei presupposti necessari per la risoluzione, nell'ambito della risoluzione giudiziale, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, nel *Trattato Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1972, 271 ss.; MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 18 ss.; DELLACASA, *Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto di vista della giurisprudenza*, in *Danno*

In una posizione intermedia, invece, parrebbe collocarsi chi⁴¹ tende a sminuire il contrasto tra i due orientamenti attraverso il richiamo alla disposizione di cui all'art. 1256 c.c. Si afferma infatti che la valorizzazione della norma sulla sopravvenuta impossibilità della prestazione consentirebbe di superare il problema, in quanto il creditore potrebbe pervenire, in ogni caso, allo scioglimento del vincolo contrattuale⁴². A fronte di tale tentativo di «ridimensionare» la questione, tuttavia, si è osservato che l'inadempimento di carattere meramente temporaneo non risulta essere area coperta dal disposto dell'art. 1256 c.c. e, pertanto, proprio in tali casi l'imputabilità inciderebbe sul regime della risoluzione⁴³.

Secondo problema fondamentale è quello riguardante la relazione sussistente tra i concetti di imputabilità e colpevolezza. La giurisprudenza⁴⁴, infatti, tende a far collimare l'inadempimento imputabile con l'inadempimento colpevole, giungendo ad affermare il carattere imputabile un dato inadempimento solo ove sia riscontrata la difformità del comportamento del debitore rispetto ad un determinato canone di diligenza e di perizia.

L'orientamento non pare del tutto condivisibile, essendo preferibile ritenere, invece, che lo scioglimento del contratto debba ammettersi anche per inadempimenti non legati a colpa del debitore, ma imputabili a criteri di responsabilità oggettiva, come quando l'inadempimento dipenda da eventi comunque rientranti nella sfera di controllo del

e resp., 2008, 261 ss.; ID., *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 272 ss.; SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 497 ss.; MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Napoli, 1988 (questi ultimi, anche con riflessioni compiute nello specifico contesto della diffida ad adempiere).

⁴¹ V., per tutti, ROPPO, *Il contratto*, cit., 898 s.

⁴² Così ROPPO, *Il contratto*, cit., 898 s.: «[...] Il contrasto tra le due posizioni può ritenersi in larga misura svuotato dalla norma che dichiara il contratto risolubile per sopravvenuta impossibilità della prestazione, non imputabile al debitore. Se quest'ultima fattispecie viene intesa in senso ampio, e non circoscritta ad un'impossibilità materiale e assoluta, essa è idonea a coprire praticamente tutti i casi in cui il creditore non riceve la prestazione [...]».

⁴³ V. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 72: «Vi è dunque un'area (quella corrispondente alle ipotesi in cui la prestazione non eseguita sia ancora possibile) non coperta dalla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, nella quale la possibilità di risolvere il contratto dipenderà dalla riconoscibilità di un inadempimento rilevante: ed è (solo) in quest'area, che i criteri di accertamento dell'imputabilità dell'inadempimento stesso torneranno ad assumere rilievo, non solo in vista della sanzione risarcitoria, ma anche per verificare il concretarsi della fattispecie che legittima il ricorso alla risoluzione».

⁴⁴ Lo notava già MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 28 ss. Nella dottrina più recente ravvisano la tendenza ad utilizzare i termini «colpa» ed «imputabilità» come sinonimi, nel contesto della risoluzione, PLAIA, *Risoluzione per mancanza di qualità e colpa del venditore*, in *Contratti*, 2010, 627 ss.; MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, cit., 9 ss. e volendo, nel contesto della clausola risolutiva espressa, NOBILE DE SANTIS, *Sul ruolo della buona fede oggettiva in presenza di una clausola risolutiva espressa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 515.

debitore⁴⁵. In altre parole, quand'anche si ritenessero applicabili alla risoluzione i criteri di imputazione della responsabilità, poco conterebbe se il debitore abbia impiegato il massimo o minimo grado di diligenza nello sforzo diretto all'adempimento, specialmente per quelle obbligazioni in cui tendenzialmente la diligenza non è misura della prestazione⁴⁶.

La necessità di riscontrare un comportamento «colpevole» del debitore, ai fini della risoluzione del contratto, viene affermata in modo particolare nel contesto delle risoluzioni di diritto⁴⁷. L'affermazione del presupposto è principio che non è mai stato scalfito dalla giurisprudenza, ove le uniche aperture nei confronti della concezione oggettivistica⁴⁸ compaiono in forma di *obiter dictum* e non sembrano, in ogni caso, sufficientemente sviluppate.

Al di là delle formule tralaticie, può osservarsi che le fattispecie che vengono in rilievo nel contesto della diffida ad adempiere ricadono perlopiù nell'ambito dell'impossibilità temporanea, come prospettato dalla dottrina sopra richiamata⁴⁹. In tali casi, a prescindere dal venir meno dell'interesse del creditore a conseguire la prestazione, la

⁴⁵ V. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 72 s., secondo cui «certamente mal posta è l'identificazione del requisito della imputabilità con il profilo soggettivo della colpevolezza»; ROPPO, *Il contratto*, cit., 898; *contra* TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., 164, secondo cui «al ricorrere di circostanze obiettivamente apprezzabili idonee a far escludere l'elemento psicologico l'inadempimento dev'essere ritenuto incolpevole e pertanto inidoneo a determinare l'automatica risoluzione».

⁴⁶ V. PLAIA, *Risoluzione per mancanza di qualità e colpa del venditore*, cit., 628.

⁴⁷ Cfr., in tema di diffida ad adempiere: Cass., 19 novembre 2002, n. 16291, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce «Contratto in genere»: «[...] ai fini della risoluzione del contratto, a norma dell'art. 1453 c.c. la responsabilità del debitore per il ritardo nell'adempimento deve essere imputabile a dolo o colpa, non essendo sufficiente che egli sia stato diffidato ad adempiere ex art. 1454 c.c., mediante richiesta fatta per iscritto dal creditore; sicché, nel caso in cui ricorrano circostanze obiettivamente apprezzabili, idonee a fare escludere l'elemento psicologico, l'inadempimento deve essere ritenuto incolpevole e non può pronunziarsi la risoluzione del contratto [...]»; Cass., 13 marzo 2006, n. 5407, in *Obbl. e contr.*, 976 ss., con nota di PUTORTI; Cass., 29 novembre 2012, n. 21237, *cit.*; Cass., 14 marzo 2013, n. 6551, *cit.*, Trib. Bassano del Grappa, 10.6.2010, nella banca dati *Leggi d'Italia-Corti di Merito*; invece, in tema di clausola risolutiva espressa: Cass., 30.3.1981, n. 1812, in *Giust. civ. Mass.*, 1981; Trib. L'Aquila, 24.1.2012, n. 38, nella banca dati *Dejure Giuffrè*; CASS., 14.7.2000, n. 9536, in *Rep. Foro it.*, voce «Contratto in genere»; CASS., 5.8.2002, n. 11717, *cit.*; CASS., 6.2.2007, n. 2553, in *Contratti*, 2007, 965 ss., con nota di FONTANELLA; CASS., 30.4.2012, n. 6634, in *Guida al dir.*, 2012, 27, 55 ss.; CASS., 27.8.2013, n. 19602, in *Foro it.*, 2013, I, 3460 ss.

⁴⁸ V., per tutte, Cass., 27 gennaio 1996, n. 639, in *Vita not.*, 1996, 854 ss. e Cass., 12.1.1982, n. 132, reperibile su *Italgure Web*. A fronte di un motivo di ricorso in cui si lamentava il comportamento omissivo della controparte, per non essersi avvalsa della diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c., i giudici affermavano che a seguito di un inadempimento di non scarsa importanza il creditore può scegliere legittimamente di proporre immediatamente l'azione di risoluzione giudiziale: «ai fini della risoluzione del contratto per inadempimento, la diffida costituisce soltanto una facoltà, non un obbligo per la parte adempiente ed ha lo scopo di provocare lo scioglimento di diritto del rapporto. Pertanto la parte adempiente può direttamente proporre la domanda, tendente alla risoluzione del rapporto attraverso una pronuncia costitutiva del giudice, sulla base del solo fatto obiettivo dell'inadempimento di non scarsa importanza (sottolineato dell'A.)». Trattasi, dunque, di *obiter dictum* che non approfondisce in modo ulteriore il tema: tale precedente non assume, dunque, un rilievo tale da ritenere che l'orientamento tradizionale risulti contrastato.

⁴⁹ V. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 72.

soluzione offerta è di consentire al debitore di sottrarsi dalla risoluzione provando che l'inadempimento temporaneo non dipende da una sua colpa⁵⁰.

A fronte di tale dato giurisprudenziale, teso ad adottare una posizione uniforme per tutti i tipi di risoluzione per inadempimento, si impongono alcune riflessioni legate al riconoscimento del presupposto dell'imputabilità nell'ambito della diffida ad adempiere⁵¹.

Mentre il presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento si compone di elementi tendenzialmente conoscibili dal creditore⁵², con riguardo al presupposto dell'imputabilità quest'ultimo potrebbe non disporre delle informazioni necessarie per valutare la fondatezza della pretesa risolutoria⁵³. Ciò disincentiverebbe il ricorso alla risoluzione per atto di parte in quanto il creditore potrebbe avanzare una pretesa risolutoria che successivamente, in sede di controllo giudiziale, potrebbe rivelarsi infondata, con il rischio di incorrere in responsabilità per il fatto di essersi reso a propria volta inadempiente.

Il confronto con il dato comparatistico e con le soluzioni adottate dai progetti di diritto europeo e di diritto internazionale dei contratti mostra i limiti della soluzione adottata nel nostro ordinamento.

Il riferimento è, in particolare, alla formulazione del BGB derivante dalla *Schuldrechtsmodernisierung* (§§§ 275, 326, Abs. 5, 323 BGB), che prevede lo scioglimento del contratto a fronte del fatto oggettivo del venir meno della prestazione (a seguito di impossibilità) o della prestazione inesatta o tardiva (alla quale il contraente diffidato non abbia dato risposta)⁵⁴, senza fare cenno o richiamare il presupposto dell'imputabilità, previsto invece per il risarcimento del danno (§ 280 BGB)⁵⁵.

Così facendo, si è superata la previgente disciplina in tema di rimedi contro la risoluzione per inadempimento, liberando la risoluzione dal condizionamento

⁵⁰ V. Cass., 13 marzo 2006, n. 5407, *cit.*; Cass. 19.11.2002, n. 16291, *cit.*

⁵¹ L'opportunità di procedere ad un'analisi del presupposto dell'imputabilità tenendo in considerazione le diverse tipologie di risoluzione viene proposta nello studio monografico di MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, *cit.*, 34 s.

⁵² V. AIELLO, *La giurisprudenza e l'inadempimento di «non scarsa importanza». Criteri di valutazione e sfera di incidenza dell'art. 1455 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 731 ss.

⁵³ V. anche DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, *cit.*, 273 s.

⁵⁴ V., sul punto, le considerazioni di CANARIS, *Il programma obbligatorio e la sua in attuazione: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 42 ss.

⁵⁵ Cfr. il testo del § 280 BGB: «Se il debitore viola un obbligo derivante dal rapporto obbligatorio, il creditore può pretendere il risarcimento del danno che ne è derivato. Ciò non vale se la violazione dell'obbligo non è imputabile al debitore» (traduzione it. in *Codice civile tedesco – Bürgerliches Gesetzbuch*, a cura di S. PATTI, Milano, 2005).

dell'inadempimento imputabile⁵⁶ e rendendo il rimedio risolutivo conforme a quanto previsto da PICC⁵⁷, PECL⁵⁸ e DCFR⁵⁹ i quali prescindono, appunto, da tale presupposto. Deve però precisarsi che tali progetti non si affrancano completamente dall'elemento della colpevolezza⁶⁰ del debitore, che viene considerato idoneo a guidare l'interprete nel sindacato relativo all'essenzialità dell'inadempimento. La tendenza a procedere ad una valutazione «psicologica» della condotta dell'inadempiente si ritrova, d'altronde, anche in quella giurisprudenza italiana⁶¹ che attribuisce rilievo a tale elemento di valutazione nell'ambito dell'art. 1455 c.c. ed in particolare in quelli che vengono indicati come «criteri soggettivi di valutazione dell'inadempimento»⁶².

A chi scrive sembra dunque possibile individuare due principali limiti della ricostruzione del presupposto dell'imputabilità: il primo consiste nell'equiparazione tra inadempimento imputabile ed inadempimento colpevole, sostenuta in senso unanime dalla giurisprudenza italiana. Soprattutto nell'alveo delle risoluzioni di diritto, infatti, la valorizzazione degli elementi psicologici può fungere da *escamotage* per ampliare il margine di discrezionalità del giudice in sede di controllo giudiziale successivo.

In un'ottica più generale, l'orientamento che identifica i presupposti della risoluzione con quelli *ex art.* 1218 c.c., oltre a riflettere risalenti concezioni della risoluzione (in

⁵⁶ V. ZIMMERMAN, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligation*, in *Centro studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, 2002; nella dottrina italiana DI MAJO, *La riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, spec. 26 s.; CUBEDDU, *Scioglimento del contratto nell'ordinamento tedesco*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, 608. V., altresì, le considerazioni di LORENZ, *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*, cit., 104 ss., secondo cui la risoluzione del contratto nel caso in cui l'impedimento della prestazione non sia imputabile al debitore è compensata dal sistema del termine supplementare.

⁵⁷ V. art. 7.3(1) *UNIDROIT Principles* ed in particolare il commento contenuto in VOGENAUER (*Edited by*), *Commentary on the UNIDROIT Principles*, II, 2015, 922: «*It is irrelevant whether there was any kind of fault on the part of the non-performing party as the provisions of Section 7.3 of the PICC do not contain a fault requirement: the right to terminate may therefore be granted even if the non-performing party acted neither intentionally nor negligently [...]. It is also irrelevant whether the non-performance was excused by force majeure*». V., altresì, SCHLECHTRIEM, *Termination and Adjustment of Contracts*, in *European Journal of Law Reform*, 1999, 306: «*[...] the question of fault or no fault is in general of no relevance at all for the termination of a contract, although severe fault in causing non-performance may be an additional ground for termination*».

⁵⁸ V. art. 8:101, comma 2°.

⁵⁹ V. art. 3:502, Book III, DCFR.

⁶⁰ V. art. 7.3(1), comma 2°, degli *UNIDROIT Principles*: «*In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether (c) the non-performance is intentional or reckless*». Analoga regola si trova all'art. 8:103 dei *Principles of European Contract Law* (2002) e nell'art. 3.502, comma 2°, Book III, del DCFR. Quindi, la natura colposa dell'inadempimento assurgerebbe a criterio non necessario, ma tale da contribuire alla qualifica di inadempimento come *fundamental*, anche se l'atteggiamento psicologico dovrebbe avere un peso inferiore rispetto agli altri elementi contemplati nell'art. 7.3.1, comma 2°.

⁶¹ V. al riguardo Cass., 18.2.2008, n. 3954, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 821 ss., con nota di AMRAM.

⁶² Al riguardo, si vedano le puntuali considerazioni di AIELLO, *La giurisprudenza e l'inadempimento di «non scarsa importanza»*. *Criteri di valutazione e sfera d'incidenza dell'art. 1455 cod. civ.*, cit., 731 ss.

particolare, quella sanzionatoria)⁶³, parrebbe inadeguato ove si voglia incentivare la risoluzione per effetto di diffida (e quindi, la risoluzione per atto unilaterale).

In tale prospettiva, il dato legislativo non sembrerebbe ostare all'accoglimento di una interpretazione⁶⁴ che tuteli l'interesse della parte fedele a non rimanere vincolata ad un contratto che è diventato per lei gravoso o che ha addirittura perduto valore⁶⁵.

2.4 Inadeguatezza dello strumento a fronte di un inadempimento definitivo. Alcune esemplificazioni.

La diffida ad adempiere, diversamente dalla risoluzione giudiziale, è istituito primariamente preordinato alla conservazione del contratto, sotto la coazione della risoluzione *de iure*⁶⁶.

Sebbene l'orientamento prevalente ritenga che il rimedio *de quo* sia efficace forma di reazione a qualsiasi fattispecie di inadempimento, sia di tipo qualitativo che temporale⁶⁷, non mancano opinioni che si esprimono nel senso di una necessaria limitazione dell'ambito di applicazione dello strumento risolutivo⁶⁸, ritenendo quest'ultimo inadeguato a fronte del verificarsi di un inadempimento definitivo⁶⁹.

⁶³ Per alcune critiche sulla concezione c.d. sanzionatoria della risoluzione, v. DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, spec. 852 ss., secondo cui «[l']ordinamento riconnette delle sanzioni all'inadempimento contrattuale, e tuttavia esse non consistono nella facoltà di risoluzione, bensì sono rappresentate, tra le altre, dall'azione di manutenzione – per mezzo della quale il contraente non inadempiente ha il potere, con mezzi coattivi, di pretendere l'esecuzione della prestazione –, nonché dal diritto eventuale, sempre attribuito a quest'ultimo, di esigere il risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell'inadempimento».

⁶⁴ V., al riguardo, NATOLI, voce «Diffida ad adempiere», in *Enc. del dir.*, XXII, 1964, 511, secondo cui l'affermazione per cui l'inadempimento deve essere imputabile al debitore «appare assai discutibile. La diffida vale, infatti, anche a mettere in mora il debitore a tutti gli effetti e a riversare, per ciò su di lui – secondo la regola generale dell'art. 1221 c.c. – il rischio del protrarsi della situazione. [...]».

⁶⁵ Simili riflessioni sono state svolte nel contesto della *Schuldrechtsmodernisierung* ove si è scelto, nel contesto della risoluzione, di prescindere dal requisito dell'imputabilità. V. CANARIS, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, cit., 46.

⁶⁶ Sulla funzione indirettamente coercitiva della diffida ad adempiere cfr. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, spec. 190 ss.

⁶⁷ In tal senso, *inter alia*, AULETTA, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 655 ss.; SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 104. In giurisprudenza, Trib. Torino, 6.11.2008, in *Contratti*, 2009, 71 ss., in cui si afferma che l'inadempimento presupposto nella diffida può consistere indifferentemente «nella totale e definitiva inesecuzione del contratto, nell'inesattezza della prestazione o nel ritardo».

⁶⁸ Per una sintesi di esse, si rinvia alle pagine di COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 438 ss.; DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 274 s.

⁶⁹ In tal senso, AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 407 s.; MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 164 s.; SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 192, 104 ss.; COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 439: «Fondata è, invece, la tesi che esclude l'operatività della diffida quando l'inadempimento sia definitivo, vale a dire la prestazione non

Quando l'inadempimento non risulta suscettibile di rimedio o non è più di alcun interesse per il creditore, infatti, l'assegnazione del termine di cui alla diffida sarebbe del tutto inutile.

La nozione di definitività dell'inadempimento è stata di recente evocata al fine di evidenziare una sostanziale incoerenza di fondo del sistema: per mezzo di diffida, il creditore potrebbe sciogliere il rapporto contrattuale solo in presenza di un inadempimento grave, che ancora non abbia pregiudicato l'interesse del creditore alla prestazione; diversamente, nel caso di inadempimento avente carattere definitivo, la parte sarebbe tenuta ad agire in giudizio, essendogli preclusa la via della risoluzione stragiudiziale del contratto⁷⁰.

Di recente, la segnalazione di tale paradosso⁷¹ è divenuta argomento fondante il riconoscimento del diritto di risolvere, unilateralmente e con effetto immediato, il contratto⁷², constatando che una simile soluzione sarebbe in linea con le tendenze adottate dai principali sistemi europei⁷³.

In tale sede, pare opportuno individuare le fattispecie nelle quali la risoluzione immediata del contratto rappresenterebbe una più valida alternativa rispetto all'intimazione di una diffida ad adempiere. Se è ricorrente l'affermazione secondo la quale la fissazione di un termine perde di significato in presenza di un inadempimento definitivo, più raramente la dottrina si è dedicata a delineare i confini di tale nozione, che è invero caratterizzata da una certa vaghezza ed ambiguità.

sia più eseguibile da parte dell'obbligato, o per ragioni oggettive o anche per cause dipendenti dal debitore, ma irreparabili».

⁷⁰ V. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 43 ss.; PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013, 67.

⁷¹ V., nella dottrina più risalente, AULETTA, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, cit., 408: «[...] quando la prestazione è divenuta inutile per il creditore, come può questi, senza ledere in pieno il suo interesse, fissare un termine per l'adempimento tardivo? Né si dica che in questa ipotesi il potere di risoluzione si ha senza bisogno di diffida [...] Bisognerà allora concludere che, in questi casi, non si può ottenere potere privato di risoluzione e che è necessario agire giudizialmente? [...] L'interprete non può perciò che denunciare il difetto del sistema legislativo [...]».

⁷² In tal senso, per tutti, SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, Tomo II, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da Sacco, cit., 2004, 636 ss. Nella dottrina più recente, DELLACASA, op. ult. cit., 44; PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, 68. Secondo l'A., l'unico modo per evitare di imbattersi nell'incoerenza sopra descritta è «ritenere che, allorché il creditore non abbia più interesse alla prestazione e non voglia (o non possa) intimare la diffida ex art. 1454 c.c., egli possa dichiarare di risolvere il contratto, con atto unilaterale che produce effetti sostanziali di scioglimento del rapporto».

⁷³ Si veda, ancora, PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 1: «il nostro ordinamento [è] un'anomalia nel contesto europeo, che è, invece, decisamente orientato – sia sul versante anglosassone sia su quello continentale – nella direzione della generalizzazione della risoluzione per inadempimento per atto unilaterale avente efficacia sostanziale». Cfr., altresì, DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit., 40 ss.; PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi*, in *Persona e Mercato*, 2015, 86.

Pare in primo luogo necessario procedere alla delimitazione di ciò *non* può essere considerato inadempimento definitivo.

Da tale concetto deve ritenersi esclusa l'ipotesi dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per cause non riconducibili alla sfera di controllo del debitore: in questo caso opererebbe, infatti, la regola di cui all'art. 1256 c.c.

Assume invece rilievo l'ipotesi dell'impossibilità della prestazione per causa imputabile al debitore. Si pensi al caso in cui il debitore abbia distrutto, lasciato perire, o alienato l'oggetto della prestazione: in tali ipotesi, la diffida ad adempiere può essere considerata valido strumento al fine di sciogliere il vincolo contrattuale?

Non essendo configurabile la possibilità di una sanatoria da parte del debitore, la concessione di un termine attraverso l'intimazione di una diffida ad adempiere parrebbe concettualmente incompatibile con la fattispecie descritta⁷⁴. A ben vedere, in considerazione dell'impossibilità materiale di adempiere per il debitore, il termine assegnato non potrebbe che decorrere inutilmente: da un punto di vista pratico, allo spirare del termine si raggiungerebbe il risultato voluto dal creditore attraverso l'intimazione della diffida⁷⁵, cioè la risoluzione del contratto.

Non sembra quindi profilarsi una incompatibilità assoluta tra l'ipotesi delineata ed il rimedio risolutivo *ex art. 1454 c.c.*; piuttosto, si tratterebbe di un'incompatibilità dal punto di vista logico-concettuale, derivante dall'utilizzo di uno strumento normalmente volto a sollecitare l'adempimento in un caso in cui l'adempimento non potrà mai essere realizzato.

A parere di chi scrive, situazione in parte conforme si realizza nel caso in cui il debitore dichiara espressamente di non volere o non potere adempiere: in tale fattispecie l'adempimento successivo, se pur astrattamente possibile, non potrebbe ugualmente realizzarsi, con conseguente inutilità dell'eventuale assegnazione di un termine supplementare.

Di maggiore complessità appaiono le ipotesi nelle quali l'inadempimento ha pregiudicato l'interesse del creditore alla prestazione in modo radicale e irreversibile, senza però coincidere con la materiale impossibilità della prestazione: si tratta di fattispecie caratterizzate da un inadempimento sì definitivo, ma a cui tecnicamente il debitore può ancora porre rimedio. In tali casi, la fissazione di un termine per

⁷⁴ In tal senso si esprime COSTANZA, cit., 439 s.

⁷⁵ Di simile avviso parrebbe MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 164, nella parte in cui afferma che, nel caso di inadempimento assoluto, «il debitore lascerà trascorrere inutilmente il termine fissatogli, e il creditore raggiungerà lo scopo della risoluzione a cui tendeva».

l'adempimento tardivo risulterebbe contraria all'interesse del creditore, perché il debitore potrebbe evitare di subire la risoluzione del contratto adempiendo entro il termine concesso.

Senza alcuna pretesa di esaustività, di seguito si offriranno alcune esemplificazioni di situazioni nelle quali emerge una sostanziale inadeguatezza dello strumento risolutivo della diffida ad adempiere.

Il *primo esempio* riguarda un contratto a prestazione periodica, avente ad oggetto un servizio di vigilanza che debba essere reso, in determinate date, presso un supermercato. Poniamo che nel giorno pattuito il vigilante non si rechi nel luogo in cui debba essere resa la prestazione. Tale inadempimento non può considerarsi rimediabile, perché la specifica prestazione può essere resa unicamente nel giorno prestabilito e non in qualsiasi altro giorno successivo. Vi sono, inoltre, buone ragioni per ritenere che il creditore intenda agire per la risoluzione dell'intero contratto, in quanto l'inadempimento della singola prestazione è in grado di menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti, ai sensi dell'art. 1564 c.c.⁷⁶

Ergo, quali i rimedi a disposizione del creditore al fine di provocare la risoluzione del contratto? Nel caso delineato, o si ritiene che l'inadempimento consista nell'inosservanza di un termine essenziale (riferito ad una singola prestazione)⁷⁷ che determini la risoluzione dell'intero contratto (in via automatica, in base al disposto dell'art. 1457), oppure la risoluzione non potrebbe che essere pronunciata da un giudice. Da un lato, la parte creditrice non potrebbe assegnare un termine per l'adempimento della singola prestazione, che non riveste per lui più alcun interesse; d'altro canto, non può concepirsi una diffida ad adempiere relativa all'adempimento di prestazioni che non sono ancora scadute⁷⁸.

⁷⁶ Per la tesi che ritiene che la risoluzione nei contratti ad esecuzione continuata o periodica sia disciplinata dal disposto dell'articolo 1564 c.c. v. LUCCHINI GUASTALLA, *Il contratto e il fatto illecito*, Milano, 2012, 373 s.; ID., *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano, 2002, 180 ss., ove ampi riferimenti.

⁷⁷ In senso contrario si è espresso GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, 743 ss. Secondo l'A., nei rapporti di durata continuata sarebbe implicito un termine essenziale (sempre nei contratti ad esecuzione continuata, da accertare caso per caso nei contratti ad esecuzione periodica), che condurrebbe però ad una risoluzione soltanto parziale, «perché l'esecuzione della prestazione, la cui entità è determinata in funzione del tempo, può sempre riprendere con piena soddisfazione dell'interesse creditorio per il futuro. Onde risulta di palmare evidenza l'inopportunità d'una risoluzione automatica dell'intero rapporto».

⁷⁸ Sulla base di analoghe constatazioni si è ritenuto che, in circostanze simili, dovrebbe essere riconosciuto il diritto di recedere unilateralmente dal contratto. V. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, cit., 743: «L'inattuazione dell'equilibrio contrattuale, una volta verificatasi, non può più essere tardivamente sanata [...]. [P]er esempio, l'inadempimento d'un obbligo di somministrare a richiesta acqua o energie, una volta verificatosi, non è più rimediabile; così come, per continuare

Secondo esempio. Poniamo che in un contratto non sia fissato alcun termine per l'adempimento né previsto un termine essenziale, ma venga comunque superato un limite tale per cui la prestazione non può più essere di interesse per il creditore. Si riporta l'efficace esemplificazione di un autore⁷⁹: «un imprenditore A [...] decide di impostare una propria campagna pubblicitaria su di un opuscolo che illustri i propri prodotti, e si rivolge ad un'impresa specializzata B perché lo confezioni. Viene concluso un contratto in questo senso, nel quale B si impegna a fornire l'opuscolo entro un termine indicativo della durata approssimativa del lavoro necessario, e quindi non essenziale, di quattro mesi, e A si impegna a pagare un corrispettivo di lire 5.000.000, di cui versa la metà alla conclusione del contratto. Ove siano trascorsi, poniamo, un paio d'anni senza che B abbia fornito l'opuscolo, è evidente che l'interesse di A per quell'opuscolo, relativo ad una campagna pubblicitaria ormai appartenente al passato, si sarà esaurito [...]».

A fronte di un simile «inadempimento definitivo», il creditore potrebbe essere riluttante ad avvalersi della diffida ad adempiere, avendo con grande probabilità già ottenuto la prestazione attraverso la conclusione di un contratto sostitutivo. Ed infatti, nel panorama sovranazionale si tende a riconoscere il diritto del creditore di svincolarsi dal contratto sulla base di una mera dichiarazione unilaterale, quando sia decorso un tempo tale da far comunque venir meno il suo interesse alla prestazione⁸⁰.

Il *terzo esempio* riguarda un contratto preliminare avente ad oggetto l'affitto di un ramo d'azienda. Alla scadenza del termine fissato per la conclusione del contratto definitivo vi è un espresso riconoscimento, da parte del promissario acquirente, dell'impossibilità temporanea di concludere il contratto, per il fatto di non essere ancora in possesso delle licenze necessarie per svolgere le attività previste⁸¹.

nell'esemplificazione, l'inadempimento dell'obbligo di prestare lavoro subordinato. Non avrebbe senso, in tutti questi casi, una richiesta di recupero successivo».

⁷⁹ C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. 9, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1992, 109.

⁸⁰ Ciò, a prescindere dalla natura essenziale del termine per l'adempimento. V., in tal senso, Pretura di Parma-Fidenza, 24.11.1989, *Foliopack AG v Daniplast S.p.A.*, diritto applicabile CISG, reperibile su CISG-online, documento n° 521. Il contratto veniva dichiarato risolto sulla base di una dichiarazione unilaterale con cui la parte fedele dichiarava di rinunciare all'acquisto ed invitava la controparte a restituire la somma incassata. V., in particolare, l'inciso «[...] anche volendo pretermettere la natura essenziale del termine di cui si discute, rimane la circostanza, oggettivamente emergente da quanto sopra ricordato, che comunque la società convenuta si è resa gravemente inadempiente alle obbligazioni assunte con il contratto *de quo*: elemento questo che in ogni caso giustifica la risoluzione del contratto così come richiesta dall'attrice».

⁸¹ L'esempio è tratto da una fattispecie riportata da VENTURELLI, *Il momento preclusivo dell'adempimento ritardato*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 3 ss.

Al di là della questione relativa all'eventuale natura imputabile di un simile inadempimento, è evidente come una dichiarazione siffatta possa far maturare, nel promittente alienante, un assoluto disinteresse alla prestazione, soprattutto laddove sia nella posizione di concludere un contratto sostitutivo⁸².

Ancora una volta, il rimedio della diffida si rivela inadeguato. Il promittente alienante non potrebbe infatti assegnare un termine di grazia, a fronte di un'esplicita dichiarazione della controparte di essere impossibilitata (anche se solo temporaneamente) ad adempiere; inoltre, il suo esclusivo interesse potrebbe essere quello di ottenere lo scioglimento del vincolo e ritenersi libero di concludere un contratto sostitutivo.

L'unica opzione sarebbe rappresentata, dunque, dalla proposizione di una domanda giudiziale, a meno di ritenere che il promittente acquirente possa sciogliere il contratto unilateralmente, per il tramite di una dichiarazione stragiudiziale con cui si dichiara libero di scegliere un nuovo contraente⁸³.

Il *quarto esempio* è tratto da un caso giurisprudenziale⁸⁴. Com'è noto, l'articolo 1662 c.c. prevede che il committente, nel corso dell'esecuzione del contratto, possa intimare all'appaltatore di conformarsi alle condizioni stabilite, fissando un congruo termine entro il quale l'appaltatore deve conformarsi alle condizioni. Un problema che è sorto nella fattispecie concreta è se si possa ricorrere al rimedio nel caso in cui i difetti dell'opera presentino il carattere dell'irreparabilità, ovvero non siano eliminabili da parte dell'appaltatore.

La soluzione data dalla Supr. Corte in tali casi è quella di ritenere applicabile solamente «il rimedio generale previsto dall'art. 1453 c.c.». In una situazione più grave rispetto a

⁸² Per alcune argomentazioni favorevoli al recesso stragiudiziale, che consentirebbe alla parte fedele al contratto di acquistare immediatamente la libertà di tornare sul mercato e di concludere un contratto definitivo v. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit., 48. V. anche C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 145 ss., secondo cui il creditore «che diligentemente provveda al rimpiazzo della prestazione inutilmente attesa, non deve essere esposto al rischio di pagare due volte ciò di cui aveva bisogno: l'inecuzione della prestazione alla scadenza e il soddisfacimento dell'interesse creditorio renderebbero definitivo l'inadempimento».

⁸³ A tal riguardo v. la ricostruzione di VENTURELLI, *Il momento preclusivo dell'inadempimento ritardato*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 3 ss., secondo cui una dichiarazione con la quale il promittente venditore dichiara di non ritenersi più vincolato al contratto non è sufficiente a determinare la risoluzione del contratto, bensì a rendere definitivo l'inadempimento determinato dal ritardo del promissario acquirente. Una dichiarazione simile varrebbe dunque a legittimare il rifiuto all'adempimento tardivo: «[l]a valutazione della definitività dell'inadempimento è necessariamente elastica e circostanziata, perché solo un'attenta considerazione della situazione di fatto consente di verificare se e in che misura l'offerta tardiva della prestazione deve essere accettata».

⁸⁴ Il riferimento è a Cass., 30.3.1985, n. 2236, cit.

quella che si realizzerebbe in presenza di mere imperfezioni, alla parte creditrice non viene offerta la possibilità di risolvere il contratto in via stragiudiziale.

Le esemplificazioni offerte mostrano come, al di là dei casi in cui il carattere definitivo dell'inadempimento deriva da una caratteristica oggettiva della prestazione (come nel caso dell'inadempimento di singole prestazioni nei contratti ad esecuzione periodica, per i quali si discute se possa ricorrere l'ipotesi del termine essenziale⁸⁵), nella valutazione del carattere definitivo dell'inadempimento assume un ruolo cruciale l'interesse della parte fedele al contratto (analogamente a quanto avviene nell'ambito della valutazione della non scarsa importanza dell'inadempimento)⁸⁶.

In via riassuntiva, la definitività dell'inadempimento può dunque ritenersi coincidente:

- (i) con l'impossibilità materiale della prestazione, ossia con il fatto che la prestazione non possa essere più attuata, per cause comunque imputabili al debitore;
- (ii) con il venir meno dell'interesse del creditore alla prestazione, derivante da ragioni correlate alla natura della prestazione (realizzando quindi di una sorta di irrealizzabilità «funzionale»);
- (iii) con il venir meno dell'interesse del creditore alla prestazione, derivante da ragioni che prescindono dalla natura della prestazione (come nel caso dell'espressa dichiarazione del debitore di non voler adempiere).

2.5 L'inadempimento definitivo nel termine essenziale.

All'interno del codice civile vigente può individuarsi, quale disposizione che attribuisce espressa rilevanza alla natura definitiva dell'inadempimento intesa come venir meno dell'interesse del creditore alla prestazione, l'art. 1457 c.c. relativo alla fattispecie del termine essenziale⁸⁷.

⁸⁵ È contrario all'applicazione dell'art. 1457 c.c. ai contratti di durata GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, cit., secondo cui «l'inutilità di un adempimento tardivo si riscontra anche in questi rapporti; ma il conseguente inadempimento definitivo è solo parziale, perché l'esecuzione della prestazione, la cui entità è determinata in funzione del tempo, può sempre riprendere con piena soddisfazione dell'interesse creditorio per il futuro. Onde risulta di palmare evidenza l'inopportunità d'una risoluzione automatica dell'intero rapporto».

⁸⁶ A tal riguardo, nel panorama francese, v. la casistica offerta da LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, cit., 312.

⁸⁷ V., a tal riguardo, DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 326 s., secondo cui «L'inadempimento che consegue alla scadenza del termine essenziale è definitivo, in quanto compromette radicalmente l'interesse del creditore. Ecco perché il contratto non si risolve in virtù di una dichiarazione negoziale, ma di un automatismo legale: se l'inadempimento, *sub specie* di ritardo, lede in modo definitivo l'interesse del creditore, è fisiologico che il rapporto si estingua».

Tale strumento risolutivo è stato esaminato, perlopiù, in parallelo con la figura della clausola risolutiva espressa *ex art. 1456 c.c.*⁸⁸, accostandolo alle forme risolutive che richiedono un preventivo accordo; sostanzialmente ignorata è invece la relazione tra risoluzione per effetto della decorrenza di un termine essenziale e risoluzione unilaterale⁸⁹.

Soprattutto la fattispecie del termine essenziale «oggettivo»⁹⁰, invece, merita approfondimento come strumento risolutivo che conduce alla risoluzione del contratto senza richiedere un accordo preventivo tra le parti, con la peculiarità rappresentata dal fatto che l'inutilità della prestazione derivante dalla scadenza del termine essenziale fonda, di per sé, l'estinzione del rapporto contrattuale, senza necessità di esercitare un atto di volontà unilaterale⁹¹.

Al pari delle richiamate esemplificazioni, la scadenza di un termine essenziale determina il venir meno dell'interesse alla prestazione da parte del creditore, con conseguente inopportunità dell'intimazione di un termine supplementare al debitore.

⁸⁸ Secondo alcuni autori, tra clausola risolutiva espressa e termine essenziale passerebbe un rapporto di genere a specie: v. BUSNELLI, *Clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 196 ss.; GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, cit.: «Chi si accosti allo studio della c.r.e. nota come la maggior parte dei lavori ad essa dedicati trattino anche del t.e. (termine essenziale, n.d.a.): non è fatto strano se si pensa che – tradizionalmente – esso è considerato quale sottospecie della c.r.e. (clausola risolutiva espressa, n.d.a.)».

⁸⁹ Rifiuta il parallelismo tra termine essenziale e diffida ad adempiere NATOLI, *Il termine essenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, 233 ss.; ID., voce «Diffida ad adempiere», in *Enc. del dir.*, XXII, 1964, 511 ss., il quale ha evidenziato che «non si è mancato di qualificare il termine (intimato dal creditore per l'adempimento, n.d.a.) suddetto come essenziale, operando in tal modo impropriamente un riaccostamento della diffida ad adempiere ad un altro degli istituti, che, com'è noto, consentono di raggiungere la risoluzione per inadempimento indipendentemente da una pronuncia (costitutiva) del giudice, e cioè al termine essenziale (art. 1457 c.c.), che, tuttavia, se ne distingue sia sul piano strutturale che su quello funzionale, collegandosi alla clausola risolutiva espressa».

⁹⁰ Sulla distinzione tra termine essenziale oggettivo e termine essenziale soggettivo, in luogo di molti, MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 171; SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 61 ss. Per alcune criticità sulla rilevanza della figura del termine «soggettivamente» essenziale cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., 909: «[...] la figura del termine essenziale finisce per dissolversi. [...] L'area del termine essenziale si riduce così ai casi di obiettiva essenzialità del termine, non pattuita tra le parti»; DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 332 ss. Ed ancora, sulle perplessità correlate al mantenimento di una distinzione tra termine oggettivamente e soggettivamente essenziale, LUCCHINI GUASTALLA, *Il contratto e il fatto illecito*, cit., 370. D'altronde, anche parte della giurisprudenza sembrerebbe riconoscere l'essenzialità del termine solo ove tale carattere derivi da elementi di natura oggettiva: v., *inter alia*, App. Roma, 8.11.2012, n. 5538, in *Guida al dir.*, 2013, 4, 38 (s.m.): «Il termine indicato nel preliminare per la stipula del definitivo deve ritenersi essenziale solo qualora le parti lo abbiano espressamente considerato tale e questo suo carattere risulti comunque dal contratto, in considerazione della sua natura o del suo oggetto, quando l'utilità economica avuta presente dalle parti possa essere perduta per effetto dell'inutile decorso di quel termine».

⁹¹ In questo senso v. SACCO in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, II, Torino, 1993, 594, secondo cui l'ipotesi del termine essenziale di natura oggettiva «è l'unico vero caso di risoluzione di diritto, perché alla fattispecie risolutoria sono estranei tanto l'attività contrattuale delle due parti, quanto l'atto di autorità del contraente offeso».

Qual è, dunque, la relazione tra natura definitiva dell'inadempimento che sorga in fattispecie non espressamente tipizzate dal legislatore⁹² e natura definitiva dell'inadempimento per mancato rispetto di un termine essenziale, causa di scioglimento automatico del contratto *ex art. 1457 c.c.*?

A tal fine, è necessario soffermarsi brevemente sulla nozione di essenzialità del termine, che costituisce presupposto applicativo della disposizione ma non è stata definita dal legislatore del 1942⁹³.

Il più diffuso criterio di riferimento è quello connesso all'inutilità della prestazione: si ritrova quindi l'opinione secondo la quale il termine è essenziale «se dopo la scadenza la prestazione non avrebbe più utilità per il creditore»⁹⁴, ovvero quando «l'inutile scadenza del tempo pregiudichi irrimediabilmente la realizzazione dell'operazione economica»⁹⁵. Allo stesso tempo, però, il mancato rispetto del termine essenziale non rende necessariamente impossibile, sul piano oggettivo, la prestazione, tant'è vero che permane comunque, in capo al creditore, la facoltà di richiedere l'adempimento tardivo, nel termine di tre giorni⁹⁶.

Particolarmente complessa risulta l'individuazione degli indici da cui poter desumere la perdita di interesse del creditore a ricevere la prestazione.

Ad un orientamento che predilige gli elementi «oggettivi» e che fa dipendere l'essenzialità esclusivamente dalle caratteristiche intrinseche della prestazione e dall'oggetto del contratto⁹⁷, si contrappone un indirizzo che predilige elementi «soggettivi», per cui l'essenzialità del termine sarebbe sempre e comunque (e dunque, anche nell'ipotesi del termine oggettivamente essenziale) riconducibile alla volontà

⁹² V. le esemplificazioni di cui *supra*.

⁹³ Sulla scelta del legislatore del 1942 di non definire la nozione di essenzialità del termine v. DI MAJO, voce «Termine (diritto privato)», in *Enc. del dir.*, XLIV, Milano, 1992, 213 ss.

⁹⁴ V., per tutti, ROPPO, *Il contratto*, cit., 908.

⁹⁵ COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 89.

⁹⁶ Vedasi, con riguardo all'interesse del creditore a conseguire la prestazione nonostante la scadenza del termine, DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 327, che parla di «fisiologia» con riguardo allo scioglimento automatico del rapporto e di ipotesi «eccezionale» con riguardo al caso in cui il creditore conservi interesse a conseguire la prestazione, nonostante la scadenza del termine.

⁹⁷ Può considerarsi esponente della tesi «oggettiva» DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 328 s., secondo cui «il regolamento contrattuale costituisce il principale punto di riferimento per l'interprete chiamato a valutare l'essenzialità del termine». La posizione è tuttavia temperata dal fatto che, secondo l'A., possono assumere rilievo anche «i motivi che hanno indotto il creditore a contrarre, purché il debitore li conoscesse o potesse conoscerli con l'ordinaria diligenza». Su posizioni analoghe SIMONETTO, *Termine essenziale e identità dell'oggetto della prestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 1053 ss., secondo cui il termine è essenziale quando in seguito alla sua scadenza la prestazione muta natura, trasformandosi in qualcosa di diverso rispetto a quella originariamente dedotta in contratto (in forza di tale impostazione l'adempimento tardivo corrisponderebbe, sostanzialmente, all'esecuzione di *aliud pro alio*).

delle parti, in quanto l'importanza della scadenza ai fini dell'attuazione del rapporto dipende dal loro apprezzamento discrezionale⁹⁸.

In senso parzialmente conforme si esprimono coloro che ritengono che ad una valutazione attuata con criteri oggettivi debba affiancarsi un giudizio che tenga conto della volontà dei contraenti e dei loro particolari interessi, a patto che la relatività e la peculiarità degli stessi abbiano una giustificazione di tipo «obiettivo» che possa ricavarsi dal regolamento contrattuale⁹⁹.

A chi scrive sembra debba essere adeguatamente valorizzato il profilo dell'interesse del creditore, come d'altronde traspare chiaramente dal dato letterale dell'art. 1457 c.c., che concepisce l'essenzialità come mezzo di realizzazione dell'interesse creditorio («Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale nell'interesse dell'altra [...]»¹⁰⁰).

Se ne ricava che, al pari di quanto avviene nella valutazione c.d. «soggettiva» nell'ambito della non scarsa importanza dell'inadempimento¹⁰¹, gli indici da tenere in considerazione sono multiformi e non esclusivamente riconducibili alle circostanze sussistenti al momento della conclusione del contratto, ma anche «alla situazione esistente al momento in cui si compie la violazione»¹⁰² ed, eventualmente, alla «rilevante perdita economica che una di esse subirebbe dal ritardato inadempimento dell'altra»¹⁰³.

Attribuendo rilevanza a tali profili, risulterebbe rafforzata la tesi secondo la quale il mancato adempimento della prestazione può radicalmente compromettere l'interesse del creditore alla prosecuzione del contratto anche al di fuori delle ipotesi di essenzialità del termine.

⁹⁸ In tal senso DI MAJO, voce «Termine (diritto privato)», cit., 204: «Sul terreno invece delle forme di "essenzialità oggettiva" può esservi luogo a distinguere. Gli indirizzi giurisprudenziali, si è visto, fanno ricorso a indici di rilevazione molteplici, e comunque non sempre omogenei [...]. Vero invece che il carattere essenziale del termine è da porre pur sempre in relazione con la volontà delle parti e con l'apprezzamento discrezionale di esse, potendo soltanto variare l'indice rivelatore di tale carattere».

⁹⁹ Così COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 81.

¹⁰⁰ Valorizza il dato letterale anche SIRGIOVANNI, *Termine essenziale. Spunti per uno studio sullo scioglimento del contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1360, in cui afferma che «L'essenzialità del termine, dunque, non è una caratteristica che il termine ha in sé, ma dipende dall'interesse che la prestazione eseguita da una parte in un determinato arco temporale assume per l'altra».

¹⁰¹ Ritiene che la risoluzione per scadenza del termine essenziale non possa prescindere dall'accertamento del presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento ROPPO, *Il contratto*, cit., 908.

¹⁰² V. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 84; DI MAJO, voce «Termine (diritto privato)», cit., 204, il quale rileva come vi sia «incertezza persino sul momento cui riferire la valutazione del carattere essenziale del termine. Tale sarebbe ad esempio una valutazione che *ex post*, con riguardo all'inutile decorso del termine, considerasse *inutiliter* fatta una prestazione tardiva, rendendo così arbitro il giudice dell'apprezzamento circa il carattere essenziale del termine».

¹⁰³ Cfr. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., 173.

Se nella fattispecie del termine essenziale «oggettivo» l'inutilità della prestazione deriva *in primis* da caratteristiche oggettive (natura della prestazione, oggetto del contratto) ed altri criteri assumono rilevanza in via sussidiaria; la natura definitiva dell'inadempimento in fattispecie diverse da quella *ex* 1457 c.c. può ricavarsi da circostanze anche successive al momento della conclusione del contratto e da una valutazione in concreto della situazione verificatasi in seguito all'inadempimento¹⁰⁴.

2.6 Differenze con gli strumenti risolutivi previsti dal diritto uniforme ed alcune considerazioni.

Giunti a tal punto della trattazione sembra opportuno confrontare gli esiti della stessa con il panorama normativo di natura sovranazionale¹⁰⁵. Da tale parallelismo non può prescindere prima di esaminare le soluzioni adottate dai principali Paesi europei.

Da quanto sin qui esposto, possono essere individuate alcune fondamentali differenze tra il modello di risoluzione per atto di parte previsto nel codice civile (art. 1454 c.c.) e quello contemplato, invece, dai progetti di diritto europeo e diritto internazionale dei contratti.

(i) Nel panorama italiano, il principio della non scarsa importanza dell'inadempimento viene considerato presupposto fondamentale ai fini dell'operatività della diffida ad adempiere¹⁰⁶, mentre non è richiesto nell'ambito del meccanismo del *Nachfrist* di cui ai principi internazionali. L'assegnazione, da parte del contraente fedele al contratto, del termine entro il quale eseguire la prestazione consente infatti di prescindere dal carattere

¹⁰⁴ Quanto alla valutazione della situazione verificatasi in seguito all'inadempimento, anche se nel contesto *ex* art. 1455 c.c., COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, cit., 12: «[...] nel valutare l'interesse stabilito dall'art. 1455 c.c., devono essere presenti tutte le circostanze che il caso presenta, anche successive alla conclusione del contratto, e ciò fa sì che l'interesse a cui fa riferimento la norma non risulti lo stesso preciso interesse che a suo tempo fu dedotto dalle parti nel contratto. Infine si osserva che, per determinare l'ambito di applicazione dell'art. 1455 c.c., occorre basarsi sia su fattori soggettivi sia su parametri obiettivi, emersi in un momento successivo alla conclusione del contratto».

¹⁰⁵ In materia di risoluzione, con riguardo al rapporto tra diritto interno e diritto uniforme cfr. C. M. BIANCA, *La risoluzione del contratto per inadempimento: riflessioni sul confronto tra diritto italiano e Convenzione di Vienna*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, t. 1, Milano, 1991, 117 ss.; LORENZ, *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 93 ss.; AN. FUSARO, *La risoluzione del contratto sulla via della codificazione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 315 ss.; con particolare riguardo al termine essenziale v. SIRGIOVANNI, *Termine essenziale. Spunti per uno studio dello scioglimento del contratto*, *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1374 ss.

¹⁰⁶ Giova ricordare che Cass., 17.8.2011, n. 17337, *cit.* si pone in contrasto con tale consolidato orientamento, anche se con una motivazione sostanzialmente apodittica e basata sulla mera lettera della norma. Il precedente non ha avuto alcuna incidenza nella giurisprudenza successiva, che si è nuovamente posta nel solco dell'orientamento tradizionale.

essenziale (*fundamental*) dell'inadempimento¹⁰⁷. La natura essenziale dell'inadempimento, invece, è richiesta ai fini dello scioglimento del contratto in via immediata.

(ii) In Italia, la ricostruzione prevalente ritiene che il presupposto dell'imputabilità (generalmente ritenuto coincidente, dalla giurisprudenza, con la colpevolezza) sia indefettibile nell'ambito del meccanismo risolutivo di cui alla diffida ad adempiere; al contrario DCFR, PICC e PECL consentono la risoluzione del contratto prescindendo dalla colpa del debitore, analogamente a quanto previsto dal diritto tedesco ad esito della *Schuldrechtsmodernisierung*. Deve però precisarsi che il carattere essenziale della *non-performance* può comunque essere ricavato anche da una serie di elementi «soggettivi» riconducibili ad una valutazione quasi psicologica della condotta del debitore: in tal senso si pone il disposto dell'art. 7.3.1(2) dei PICC, che considera la natura colposa/intenzionale dell'inadempimento quale elemento da cui può essere inferita la natura essenziale della *non-performance*. Tali indici assumerebbero rilievo in quanto idonei a compromettere la fiducia del creditore nell'adempimento futuro¹⁰⁸.

(iii) Nel quadro attuale, lo scioglimento del contratto per atto di parte impone la preventiva assegnazione di un termine al debitore (c.d. termine di grazia o supplementare); si ritiene dunque non generalmente ammesso un potere risolutivo con effetto immediato¹⁰⁹ analogo a quello previsto dai PICC nel caso di inadempimento essenziale¹¹⁰.

Il principio, agevolmente ricavabile dal tenore letterale dell'art. 1454 c.c., è stato recentemente confermato dalla Corte di Cassazione che ha affermato che la semplice

¹⁰⁷ Cfr. VOGENAUER (*Edited by*), *Commentary on the UNIDROIT Principles*, II, Oxford, 2015, 919, che parla dello strumento come «*an opportunity to upgrade the non-performing party's breach by fixing an additional period of time*».

¹⁰⁸ V., sul punto, LORENZ, *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*, cit., 93 ss.

¹⁰⁹ Alcuni autori, tuttavia (v., per tutti, DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit., spec. 51 ss.), rinvergono un'apertura nei confronti della risoluzione per atto di parte con effetto immediato in alcune pronunce giurisprudenziali, secondo le quali il creditore può rifiutare la prestazione offerta con grave ritardo anche se non ha ancora proposto domanda di risoluzione. V., per tutte, Cass., sez. un., 6.6.1997, n. 5086, in *Corr. giur.*, 1997, 768, con nota di CARBONE; in *Contratti*, 1997, 450 ss, con nota di BARBIERA; in *Giust. civ.*, 1997, I, 2765, con nota di COSTANZA.

In senso contrario a tale impostazione sembra porsi, invece, TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., spec. 135. L'A. riconosce, quali fattispecie che riconoscono un potere risolutivo ad effetto immediato, quelle previste dalla legge in tema di revoca del mandato (art. 1723), rinuncia del mandatario (art. 1727), recesso per giusta causa nel contratto di lavoro (art. 2119), esclusione del socio dalla società (art. 2286): in queste ipotesi, tuttavia, non si sarebbe al cospetto di un generico inadempimento, bensì di situazioni che rendono intollerabile la prosecuzione dei rapporti basati sull'*intuitus personae*. In tutti gli altri casi la diffida non potrebbe contemplare un effetto risolutorio immediato «perché se così fosse non si darebbe al debitore alcuna possibilità di adempiere, mentre una dilazione dell'effetto risolutorio è imprescindibile».

¹¹⁰ Cfr. anche art. 7.3.1 PICC; art. 9:301(1) PECL; art. 49 (1) (a) CISG.

dichiarazione unilaterale della parte di ritenere il contratto risolto deve reputarsi inidonea a produrre l'effetto risolutivo¹¹¹.

(iv) L'art. 1454 c.c. consente la risoluzione in modo più rapido rispetto a quanto previsto da PICC, DFCR, PECL, prevedendo la risoluzione automatica ad esito dell'intimazione del termine supplementare. Nei progetti di diritto europeo e diritto internazionale dei contratti, invece, si richiede una doppia iniziativa della parte fedele (indicazione di un termine, prima, e, poi, dichiarazione di recesso). Il riconoscimento della risoluzione automatica allo scadere del termine, *ex art. 1454 c.c.*, consente dunque di velocizzare considerevolmente la procedura per giungere allo scioglimento del contratto¹¹². Tale meccanismo operativo potrebbe, però, tradursi in uno svantaggio per il creditore quando, ad esito del decorso del termine intimato, egli reputi più conforme ai propri interessi l'esecuzione del contratto. A fronte di tale circostanza, parte della giurisprudenza italiana consente che il creditore possa rinunciare unilateralmente alla risoluzione per atto di diffida e tornare a pretendere l'attuazione del rapporto¹¹³.

(v) Diversamente dal *Nachfrist mechanism*¹¹⁴ proprio del contesto internazionale e concepito quale forma di reazione al solo ritardo nell'adempimento, la diffida ad adempiere è strumento risolutivo idealmente concepito in relazione a qualsiasi fattispecie di inadempimento.

L'osservazione statistica dei casi giurisprudenziali mostra, però, che il ricorso allo strumento avviene perlopiù in fattispecie caratterizzate dalla mancata esecuzione della

¹¹¹ V. la recente Cass., 21.7.2016, n. 15070, nella banca dati *Dejure*: «In difetto di clausola risolutiva espressa, la risoluzione del contratto per inadempimento può essere ottenuta mediante intimazione ad adempiere *ex art. 1454 c.c.*, essendo privo di effetto l'atto unilaterale con cui la parte dichiara risolto il contratto»; nel medesimo senso Cass., 29 maggio 1990, n. 5017, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce «Contratto in genere»: «La risoluzione del contratto in difetto di una clausola risolutiva espressa, della quale la parte dichiara di avvalersi, può essere ottenuta, a norma dell'art. 1454 c.c. soltanto mediante intimazione ad adempiere in un congruo termine indicato come risolutorio; a tal fine la semplice dichiarazione unilaterale della parte di ritenere il contratto risolto, configurandosi come mera pretesa che non consente all'altra parte l'attuazione del rapporto, deve considerarsi priva di effetti e quindi non preclusiva della successiva domanda di adempimento».

¹¹² Lo scioglimento automatico alla scadenza del termine assegnato dal creditore ha portato la giurisprudenza più risalente ad accostare il rimedio al termine essenziale, qualificando il termine di adempimento come «essenziale». In tal senso Cass., 3.11.1955, n. 3583, reperibile su *ItalggiureWeb*: «[...] il termine contenuto nella diffida ad adempiere ha per le stesse conseguenze che la legge gli assegna carattere essenziale».

¹¹³ V., *inter alia*, Cass., 24.11.2010, n. 23824, in *Contratti*, 2011, 179 ss.; Cass., 25.10.2010, n. 21838, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce «Contratto in genere».

¹¹⁴ Da tenere distinto rispetto al *Nachfrist* proprio del sistema tedesco, cfr. § 437 no 2, 323 BGB, (*amplius infra*), che trova applicazione anche nelle ipotesi di prestazione inesatta e non soltanto in quelle di ritardo.

prestazione nel termine dedotto nel contratto; l'inadempimento, infatti, è quasi sempre quello nascente da preliminari di compravendita immobiliare¹¹⁵.

Tale constatazione implica un ridimensionamento del dibattito circa l'inefettabilità del presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento: trattandosi di modo di risoluzione che, nella prassi concreta, trova applicazione nei casi di mancata esecuzione della prestazione principale, ruolo fondamentale dovrebbe assumere l'inutile decorrenza del termine supplementare concesso, quanto meno sotto il profilo della frustrazione dell'interesse del contraente fedele (interesse valorizzato dallo stesso dato letterale dell'art. 1455 c.c.).

La difficoltà di rinvenire sentenze che facciano applicazione dell'art. 1454 c.c. in ipotesi di inadempimento qualitativamente o quantitativamente inesatto¹¹⁶ parrebbe mostrare una sostanziale inidoneità della diffida ad adempiere a reagire a forme di inadempimento diverse da quelle di ordine temporale. Con riferimento ai motivi di tale circostanza si potrebbe forse ritenere che, ove la prestazione venga resa in modo difforme a quanto stabilito nel regolamento contrattuale, risulta più facilmente lesa l'interesse del creditore all'adempimento, rispetto a quanto avvenga nell'ipotesi del mero ritardo.

Si pensi, ad esempio, ad una diffida ad adempiere intimata allo scopo di far cessare un comportamento della controparte costituente atto di concorrenza sleale¹¹⁷: inadempimento siffatto potrebbe già di per sé pregiudicare in modo irreversibile e radicale l'interesse del creditore, motivandolo a liberarsi dal rapporto contrattuale attraverso una domanda giudiziale ex art. 1453 c.c.

La regola formulata dall'art. 1454 c.c., imponendo l'intimazione di un termine supplementare e la concessione di una seconda "chance" al debitore mostra di prediligere il principio della conservazione del contratto e l'interesse del debitore ad essere tutelato contro scelte del creditore che non siano adeguatamente ponderate. Tuttavia, né il dato positivo né quello giurisprudenziale paiono introdurre le dovute eccezioni alla regola, consentendo di valorizzare l'interesse del creditore nel caso

¹¹⁵ V. DE MENECH, *Diffida ad adempiere e risoluzione "di diritto" ex art. 1454 c.c.*, in *Contratti*, 2013, 704. Tra le più recenti pronunce nelle quali la diffida è forma di reazione all'inadempimento di un preliminare di compravendita, Cass., 8.9.2015, n. 17748, in *Diritto & Giustizia*, 2015 (s.m.).

¹¹⁶ Si segnala, quale fattispecie in cui la diffida ad adempiere non costituisce rimedio a fronte di un inadempimento relativo, Cass., 29.11.2012, n. 21237, reperibile nella banca dati *Dejure Giuffrè*, in cui l'inadempimento consisteva nel compimento di un atto di concorrenza sleale. Con la diffida ad adempiere, pertanto, si invocava la cessazione di quel determinato comportamento.

¹¹⁷ L'esempio è tratto dai fatti di causa propri di Cass., 29.11.2012, n. 21237, *cit.*

concreto. Con riguardo a tale profilo, pare necessario esaminare quali siano le soluzioni apprestate dai principali ordinamenti europei.

2.7 Considerazione dei modelli inglese, tedesco e francese in relazione alla necessità di assegnare un termine supplementare.

Nel contesto in esame, meritano *in primis* interesse le soluzioni offerte dagli ordinamenti ove la risoluzione si fonda su un atto di parte, tra cui spiccano quello tedesco ed il *common law* anglosassone. Quest'ultimo, soprattutto, costituisce un prezioso modello per l'interprete e per il professionista, considerata la notevole influenza dei modelli di *common law* nella contrattualistica commerciale.

Non può essere trascurato, inoltre, il quadro offerto dall'ordinamento francese che, pur fondandosi sull'intervento giudiziale e non contemplando, nella versione originaria del *Code Napoléon*¹¹⁸, strumenti di risoluzione stragiudiziale, si è caratterizzato per una propulsione innovatrice della *Cour de Cassation*, che ormai da decenni riconosce la possibilità di sciogliere il contratto per atto di parte¹¹⁹.

La vera rottura rispetto alla tradizione è consistita, dunque, nella consacrazione della risoluzione per atto unilaterale, avvenuta a partire dal noto *Arrêt Tocqueville*; l'impostazione è stata confermata dal recente intervento di riforma del *code civil* riguardante il diritto dei contratti, insieme con il regime generale della prova e delle obbligazioni, per opera dell'*Ordonnance* n. 131 del 10 febbraio 2016¹²⁰. Novità significativa è rappresentata dall'art. 1226 del *code* che sancisce l'introduzione, anche a livello positivo, della risoluzione «*par voie de notification*»¹²¹.

¹¹⁸ Il *code civil*, nella sua formulazione originaria, non prevedeva strumenti di risoluzione stragiudiziale, essendo la risoluzione disciplinata unicamente dall'art. 1184, secondo cui: «*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*»; si precisa poi che «*[d]ans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit*», cioè in nessun caso il contratto può essere risolto di diritto.

¹¹⁹ Per una panoramica del quadro antecedente alla Riforma v., per tutti, BRÉS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Montpellier, 2009.

¹²⁰ *Ordonnance* adottata in base all'art. 8 della *Loi* n. 2015-177 del 16 febbraio 2015, le cui disposizioni, previa ratifica del Parlamento, sono entrate in vigore dallo scorso 1° ottobre 2016.

¹²¹ V. il disposto del nuovo art. 1226: «*Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution*».

2.8 Il diritto inglese: scioglimento del contratto *by notice* e inadempimento avente carattere *irremediable*.

Nell'ottica inglese, il contratto si configura come un *commercial vehicle*¹²² da impiegare nel campo dei traffici commerciali. A fronte dell'inadempimento di un'obbligazione contrattuale (*breach of contract*)¹²³ viene dunque privilegiata l'esigenza del creditore di sciogliere il più velocemente possibile il rapporto contrattuale, soddisfacendosi attraverso una prestazione sostituiva.

Regola generale deve considerarsi quella secondo la quale ciascuna parte, a fronte di un inadempimento, può sciogliere il contratto mediante una dichiarazione stragiudiziale (*by notice*), senza che sia necessario l'intervento del giudice¹²⁴ o altro particolare requisito formale¹²⁵.

Anche nel *common law* inglese si accoglie il principio per cui non ogni inadempimento è idoneo a giustificare la risoluzione del contratto, ponendo la delicata questione di individuare le circostanze in presenza delle quali sorge il *right to terminate*¹²⁶.

Può sin d'ora anticiparsi che, soprattutto in passato, si tendeva ad ammettere la risoluzione del contratto soltanto a fronte della violazione di una *condition* (ossia di una obbligazione considerata essenziale)¹²⁷ e non di una *warranty*, la cui violazione avrebbe dato luogo unicamente al risarcimento del danno¹²⁸. Ad oggi, però, è opinione diffusa¹²⁹

¹²² L'espressione è mutuata da CARTWRIGHT, *Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for Civil Lawyer*, Oxford-Portland, 2016, 271. Sulla natura particolarmente liberale della disciplina della risoluzione in Inghilterra v. le considerazioni di MCKENDRICK, *Contracts, the Common Law and the Impact of Europe*, in *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, 110 s: «*English law places considerable emphasis on the importance of termination as a remedy in the event of breach [...]. At the risk of some over-statement it can be said that the philosophy of English law is that when one encounters a problem which has been caused by a breach of contract committed by the other party to the contract, the law should make it easy for the innocent party to walk away from the transaction to enter into a fresh transaction elsewhere*».

¹²³ Per una definizione di «*breach of contract*» v. MCKENDRICK, *Contract Law. Text, cases and materials*, Oxford, 2014, 749: «*A breach of contract consists of a failure, without lawful excuse, to perform a contractual obligation. The breach can take different forms, such as refusal to perform, defective performance, or late performance*».

¹²⁴ Anche se, al fine della restituzione della prestazione resa, il creditore deve necessariamente ricorrere al giudice: TREITEL, *Remedies for breach of contract. A Comparative Account*, Oxford, 1988, 334.

¹²⁵ TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, cit., 334.

¹²⁶ V. MCKENDRICK, *Contract Law. Text, cases and materials*, cit., 752: «*[...] while very breach of contract gives rise to a remedy in damages, not every breach generates a right to terminate further performance of the contract. The right to terminate further performance of the contract is only available in certain circumstances [...]*».

¹²⁷ Per una definizione di *condition* e più in generale in tema di *breach of condition*, v. STANNARD-CAPPER, *Termination for breach of contract*, Oxford, 2014, 133 ss.

¹²⁸ V., sul tema, MCKENDRICK, *Contract Law. Text, cases and materials*, cit., 754 ss.; ROWAN, *Remedies for breach of contract. A comparative analysis of the protection of performance*, Oxford, 2012, 72.

¹²⁹ ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, Istituti, ed. italiana a cura di DI MAJO e GAMBARO, Milano, 2011, 231.

quella secondo la quale i due concetti siano soltanto formali e non aiutino a risolvere il problema della distinzione tra promesse contrattuali essenziali e non.

La tematica relativa alla preventiva assegnazione di un termine di grazia al debitore è invece poco esplorata dalla dottrina, ove si possono trovare sintetiche affermazioni quali «*no prior formal notice in the nature of a Nachfrist is normally required*»¹³⁰. Si è altresì sottolineato che, a differenza del sistema francese, le Corti non possono assegnare al debitore un termine di grazia, al fine di consentire l'eventuale adempimento tardivo¹³¹.

Attraverso un'analisi della casistica, tuttavia, si impone una più approfondita analisi della questione, che tenga in opportuna considerazione l'ipotesi nella quale il debitore non esegua la prestazione nel termine dedotto nel contratto.

La giurisprudenza tende infatti a distinguere i casi in cui il termine fissato per l'adempimento può essere considerato essenziale («*of the essence*»)¹³², da quelli in cui il termine fissato non possa considerarsi tale. Nella prima ipotesi il creditore può prescindere dalla preventiva assegnazione di un termine di grazia; nella seconda¹³³, invece, la giurisprudenza tende ad escludere che il contratto possa essere sciolto in via immediata. In quest'ultimo caso, allora, il creditore può scegliere di attendere sino a quando il ritardo non raggiunga un determinato carattere di gravità (*frustrating delay*), oppure intimare l'adempimento fissando un termine avente natura essenziale¹³⁴. Solo decorso invano tale ultimo termine, il contratto potrà ritenersi risolto.

¹³⁰ Così, testualmente, TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, cit., 1988, 334; v. anche WHITTAKER, *Termination clauses*, in *Contract Terms*, Edited by Burrows-Peel, Oxford, 2007, 256: «*There are three key features of this position which English lawyers take for granted but which differ significantly from the position in some Civil law systems. First, the general law recognizes that an injured party may terminate the contract immediately and without recourse to the courts. Second, and related to this, where an injured party has a right to terminate the contract, the law does not give the party in breach any second chance or "grace period" to "remedy the breach"*»; CARTWRIGHT, *Contract Law. An introduction to the English Lawyer of Contract for the Civil Lawyer*, cit., 283: «*No court order is necessary to effect termination, and the terminating party need not give the contract breaker an opportunity to remedy his breach before exercising his right to terminate*».

¹³¹ Cfr. WHITTAKER, A "Period of Grace" for Contractual Performance, in ANDENAS-DE LEON ARCE-GRIMALDI-MARKESINIS-MICKLITZ-PASQUINI, *Liber amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems*, London, 2007, 1105: «*[...] we find no sign in English works on the law of contract that a court ever has the power to give more time to perform to a debtor of a obligation to pay the contract price: there is apparently no system of "periods of grace"*».

¹³² Parimenti a quanto avviene nell'ordinamento italiano, nel sistema inglese l'essentialità del termine non può dedursi della mera fissazione di un termine entro cui adempiere la prestazione; tuttavia, la giurisprudenza tende a presumere che il termine sia essenziale in presenza di particolari contratti commerciali, come nel caso di compravendita di merci dai prezzi oscillanti. V., sul punto, WHITTAKER, A "Period of Grace" for Contractual Performance, cit., 1110; STANNARD-CAPPER, *Termination for breach of contract*, cit., 157 ss.; CHESHIRE-FIFOOT-FURMSTON, *Law of contract*, Oxford, 2007, 702 ss.

¹³³ V. *Behzadi v Shaftsbury Hotels Ltd* [1991] 2 All ER 477; *British and Commonwealth Holdings plc v Quadrex Holdings Inc.* [1989] QB 842, [1989] 3 All ER 492.

¹³⁴ V. CHESHIRE-FIFOOT-FURMSTON, *Law of contract*, cit., 704: «*A very important practical problem arises where time is not originally of the essence and one party is guilty of delay. The innocent party appears to have two options at this point. He can either wait until the delay is so long as to be a*

Pertanto, può dirsi che nelle fattispecie di inadempimento temporale la soluzione prospettata dalla giurisprudenza inglese non diverge da quella propria dei principi internazionali, prevedendo in capo al creditore l'obbligo di assegnare al debitore un termine supplementare.

Alcuni rilevanti spunti provengono poi dalla disamina della prassi commerciale.

Le *termination provisions* diffuse nella prassi contrattuale¹³⁵, infatti, tendono a legittimare la risoluzione immediata del contratto solo in presenza di un «*irremediable breach*» (inadempimento definitivo), imponendo al creditore l'assegnazione di un termine di grazia in tutti gli altri casi¹³⁶.

Si riporta di seguito un esempio di clausola rilevante¹³⁷: «*a party may terminate this agreement with immediate effect by giving written notice to the other party if the other party commits a material breach of any term of this agreement which breach is irremediable or (if such breach is remediable) fails to remedy that breach within a number of [x] days after being notified to do so*». In virtù di tale clausola il creditore sarebbe tenuto alla preventiva assegnazione di un termine supplementare in tutti i casi di *remediable breach*; il mancato rispetto di un simile obbligo comporterebbe il rischio, per il creditore, di incorrere in responsabilità per il fatto di essersi reso a propria volta inadempiente¹³⁸.

Raramente le parti si preoccupano di definire cosa debba intendersi per «inadempimento rimediabile», limitandosi solitamente a formulazioni generiche: «*A breach is remediable if time is not of the essence in performance of the obligation and if the breaching party can comply with the obligation within the [x] day period*»¹³⁹.

frustrating delay, [...] or he can seek to give a notice making time of the essence. If he gives the notice then it will only be necessary to give a reasonable time for further chance of performance rather than wait the longer period which will be needed for a frustrating delay.»

¹³⁵ V. PRACTICAL LAW, *Contracts: termination*, in *Practical Law* (<http://uk.practicallaw.com/5-559-4767>), 10 ss.

¹³⁶ V. STANNARD-CAPPER, cit., 225, il quale si sofferma su quelle *termination clauses* che impongono che l'esercizio del potere risolutorio sia preceduto dalla concessione di un termine supplementare per l'adempimento: «*In many cases the right of termination will be made subject to a requirement that the innocent party first give notice of the breach to the party in default, giving him or her the chance to remedy it within a certain period of time, if indeed it is capable of being remedied. For the defaulting party to take advantage of this, two requirements must be met; the breach must be remediable to start with, and the notice must be complied with within the time permitted*».

¹³⁷ V. THOMAS, *Specimen termination clauses*, in *Great escapes. Terminating a contract for breach*, in *Practical Law* (<http://uk.practicallaw.com/6-202-3921>), 2006, 35.

¹³⁸ V. PRACTICAL LAW, *Contracts: termination*, cit., 10 s. «*Where a contract provides for such remediation, and the breach is in fact remediable, then the party wishing to terminate will need to give the breaching party an opportunity to remedy the breach before exercising its right to terminate. If it does not do so, a court may find that it has wrongly terminated the contract and is itself in repudiatory breach*».

¹³⁹ Cfr. THOMAS, *Great escapes. Terminating a contract for breach*, cit., 35.

Anche in giurisprudenza si ritrovano descrizioni di carattere sfuggente, come quella secondo la quale la nozione di rimediabilità dell'inadempimento «*must be directed to the question whether the harm that has been done by the relevant breach is for practical purposes capable of being retrieved*»¹⁴⁰.

Alcune pronunce rese in fattispecie di inadempimento «*irremediable*» contribuiscono a chiarire i confini della nozione. In *Governors of Rugby School v Tannahill*¹⁴¹ si è ritenuto che l'inadempimento di una delle parti, consistente nell'adibire dei locali in locazione a casa di tolleranza, non avrebbe potuto essere rimediato perché l'immobile aveva ormai perduto parte del suo valore di mercato¹⁴². Analogamente, nel caso *Force India Formula One Team Ltd v Etihad Airways PJSC*¹⁴³ si è affermato che l'inadempimento di un contratto di sponsorizzazione sportiva da parte di una squadra di Formula 1, che aveva mutato la denominazione ed il logo rappresentato durante una competizione, dovesse ritenersi di natura definitiva.

L'ordinamento inglese mostra dunque di essere sensibile alla distinzione tra inadempimento di natura definitiva e non, riconoscendo alla parte inadempiente la possibilità di rimediare al proprio inadempimento solamente nella prima ipotesi.

Inoltre, le pattuizioni esaminate confermano l'interesse pratico del creditore di affrancarsi dal contratto in via immediata a fronte di circostanze particolari, tra le quali rientra l'ipotesi in cui la prestazione sia rimasta ineseguita allo scadere di un termine di natura essenziale.

2.9 Istituto del *Nachfrist* ed ipotesi di recesso immediato.

Il sistema tedesco, al pari di quello anglosassone, affida la risoluzione del contratto alla volontà unilaterale del contraente non inadempiente¹⁴⁴, prescindendo da qualsivoglia intervento preventivo del giudice.

¹⁴⁰ *Expert Clothing Service & Sales Ltd v Hillgate House Ltd* [1985] EWCA Civ 4, paragraph 43.

¹⁴¹ *V. Governors of Rugby School v Tannahill* [1934] KB 695.

¹⁴² *V. STANNARD-CAPPER, Termination for breach of contract*, cit., 226, in cui vengono riportate le parole del giudice MacKinnon: «*A promise to do a thing, if broken, can be remedied by the thing being done. But breach of a promise not to do a thing cannot in any true sense be remedied; that which was done cannot be undone*».

¹⁴³ *Force India Formula One Team Ltd v Etihad Airways PJSC* [2010] EWCA Civ 1051, [2011] ETMR 10.

¹⁴⁴ Nella dottrina italiana è frequente il ricorso all'espressione «risoluzione per mezzo di recesso». I principali contributi sul tema sono di DI MAJO, *La nuova disciplina della risoluzione del contratto*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: quale modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 109 ss.; ID., *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 13 ss.; quanto alla

Tra le peculiarità proprie del sistema dei rimedi contro l'inadempimento, così come disciplinato dal BGB, vi è quella di non presupporre un inadempimento di non scarsa importanza assimilabile alla nozione di cui all'art. 1455 c.c. o a quella di inadempimento essenziale propria dei principi internazionali.

Il sistema dei rimedi contro l'inadempimento, di cui al § 323 BGB, non solleva quindi le difficoltà connesse alla definizione della nozione di non scarsa importanza¹⁴⁵, né quelle relative al problema di conciliare tale presupposto con un modello risolutivo che, al pari della diffida ad adempiere, si fonda sull'intimazione di un termine supplementare al debitore.

Il § 323 BGB consente infatti di sciogliere il vincolo contrattuale, nei contratti a prestazioni corrispettive, quando il debitore non esegua una prestazione esigibile o la esegua in modo difforme rispetto a quanto previsto nel contratto, previa fissazione di un congruo termine al debitore¹⁴⁶.

Non può quindi essere trascurato il parallelismo tra *Rücktritt ex § 323 BGB (Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung)* e diffida ad adempiere *ex art. 1454 c.c.*, le cui analogie sono d'altronde già state messe in luce da coloro che hanno ricostruito il percorso che ha portato all'affermazione dello strumento risolutivo nell'ambito dell'istituto della risoluzione¹⁴⁷.

Nella dottrina italiana, alla posizione di chi ha ricollegato l'istituto all'influenza germanica del § 326 BGB (vecchia formulazione)¹⁴⁸, si contrappone quella secondo la

dottrina in lingua inglese v. COESTER-WALTJEN, *The New Approach to Breach of Contract in German Law*, in *Comparative Remedies for Breach of Contract*, COHEN E MCKENDRICK (Edited by), Oxford, 2005, 135 ss.; ZIMMERMANN, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, in BONELL (a cura di), *Centro di studi e conferenze di diritto comparato e straniero: saggi, conferenze e seminari*, 2002, 1 ss.

¹⁴⁵ Nel BGB sono tuttavia contenute disposizioni che rispondono all'esigenza di garantire la proporzionalità del rimedio risolutivo: il riferimento è, in primo luogo, al § 323, Abs. 5, che consente: in caso di *prestazione parziale*, di risolvere il contratto solo se la restante prestazione non sia di alcun interesse per il creditore («*Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. [...]*»); in caso di *prestazione non conforme al contratto*, di risolvere il contratto solo se la violazione dell'obbligo non sia irrilevante («*[...] Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist*»).

¹⁴⁶ § 323, Abs. 1: «*Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten*».

¹⁴⁷ Si rinvia alla ricostruzione di SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 75 ss.

¹⁴⁸ V. ARAGONA, *In tema di diffida ad adempiere*, in *Dir. e giur.*, 1959, 441, pur evidenziando adeguatamente le differenze tra i due istituti; nella dottrina più recente DE MENECH, *Diffida ad adempiere e risoluzione "di diritto" ex art. 1454 c.c.*, cit., 703, secondo cui «è soprattutto attraverso l'introduzione della diffida ad adempiere che il codice civile del '42 prendeva le distanze dal sistema napoleonico della risoluzione solo giudiziale per avvicinarsi ai modelli di stampo germanico maggiormente improntati all'autotutela».

quale non vi sarebbe bisogno di ricercare nel sistema tedesco l'origine di un istituto che, invece, avrebbe profonde radici nell'ordinamento italiano¹⁴⁹.

Gli interpreti¹⁵⁰ sembrano invece concordi nel ritenere che il modello tedesco abbia influenzato i principi internazionali ed i progetti di diritto uniforme, i quali prevedono un meccanismo operativo analogo al *Nachfrist ex § 323 BGB*, pur concependolo come forma di reazione alla sola ipotesi di adempimento tardivo. Il *Nachfrist*, inoltre, parrebbe avere ispirato le disposizioni dello *Uniform Commercial Code* americano, che consente di sciogliere il contratto solo in seguito ad una *reasonable notification*¹⁵¹.

Al di là dell'influenza che il modello germanico ha esercitato nell'ambito del processo di emersione di strumenti risolutivi fondati sull'atto unilaterale, diverse sono le analogie tra diffida ad adempiere e *Nachfrist ex § 323 BGB*.

Entrambi i modelli vengono concepiti quale forma di reazione a tutte le ipotesi di inadempimento e non unicamente all'inadempimento tardivo, come previsto invece nell'ambito dei principi internazionali e dei progetti di uniformazione del diritto privato. Regola valevole in entrambe le fattispecie risolutive è, poi, quella per cui lo scioglimento dal rapporto contrattuale deve essere preceduto dall'intimazione di un termine al contraente inadempiente (*Fristsetzung*). Tanto il *Nachfrist* quanto la diffida ad adempiere, dunque, creano una situazione di aspettativa che si connette alla concessione di un termine aggiuntivo.

Al § 323 BGB sono previste però delle fattispecie al verificarsi delle quali si consente al creditore di recedere in via immediata dal contratto. Tale caratteristica rende particolarmente interessante lo studio delle soluzioni adottate dall'ordinamento tedesco, il quale risolve espressamente il problema dello scioglimento del contratto in via stragiudiziale nel caso di inadempimento tale da far venir meno l'interesse del creditore alla prestazione.

¹⁴⁹ Così SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 81, il quale rintraccia le origini dell'istituto nel Codice del Commercio del 1882 e soprattutto nella pratica attuazione dell'art. 67, il quale comportava la risoluzione in modo più rapido dello stesso sistema del *Rücktritt*, non richiedendo una doppia iniziativa della parte (indicazione del termine e successiva dichiarazione di recesso).

¹⁵⁰ V., per tutti, LORENZ, *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*, cit., 93 ss.

¹⁵¹ WHITMAN, *Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*, in *Yale L. J.*, 1987, 156 ss.

Più nel dettaglio, la disciplina del *Rücktritt* (§ 323 BGB) descrive tre diverse ipotesi nelle quali la concessione di un termine supplementare per l'adempimento risulta essere superflua (*Entbehrlichkeit der Fristsetzung*)¹⁵²

La prima è quella regolata dal § 323 BGB, Abs. 2, n. 1, ove si prevede la superfluità della fissazione del termine nel caso in cui il debitore abbia seriamente e definitivamente rifiutato la prestazione¹⁵³.

Per l'operare di tale eccezione sono richiesti rigorosi requisiti: in particolare, il rifiuto del debitore ad adempiere deve risultare in modo chiaro e non equivoco, dovendo poter essere considerato come sua «ultima parola»¹⁵⁴. La giurisprudenza ritiene non sufficiente il mero rifiuto di rendere la propria prestazione o una dichiarazione anticipata di non volere o potere adempiere¹⁵⁵, dovendo potersi riscontrare «la certezza che il debitore non prescelga, in un secondo momento, l'esecuzione della prestazione»¹⁵⁶. Se il rifiuto del debitore possa essere considerato quale «ultima parola» del debitore e, quindi, alla stregua inadempimento definitivo, è considerata questione di interpretazione della fattispecie concreta¹⁵⁷. In presenza di tali presupposti vengono meno, da un lato, gli obblighi di cooperazione del creditore¹⁵⁸ e, dall'altro, si consente di recedere dal contratto senza la necessità di intimare un termine di grazia, che si tradurrebbe in una formalità superflua¹⁵⁹.

¹⁵² Si tratterebbe di ipotesi nelle quali «*an additional period of time does not make sense*»: così COESTER-WALTJEN, op. cit., 142.

¹⁵³ V. § 323, Abs. 2, n. 1: «*Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn: 1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, [...]*». Traduzione italiana in *Codice civile tedesco – Bürgerliches Gesetzbuch*, a cura di S. PATTI, Milano, 2005.

¹⁵⁴ V. GRÜNEBERG, *sub* § 323, in *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Rn. 18, 545: «*Die Weigerung des Schuldner muss als ein letztes Wort aufzufassen sein*».

¹⁵⁵ V. BGH, 2012, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 3714.

¹⁵⁶ V. ERNST, *sub* § 323, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7. Aufl., München, 2016, § 323, Rn. 100-104: «*Wichtig und entscheidend ist die Endgültigkeit: Es muss feststehen, dass der Schuldner sich nicht noch einmal für die Erfüllung des Vertrages entscheidet*».

¹⁵⁷ Così ERNST, *sub* § 323, cit., Rn. 100-104: «*Wann eine Verweigerung der Erfüllung als endgültig, als „letztes Wort“ des Schuldners, anzusehen ist, ist eine Auslegungsfrage des Einzelfalls*». In giurisprudenza, tra le molte, BGH, 1996, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1814. Nella dottrina italiana, critico nei confronti di una simile nozione di definitività è VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, 228: «*[I]l tentativo di identificare «definitività» ed «irrevocabilità» ha indotto un primo orientamento a concludere che un rifiuto dell'adempimento è dotato di tali caratteristiche solo quando precluda ogni possibilità di ripensamento del debitore, determinando una situazione equiparabile all'impossibilità anticipata della prestazione per causa a lui imputabile o non sia stato «immediatamente» revocato dopo la sua manifestazione. È tuttavia evidente che l'unico caso in cui la preclusione del futuro adempimento è ricavabile dalla situazione fattuale è rappresentato dall'impossibilità anticipata, sicché non vi è alcuna necessità di immaginare che, in sua presenza, il rifiuto sia «definitivo», visto che non vi è neppure spazio per la sua manifestazione».*

¹⁵⁸ V. BGH, 1990, in *Neue Juristische Wochenschrift-RR*, 444.

¹⁵⁹ V. ERNST, *sub* § 323, cit., Rn. 100-104, ove si utilizza l'espressione «*leere Formalität*».

Il § 323, Abs. 2, n. 2, BGB disciplina poi il caso in cui il debitore non esegua la prestazione nella data prevista nel contratto o entro un termine determinato e il creditore abbia vincolato la sopravvenienza del proprio interesse alla prestazione alla tempestività della stessa¹⁶⁰. Si tratta della fattispecie del *relative/einfache Fixgeschäft*, in cui viene attribuito rilievo al profilo della volontà delle parti, diversamente dalla fattispecie dell'*absolute Fixgeschäft*, a cui si applicano invece le disposizioni sull'impossibilità (*Unmöglichkeit*)¹⁶¹.

La ricorrenza di un *relative Fixgeschäft* non può dedursi dalla mera fissazione di un termine entro cui adempiere la prestazione, essendo necessario accertare la sussistenza di un particolare interesse del creditore alla tempestività della prestazione, che sia riconoscibile dal debitore¹⁶². Ai fini dell'interpretazione del contratto, nella prassi viene attribuito rilievo ad alcune formulazioni («*fix*», «*genau*», «*spätestens*», «*prompt*»¹⁶³), oltre alla pattuizione c.d. «*stehen und fallen*»¹⁶⁴, da cui si ricava che la tempestiva esecuzione della prestazione è fondamentale ai fini della prosecuzione del contratto.

Il *Fixgeschäft* viene poi ritenuto implicitamente apposto ad alcune tipologie di contratti, quali quelli su valute a termine¹⁶⁵ e d'opzione su azioni¹⁶⁶. Per poter validamente

¹⁶⁰ § 323, Abs. 2, n. 2: «Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn: 2. der Schuldner die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist nicht bewirkt und der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat oder [...]».

¹⁶¹ LOOSCHELDERS, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl., München, 2013, Rn. 472, 175. Per la differenza tra le fattispecie del *relative Fixgeschäft* e quella dell'*absolute Fixgeschäft* v. GRÜNEBERG, *sub* § 323, in *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., Rn. 19, 545; ERNST, *sub* § 323, cit., Rn. 114: «Das absolute Fixgeschäft fällt nicht unter § 323 Abs. 2 Nr. 2. Es liegt vor, wenn die Leistungszeit so wesentlich ist, dass die Fristversäumung die Leistung überhaupt unmöglich macht», ove sono riportati alcuni esempi di *absolute Fixgeschäft*. Circa i confini tra le due fattispecie LOOSCHELDERS, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, cit., Rn. 472, 175: «Genau genommen ist es auch bei absoluten Fixgeschäften nicht immer aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen, die Leistung nachträglich zu erbringen. So kann ein Weihnachtsbaum auch nach Weihnachten geliefert werden, was allerdings völlig sinnlos wäre. Das Beispiel zeigt, dass die Grenzen zwischen relativem und absolutem Fixgeschäft bisweilen fließend sind, weil es letztlich immer darum geht, ob das Leistungsinteresse des Gläubigers aufgrund der Verspätung entfällt». Nella dottrina italiana v'è chi ha ricostruito la nozione di oggettiva essenzialità del termine introducendo un concetto di impossibilità: decorso un termine oggettivamente essenziale, l'adempimento sarebbe impossibile, trattandosi di *aliud pro alio*.

¹⁶² V. BGH, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, 2878.

¹⁶³ V. GRÜNEBERG, *sub* § 323, in *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., Rn. 20, 545: «Auf einen solchen Willen können Klauseln wie „fix“, „genau“, „praxis“, „prompt“, „spätestens“ iVm einer bestimmten Leistungszeit hindeuten [...]».

¹⁶⁴ V. BGH, *Neue Juristische Wochenschrift-RR*, 1989, 1373.

¹⁶⁵ *Reisgerich*, 108, 158.

¹⁶⁶ BGH 1992, 321. La presenza di una clausola CIF, invece, non è circostanza sufficiente tale da far concludere per la ricorrenza del *relative Fixgeschäft* (BGH, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, 1292).

esercitare il *Rücktritt*, non rileva la colpevolezza del debitore né è necessario che il creditore offra di adempiere la propria prestazione¹⁶⁷.

Nella dottrina tedesca¹⁶⁸ viene evocato il parallelismo tra tale fattispecie e quella contemplata di cui al § 376 del codice di commercio tedesco (HGB)¹⁶⁹, che prevede il diritto di recesso immediato dal contratto nel caso in cui una determinata prestazione debba essere eseguita ad un tempo stabilito o entro un periodo di tempo determinato.

La disposizione prevede altresì che il debitore resti obbligato ad eseguire la propria prestazione solo se il creditore dichiara il proprio interesse alla prestazione in un tempo immediatamente successivo alla scadenza del termine, allo scopo di evitare «volteggi» dell'intimante. La *ratio* di quest'ultima previsione risiede nella circostanza che, normalmente, il decorso del termine determina la perdita di interesse del creditore alla prestazione successiva.

Le ipotesi descritte sono ricollegabili alla volontà delle parti di ritenere perduta l'utilità economica del contratto con il decorso del termine pattuito. L'indagine sulla ricorrenza di un *relative Fixeschäft* parrebbe riguardare unicamente la volontà delle parti, manifestata o desunta per dal modo in cui queste hanno manifestato i loro rapporti.

In linea di approssimazione, dunque, si tratta di ipotesi che nel nostro ordinamento ricadrebbero nell'alveo della fattispecie del termine essenziale soggettivo, prescindendo dalla rilevanza della natura della prestazione come criterio dirimente ai fini della individuazione di un termine essenziale.

Categoria residuale è infine quella prevista dal § 323, Abs. 2, n. 3, BGB, ove si afferma la superfluità del termine laddove sussistano particolari circostanze (*besondere Umstände*) che, in considerazione degli interessi di entrambe le parti, giustifichino il recesso immediato¹⁷⁰.

La casistica presenta un elevato grado di eterogeneità: ad esempio, le particolari circostanze sono state individuate nel fatto che il debitore non sarebbe comunque stato

¹⁶⁷ V. BGH § 361 LM (*Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshof in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring*) Nr 1.

¹⁶⁸ V., per tutti, LOOSCHELDERS, cit., Rn. 705, 260.

¹⁶⁹ V. § 376, Abs. 1: «Ist bedungen, daß die Leistung des einen Teiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so kann der andere Teil, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt, von dem Vertrag zurücktreten oder, falls der Schuldner im Verzug ist, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Erfüllung kann er nur beanspruchen, wenn er sofort nach dem Ablauf der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe».

¹⁷⁰ § 323, Abs. 2, n. 3:«[...] besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen».

in grado di adempiere entro un termine ragionevole¹⁷¹ o che l'inadempimento fosse stato così grave da far venir meno la fiducia del creditore nell'adempimento della prestazione¹⁷². Ed ancora, la fattispecie è stata ritenuta integrata in presenza di un comportamento doloso del venditore, che aveva dolosamente taciuto i difetti della cosa venduta¹⁷³ e in un caso in cui il debitore aveva violato il contratto con dolo¹⁷⁴.

Sempre restando nell'alveo della terza eccezione di cui al § 323, Abs. 2, BGB, in diverse decisioni viene evocato il principio di buona fede (*Treu und Glauben*) per sostenere che l'intimazione del termine sarebbe superflua in tutti i casi in cui il ritardo nella prestazione determini il venir meno dell'interesse del creditore alla stessa (*Interessefortfall*)¹⁷⁵.

In alcuni casi, il venir meno dell'interesse alla prestazione è legato al fattore temporale: ad esempio, l'intimazione del termine è stata ritenuta superflua quando, a causa del ritardo nella consegna, gli articoli oggetto della prestazione non risultavano più vendibili ai clienti del creditore¹⁷⁶. Il recesso immediato verrebbe giustificato, dunque, in fattispecie sostanzialmente assimilabili a quelle di cui al *relative Fixgeschäft*¹⁷⁷.

A tal riguardo, si ritrova l'opinione¹⁷⁸ secondo la quale un più appropriato impiego della fattispecie del *relative Fixgeschäft* implicherebbe un ricorso solamente eccezionale alla clausola di buona fede, rappresentando di per sé un espediente per valorizzare l'interesse del creditore e propendere per la superfluità dell'intimazione del termine.

Può rilevarsi quindi come l'*Interessefortfall* assuma un ruolo nell'individuazione delle particolari circostanze che giustificano il recesso immediato ai sensi della terza eccezione di cui al § 323. Si è osservato, però, che quando il debitore non conosce né è nelle condizioni di poter conoscere il venir meno dell'interesse del creditore alla

¹⁷¹ BGH, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*, 2012, 1463.

¹⁷² BGH, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, 1052.

¹⁷³ BGH, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, 835.

¹⁷⁴ BAG, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2010, 1248.

¹⁷⁵ Ancora ERNST, *sub* § 323, cit., Rn. 128.

¹⁷⁶ BGH, *Neue Juristische Wochenschrift-RR*, 1998, 1489.

¹⁷⁷ Come nel caso di ritardo nella consegna di fertilizzante per la coltivazione stagionale, oppure di invendibilità di prodotti stagionali a causa del ritardo nella consegna. V. Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 186; LOOSCHELDERS, cit., 259: «Der letzere Tatbestand soll etwa erfüllt sein, wenn verspätet gelieferter Dünger für die Feldbestellung unverwendbar oder Saisonware wegen der Verzögerung unverkäuflich wird. In diesen Fällen ist häufig aber schon ein relatives Fixgeschäft iSd § 323 II Nr. 2 gegeben»

¹⁷⁸ ERNST, *sub* § 323, cit., Rn. 128: «Insofern wird, wenn von der Vorschrift des § 323 Abs. 2 Nr. 2 verstärkt Gebrauch gemacht wird, die Bemühung von Treu und Glauben für die Ausschaltung des Nachfristerfordernisses ein Ausnahmefall bleiben können».

prestazione, allora non sarebbe opportuno dispensare il creditore dalla relativa intimazione¹⁷⁹.

Nel panorama tedesco, pertanto, il quadro delle fattispecie nelle quali si consente di prescindere dall'intimazione di un termine supplementare si presenta particolarmente articolato e si caratterizza per la valorizzazione della perdita di interesse del creditore alla prestazione, che però dovrebbe essere attentamente bilanciata con il principio dell'affidamento del debitore: quest'ultimo, infatti, non potrebbe subire la risoluzione del contratto nel caso in cui non fosse «per lui prevedibile»¹⁸⁰.

2.10 Il diritto francese e la risoluzione *aux risques et périls du créancier*.

Il sistema francese merita approfondimento non soltanto per le recenti soluzioni di cui alla recente *Réforme*, ma anche per gli interessanti spunti che il quadro generale offre in tema di risoluzione unilaterale.

Nella sua versione originaria, il *code civil* prevedeva, all'art. 1184, che «*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*»; precisando che «*[d]ans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit*».

La risoluzione del contratto veniva quindi concepita come effetto di una condizione risolutiva, sottesa ai contratti sinallagmatici¹⁸¹; essa si fondava sulla sentenza costitutiva («*la résolution doit être demandée en justice*») e non erano ammesse, in via generale, forme di risoluzione di diritto.

La centralità del ruolo del giudice si evinceva inoltre dal potere, concessogli dalla legge¹⁸², di assegnare un termine supplementare al debitore, onde consentire l'eventuale

¹⁷⁹ ERNST, *sub* § 323, cit., Rn. 128: «*Gerade wenn der Schuldner den Interessefortfall infolge der Verspätung seiner Leistung nicht vorausgesehen hat und auch nicht voraussehen konnte, spricht mehr dafür – auch in Anlehnung an Art. 25 CISG – Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung trotz Interessefortfalls zu verneinen*».

¹⁸⁰ ERNST, *sub* § 323, cit., Rn. 128: «*Gerade wenn der Schuldner den Interessefortfall infolge der Verspätung seiner Leistung nicht vorausgesehen hat und auch nicht voraussehen konnte, spricht mehr dafür – auch in Anlehnung an Art. 25 CISG – Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung trotz Interessefortfalls zu verneinen*».

¹⁸¹ Per una ricostruzione della teoria della condizione risolutiva in Francia, la cui origine non è individuata univocamente, v. TERRÈ-SMILER-LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 2009, 644; GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., 70 ss. Nella dottrina italiana v. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie. Unicità e pluralità di temi e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2012, 56 ss. Sull'accoglimento della teoria della condizione risolutiva tacita nel codice civile italiano del 1865 cfr. la ricostruzione di PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 11 ss.

¹⁸² Previsione che, com'è noto, era contenuta anche nel codice italiano del 1865 ma rifiutata, invece, da quello del 1942.

adempimento successivo: «*il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances*»¹⁸³. Tale previsione permane tuttavia anche nell'attuale versione del *code*, per effetto delle modifiche di cui alla *Ordonnance*¹⁸⁴.

Già prima della *Réforme*, l'assetto descritto era stato ampiamente superato grazie all'impulso innovatore della *Cour de Cassation*. Oltre all'ipotesi dell'espressa pattuizione delle parti (*clause résolutoire*) e ad alcuni casi previsti dalla legge¹⁸⁵, il diritto di scioglimento stragiudiziale del contratto è stato affermato dalla giurisprudenza della *Cour de Cassation* già da qualche decennio¹⁸⁶, attraverso l'elaborazione dell'istituto della *résolution unilatérale aux risques et périls du créancier*¹⁸⁷.

A partire dall'*arrêt Tocqueville*¹⁸⁸, la giurisprudenza francese riconosce il potere di sciogliere unilateralmente il contratto avente una durata determinata, nel caso in cui il comportamento dell'altra parte sia caratterizzato da una particolare gravità¹⁸⁹.

Sulla base di una serie ormai cospicua¹⁹⁰ di precedenti della *Cour de Cassation*, la dottrina ha proceduto ad una ricostruzione sistematica dei presupposti di tale forma di risoluzione di diritto.

Quanto al presupposto della *gravité du comportement* del debitore inadempiente, viene attribuito rilievo a due distinti profili, l'uno «soggettivo» e l'altro «oggettivo»: il primo valorizzerebbe il comportamento del debitore, qualificandolo come grave nel caso di

¹⁸³ Sul punto, con particolare riguardo alla comparazione tra ordinamento francese ed inglese, WHITTAKER, A "Period of Grace" for Contractual Performance, cit., 1084 ss.

¹⁸⁴ V. il richiamato testo dell'art. 1228 del *code civil*.

¹⁸⁵ V. MALAURIE AYNÉS STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Paris, 2015, 455 s.: si tratta, *inter alia*, dei casi del deposito (art. 1944 del *code*), del mandato (art. 2003); della ipotesi di cui al *C. consom.* art. L. 141-1, comma 2° e di cui al *C. assur.* art. L. 113-3.

¹⁸⁶ V., *inter alia*, Cass. com., 1^{re} oct. 2013, in *R. tr. dr. civ.*, 2014, 118 ss., con nota di FAGES; in *R. des contrats*, 181 ss., con nota di LAITHIER: «*La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important les modalités formelles de résiliation contractuelle*».

¹⁸⁷ V., sul tema, l'ampio studio di BRES, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Montpellier, 2009; LATHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, 228 ss.; AYNÉS, DELEBECQUE et STOFFEL-MUNCK, *Rupture unilatérale du contrat: vers un nouveau pouvoir*, in *Droit et patrimoine*, 2004, n° 126, 55 ss.

¹⁸⁸ Cass., 1^{re} civ., 13 oct. 1998, n. 96-21.485, in *Bull. civ.*, 1998, I, n. 300; in *Recueil Dalloz*, 1999, 197 ss., con nota di JAMIN; in *Defrénois*, 1999, 374 ss., con nota di D. MAZEUD; in *R. tr. dr. civ.*, 1998, 506 ss., con osservazioni di RAYNARD, ove si è affermato che «*la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls*».

¹⁸⁹ Per una definizione di gravità del comportamento del debitore, nel contesto della risoluzione *aux risques et périls du créancier*, AYNÉS, MALAURIE e STOFFEL-MUNCK, cit., 461: «*Ce n'est pas tant l'inexécution de l'obligation, que le comportement grave, c'est-à-dire en opposition à la foi contractuelle, compromettant la finalité même du contrat ou mettant en danger le créancier qui justifie la rupture*».

¹⁹⁰ Oltre all'*arrêt Tocqueville*, v. Cass., 1^{re} civ., 20 févr. 2001, n. 99-15.170, in *Bull. civ.*, 2001, I, n° 40; in *Recueil Dalloz*, 2001, 1568, con nota di JAMIN; in *R. tr. dr. civ.*, 2001, 363 ss., con osservazioni di MESTRE e FAGES; Cass., 1^{re} civ., 9 juill. 2002, n° 99-21.350, in *Bull. civ.*, 2002, I, n° 187; Cass., 1^{re} civ., 24 sept. 2009, n° 08-14.524, in *R. des contrats*, 2010, n. 1, 44 ss., con nota di GENICON; Cass. com., 10 févr. 2009, n. 08-12-415, in *R. des contrats*, n. 1, 44, con nota di GENICON; Cass. com., 1^{re} oct. 2013, n. 12-20.830, cit.

contrarietà rispetto al canone di buona fede. La giurisprudenza¹⁹¹ ha così consentito lo scioglimento unilaterale del contratto a fronte di comportamenti del debitore caratterizzati da dolo o colpa grave.

Il profilo oggettivo, invece, sarebbe correlato alla natura «essenziale» dell'obbligazione ineseguita¹⁹², ossia all'incidenza dell'inadempimento delle parti sull'equilibrio contrattuale¹⁹³. La risoluzione unilaterale è stata così ritenuta rimedio adeguato, prescindendo dall'atteggiamento psicologico del debitore, in presenza di un serio ed evidente difetto riscontrato in una partita di beni consegnata al compratore¹⁹⁴.

Elemento ulteriormente preso in considerazione dalla giurisprudenza, ai fini della qualificazione dell'inadempimento come grave, è quello dell'*urgence*. L'urgenza ricorrerebbe in quelle fattispecie nelle quali la prosecuzione del contratto esporrebbe il creditore a notevoli rischi¹⁹⁵.

Presupposto ulteriore rispetto alla *gravité du comportement* del debitore è rappresentato dalla c.d. *mise en demeure*¹⁹⁶: la risoluzione unilaterale è quindi tendenzialmente subordinata alla concessione di un termine supplementare al debitore¹⁹⁷.

In presenza del carattere dell'*urgence*, tuttavia, la giurisprudenza concede al creditore la possibilità di risolvere il contratto in via immediata, senza alcun preavviso¹⁹⁸.

Tale conclusione è stata raggiunta, a titolo esemplificativo, in una fattispecie nella quale il malfunzionamento di un sistema di pagamento, attribuibile a negligenza di un istituto

¹⁹¹ La gravità del comportamento del debitore è stata riscontrata, ad esempio, in un caso di concorrenza sleale e contraffazione del marchio: V. Cass., 1^{re} civ., 9 juill. 2002, n° 99-21.350, cit.

¹⁹² Così MESTRE e FAGES in *R. tr. dr. civ.*, 2001, 363 (osservazioni a Cass., 1^{re} civ., 20 févr. 2001): «*la gravité prise en compte ne s'attache pas toujours au caractère essentiel de l'obligation inexécutée et aux conséquences matérielles qui en résultent pour le créancier. Elle peut aussi tenir à des agissements plus personnels du débiteur, liés par exemple à sa déloyauté manifeste*».

¹⁹³ V. MESTRE e FAGES in *R. tr. dr. civ.*, 2001, 363 (osservazioni a Cass., 1^{re} civ., 20 févr. 2001): «*Dans une approche objective, la résolution unilatérale est un remède à la mise en péril de l'équilibre de l'opération contractuelle; c'est en considération de ses seuls effets objectifs que le manquement du cocontractant à ses obligations mérite d'être qualifié de grave*».

¹⁹⁴ V. Cass. com., 10 févr 2009, n. 08-12-415, cit.

¹⁹⁵ V. Cass., 1^{re} civ., 13 oct. 1998, n. 96-21.485, cit.; T. com. Nancy, 8 déc. 1913, in *R. tr. dr. civ.*, 1914, 125, con osservazioni di R. DEMOGUE; CA Nancy, 20 nov. 2000, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 29, 17 Juil. 2002, II, n. 10113, con nota di JAMIN.

¹⁹⁶ V. M. STORCK, *Jurisclasseur Civil Code*, art. 1184, n. 68: «*Il est ainsi vivement recommandé de mettre en demeure le débiteur avant de résoudre unilatéralement le contrat. Cette mise en demeure peut s'accompagner d'un délai de préavis: la Cour de Cassation considère que la gravité du comportement n'est pas "nécessairement exclusive d'un délai de préavis"*» (Cass., 1^{re} civ., 13 oct. 1998).

¹⁹⁷ In senso contrario si pone LATHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, cit., 284, secondo cui la risoluzione unilaterale non dovrebbe essere preceduta dall'intimazione di un termine di grazia: salvo disposizioni legali o convenzionali in senso contrario, il debitore non potrebbe esigere pertanto un termine supplementare per rimediare al proprio inadempimento.

¹⁹⁸ Nella dottrina italiana, si soffermano su tale aspetto BARELA, *Risoluzione del contratto in Francia: nuove prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 403; CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie. Unicità e pluralità di temi e problemi nella prospettiva europea*, cit., 65, spec. nt. 65.

di credito, aveva gravemente danneggiato la clientela della società contraente¹⁹⁹; nell'ambito di un contratto per la produzione di pasta fresca, a fronte di una contaminazione microbica dei prodotti cagionata dal produttore²⁰⁰; in un caso in cui l'inadempimento di una parte impediva all'altro contraente di realizzare vendite sufficienti per coprire i propri oneri finanziari²⁰¹.

Oltre a tali fattispecie, legate a situazioni di urgenza, la dottrina ha osservato che la concessione di un termine supplementare non avrebbe ragion d'essere quando sia certa l'inutilità di un simile prolungamento temporale del rapporto contrattuale, come nel caso in cui il debitore dichiara espressamente di non volere eseguire la prestazione²⁰².

2.11 La risoluzione unilaterale di cui al nuovo art. 1226 del *code civil*.

Gli arresti della *Cour de Cassation*, sin qui tratteggiati, sono stati in gran parte accolti dalle disposizioni di cui all'*Ordonnance* del 10 febbraio 2016, recante la Riforma del diritto dei contratti e del regime generale e della prova delle obbligazioni.

In particolare, il testo dell'art. 1226 del *code civil* prevede, al 1° comma, che «*Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable*».

La disposizione contempla la possibilità, per il creditore, di risolvere il contratto «*per voie de notification*», riprendendo l'espressione, coniata dalla giurisprudenza, «*à risques et périls du créancier*». Tale formulazione indica la possibilità che il debitore introduca un giudizio *a posteriori* nel quale contestare la sussistenza dei presupposti per procedere allo scioglimento unilaterale del contratto; essi, come si è visto, non sono limitati al fatto dell'inadempimento, ma anche alla gravità del comportamento del debitore²⁰³.

¹⁹⁹ Cass. com., 4 févr. 2004, n. 99-21.480.

²⁰⁰ Cass., 1^{re} civ., 24 sept. 2009, n. 08-14.524, in *R. des contrats*, 2010, n. 2, 690 ss., con nota di PELLETIER, *Rôle de la mise en demeure dans le mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier*.

²⁰¹ Cass., 1^{re} civ., 20 mars 2014, n. 12-27943.

²⁰² V. le considerazioni di JAMIN, nota a CA Nancy, 20 nov. 2000, cit.: «*[...] si nous ne sommes plus dans un système de résolution judiciaire, il n'y a pas de raison de se dispenser de cette exigence protectrice des intérêts du débiteur, sauf dans les cas où l'on est vraiment sûr que ce dernier ne fera rien de l'octroi d'un délai (ce qui advient, par exemple, quand le débiteur a disparu ou qu'il déclare ne pas vouloir exécuter)*».

²⁰³ V. M. STORCK, *Jurisclasseur Civil Code*, 2015, art. 1184, n. 70: «*L'auteur de la rupture unilatérale agit ainsi à ses risques et périls: en cas de contestation par la partie adverse, son acte sera soumis à un contrôle judiciaire a posteriori. Le rôle du juge consiste alors non à prononcer la résolution du contrat,*

A tal riguardo, le disposizioni di cui alla *Réforme* chiariscono che i presupposti della risoluzione per atto unilaterale sono i medesimi della risoluzione per via giudiziale²⁰⁴, superando il risalente orientamento della *Cour de Cassation* che richiedeva, nella prima ipotesi, un carattere di particolare gravità dell'inadempimento²⁰⁵. Sul punto, l'art. 1224 del *code* scioglie ogni dubbio, stabilendo che «*La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice*».

In base a tale disposizione, i presupposti della *résolution pour inexécution* sarebbero dunque i medesimi sia per la risoluzione per effetto di una decisione del giudice, sia per la risoluzione per atto di parte. Entrambe le forme risolutive si fondano ora sul medesimo fatto generatore, vale a dire una *inexécution suffisamment grave*, senza che la seconda richieda una maggiore gravità dell'inadempimento o un diverso atteggiamento psicologico del debitore²⁰⁶.

Stringenti sono le formalità che presidiano tale modo di risoluzione²⁰⁷: il legislatore richiede la costituzione in mora del debitore, al quale deve essere assegnato un termine ragionevole; nel caso in cui l'inadempimento persista il contratto potrà essere sciolto unilateralmente per il tramite di una dichiarazione di volontà del creditore, accompagnata dall'indicazione dei motivi che giustificano la risoluzione²⁰⁸.

mais à vérifier la régularité de la mesure prise par le créancier. Le contrôle est alors double: il faut non seulement vérifier que le débiteur n'a pas exécuté une obligation du contrat, manquement qui aurait entraîné en cas de saisine du juge le prononcé de la résolution, mais aussi constater la gravité de ce manquement, justifiant de ne pas attendre la prononcé de la résolution par le juge». Nel quadro post-*Réforme*, con riguardo al controllo giudiziale *ex post* sullo scioglimento del contratto per effetto di una risoluzione unilaterale, v. CHANTEPIE-LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Paris, 2016, 568 s.; DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 504 s.

²⁰⁴ Nel contesto pre-*Réforme*, la questione era stata posta da FAGES, *En quoi peut consister le comportement grave de nature à justifier la rupture unilatérale du contrat à durée déterminée?*, in *R. tr. dr. civ.*, 2009, 320 ss. Nella dottrina italiana CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie*, cit., 65 ss.

²⁰⁵ In senso contrario parrebbe porsi la giurisprudenza più recente: v. Cass., 1^{re} civ., 13 mars 2007, n°06-10229; Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-15872, cit.

²⁰⁶ Lo osservano già i primi commentatori del *Projet d'Ordonnance*: v. PELLETIER, *Article 1226: les conditions d'exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier*, cit.: «[...] le créancier peut soit résoudre unilatéralement le contrat, soit agir en résolution judiciaire, cette précision consacre clairement que résolution unilatérale et résolution judiciaire reposent toutes deux sur un même fait générateur, à savoir une inexécution suffisamment grave imputable au débiteur, sans que la première nécessite une faute plus caractérisée que la seconde».

²⁰⁷ V. anche il *Rapport au Président de la République*, che con riguardo alla disposizione parla di «*formalisme protecteur*».

²⁰⁸ Cfr. i commi 2° e 3° dell'art. 1226 del *code*: «*La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent*».

La risoluzione *ex art. 1226 del code* si realizza così attraverso un procedimento ben più gravoso rispetto a quello disciplinato dall'art. 1454 del codice civile ed anche rispetto a quanto previsto dalla giurisprudenza francese formatasi nel solco dell'*Arrêt Tocqueville*²⁰⁹, dimostrando un atteggiamento di prudenza nei confronti dell'ammissione in via generalizzata della *résolution par voie de notification*.

In tale prospettiva, particolarmente rilevante è il dibattito che ha impegnato la dottrina francese in relazione al presupposto della necessaria intimazione di un termine al debitore. Con riguardo a tale profilo, pare necessario ripercorrere brevemente le tappe che hanno condotto alla definitiva versione dell'art. 1226 del *code*.

Il *Projet d'Ordonnance de la Chancellerie*²¹⁰ prevedeva, quale presupposto della *résolution par voie de notification*, l'obbligo di concessione di un termine di grazia, senza introdurre alcuna eccezione alla regola generale.

Nell'ambito dell'originaria formulazione dell'art. 1226 non hanno dunque avuto alcuna influenza le richiamate pronunce della *Cour de Cassation*, le quali escludevano la costituzione in mora quantomeno nei casi di *urgence*.

Ed infatti, i primi commentatori²¹¹ alla disposizione hanno individuato l'inconveniente di non consentire la «*fin immediate du contrat*», rilevando che in questo modo la risoluzione unilaterale rischierebbe di venir privata di gran parte del suo interesse pratico, ossia rispondere a quelle esigenze di urgenza e celerità che non potrebbero essere garantite da un procedimento giudiziale e, talora, neppure dalla concessione di un termine di grazia.

In virtù di tali considerazioni, si è auspicato²¹² che la versione definitiva dell'*Ordonnance* conservasse il principio generale dell'intimazione di un termine aggiuntivo, introducendo però l'eccezione della risoluzione immediata nei casi in cui il

²⁰⁹ Il contrasto è evidente se si considerano alcune recenti pronunce (per tutte, Cass. com., 20 oct. 2015, n° 14-20416, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000031378606>), che hanno ritenuto «*peu important les modalités formelles de résiliation contractuelle*».

²¹⁰ Il *Projet d'Ordonnance* è stato sottoposto a consultazione pubblica tra il 25 febbraio e il 30 aprile 2015 ed è poi confluito, con modifiche, nell'*Ordonnance* del 10 febbraio 2016. Si segnala, con riguardo alla formulazione dell'art. 1226 di cui al *Projet d'Ordonnance*, il commento di PELLETIER, *Article 1226: les conditions d'exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier*, cit.

²¹¹ V. PELLETIER, *Article 1226: les conditions d'exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier*, cit.

²¹² Ancora PELLETIER, *Article 1226: les conditions d'exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier*, cit.: «*Il ne serait donc pas inutile, tout en conservant le principe de la mise en demeure préalable du débiteur en cas de résolution unilatérale, de l'assortir d'une exception lorsque le créancier est confronté à l'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat et à l'urgence de mettre fin à celui-ci. Cette dispense de mise en demeure, qui n'interviendrait que dans des cas par définition limités, permettrait de préserver une des fonctions de la résolution unilatérale, qui ne peut être assurée ni par la clause résolutoire, ni par la résolution judiciaire*».

creditore si trovi nell'impossibilità di proseguire il rapporto contrattuale e nell'urgenza di porvi fine.

Della discussione qui solo accennata si è probabilmente tenuto conto nella fase di stesura del testo finale dell'*Ordonnance*.

L'art. 1226, nella sua definitiva formulazione, introduce infatti la possibilità di risolvere il contratto in via immediata, nei casi di *urgence* (v. art. 1226, 1° c.: «[...] *Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable*»)²¹³. Si tratta di un'importante eccezione alla regola generale della *mise en demeure*, la quale rende lo strumento risolutivo più conforme rispetto soluzioni apprestate dai richiamati arresti della *Cour de Cassation*²¹⁴.

Giova sottolineare che anche nei confronti di tale formulazione finale sono stati sollevati alcuni rilievi critici: in particolare, ci si è chiesti²¹⁵ se la superfluità del termine non potesse essere estesa anche a fattispecie diverse da quella dell'*urgence*, ad esempio laddove l'assegnazione della messa in mora risulti concretamente inutile a fronte dell'impossibilità di eseguire la prestazione. Inoltre, la *mise en demeure* sarebbe superflua quando l'inadempimento non sia rimediabile²¹⁶.

Sarà dunque interessante osservare, nel prossimo futuro, le concrete applicazioni della clausola «*sauf urgence*» da parte della giurisprudenza: un'eventuale interpretazione estensiva della norma potrebbe potenziare l'efficacia della risoluzione unilaterale e scalfire, almeno in parte, la concezione tipica del sistema giuridico francese che assegna alla conservazione del vincolo contrattuale un valore intrinsecamente positivo²¹⁷.

2.12 Conclusioni del cap. II: inconvenienti della risoluzione unilaterale ed incentivi alla conformazione convenzionale.

²¹³ V. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, reperibile all'indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539>: «*Dans un souci de pragmatisme, et conformément à la jurisprudence, il réserve toutefois expressément le cas d'urgence, qui dispense le créancier de mettre en demeure son cocontractant. [...]*».

²¹⁴ V. anche CHANTEPIE-LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Paris, 2016, 570: «*La mention expresse de l'urgence, qui conforte la réserve des risques et périls, préserve la souplesse du mécanisme, la protection des droits du débiteur demeurant satisfaite par l'exigence de motivation de la rupture*».

²¹⁵ M. MEKKE, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, in *Recueil Dalloz*, 2016, 494 ss.

²¹⁶ V. DESHAYES-GENICON-LAITHIER, cit., 503, in cui viene riportato l'esempio della ritardata consegna di prodotti alimentari facilmente deperibili.

²¹⁷ Concezione che permane anche ad esito della *Réforme*, se si considerano le stringenti formalità che presidiano le risoluzioni di diritto e il disposto dell'art. 1228 del *code*, che attribuisce al giudice il potere di concedere un termine al debitore per consentirgli l'adempimento tardivo.

La disamina della risoluzione per atto unilaterale nel panorama italiano, condotta in una prospettiva comparatistica, ha permesso di mettere in rilievo taluni elementi che potrebbero condizionare l'operatività del rimedio risolutivo.

i) Nonostante le difficoltà che si incontrano nel tentativo di attagliare il requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento alla peculiare struttura della diffida ad adempiere, si ritiene generalmente inammissibile prescindere da tale presupposto.

La possibilità di escludere una verifica della non scarsa importanza in sede di controllo *a posteriori* dovrebbe essere consentita, quanto meno, nell'ipotesi di mancato adempimento della prestazione principale, quando questo risulti protratto per il tempo previsto dal termine supplementare intimato (come previsto, d'altronde, dai PICC).

A fronte di tale circostanza, le parti potrebbero voler limitare la discrezionalità del giudice nella fase di controllo successivo ed eventuale, rendendo gli esiti del ricorso al rimedio risolutorio più *certi* attraverso la preventiva regolazione del presupposto della non scarsa importanza.

A tal riguardo, si pongono diverse questioni.

La limitazione della discrezionalità del giudice può realizzarsi solo con riguardo ad alcuni specifici fallimenti del rapporto contrattuale o anche per effetto di pattuizioni formulate in modo generico? È possibile derogare alla disposizione della non scarsa importanza dell'inadempimento consentendo la risoluzione per un inadempimento di natura trascurabile? Più in generale, quali sono i limiti alla conformazione convenzionale del presupposto *ex art. 1455 c.c.*?

ii) Parimenti, prevalente è l'opinione che sostiene l'indefettibilità del presupposto dell'imputabilità dell'inadempimento. Ebbene, ci si potrebbe chiedere se le parti possano cautelarsi in via anticipata attraverso l'inserimento di una clausola con cui esprimono in modo chiaro e non univoco la volontà di prescindere da tale requisito. Si vuole altresì stabilire quale sia la relazione tra clausola risolutiva espressa e presupposto dell'imputabilità: l'individuazione dettagliata delle modalità e delle caratteristiche dell'inadempimento risolutorio consente di prescindere da una simile valutazione?

iii) Nonostante alcuni recenti sviluppi dottrinali²¹⁸ ed alcune timide aperture giurisprudenziali²¹⁹, l'ordinamento giuridico italiano non consente la risoluzione del

²¹⁸ Il riferimento è alla dottrina che ritiene ammissibile il c.d. «atto unilaterale di risoluzione per inadempimento», coincidente con la generalizzata possibilità, a seguito di un inadempimento grave, di «affrancarsi dal rapporto contrattuale con effetto immediato mediante un atto stragiudiziale assimilabile al recesso». L'espressione è di DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit., 88; v.; sul tema, v. anche lo studio monografico di PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., spec. 41 ss.; PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti*

contratto con effetti immediati, reputandosi necessaria l'intimazione del termine *ex art.* 1454 c.c.²²⁰

Il creditore che voglia ottenere lo scioglimento del contratto in modo sicuro dovrà, allora, propendere per la via giudiziale, uscendo dall'alveo della risoluzione di diritto ed optando per un mezzo meno agile e più oneroso. Da tale punto di vista, l'ordinamento italiano sembra porsi in netto isolamento rispetto a quanto previsto dagli ordinamenti giuridici esaminati che mostrano di riconoscere, in numerose fattispecie, il diritto del creditore di risolvere il contratto per atto unilaterale e con effetto immediato.

Al di là dei casi nei quali le esigenze di tempestività sono riconducibili alla natura essenziale del termine pattuito (trattandosi di area «coperta», nel diritto interno, dal termine essenziale *ex art.* 1457 c.c.), sono state individuate tre principali circostanze a fronte delle quali si legittima la «risoluzione immediata» del contratto.

per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi, cit.; ID., Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: a proposito degli artt. 1219, 1224, 1226 e 1227 Code Civil, per un'interpretazione evolutiva dell'art. 1453 c.c., cit.

La tesi è stata fondata, tra l'altro, su una valutazione critica del carattere costitutivo della sentenza giudiziale; si è sostenuto, in particolare, che l'effetto risolutivo si determinerebbe già per effetto della domanda del creditore, considerato che la presentazione della domanda di risoluzione preclude l'adempimento del debitore. Le critiche alla natura costitutiva della risoluzione giudiziale sono state sostenute, in passato, da KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 28 ss. e da SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 307: «[...] anche la proposizione della domanda giudiziale di risoluzione, a differenza di quanto avveniva in precedenza, determina una situazione di definitivo inadempimento, tenuto conto sia del divieto di mutamento della domanda sia della preclusione dell'adempimento tardivo: in considerazione della operatività di tali preclusioni, si potrebbe affermare che la proposizione della domanda di risoluzione, se fondata, è idonea subito a determinare subito la estinzione del diritto all'adempimento».

²¹⁹ Il riferimento è alla già citata Cass., sez. un., n. 5086 del 1997; nonché ad una serie di sentenze che nei contratti di prestazione professionale riconoscono al cliente, a fronte di un inadempimento definitivo del professionista, di rifiutare la corresponsione del compenso (v. Cass., 27.7.2007, n. 16658, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Professioni intellettuali», 168; Cass., 19.7.1993, n. 8033, in *Rep. Foro it.*, 1993).

²²⁰ Un'importante eccezione è rappresentata, tuttavia, dal disposto dell'art. 61 del Codice del Consumo, disciplinante la risoluzione del contratto nel caso di ritardo o mancata consegna del bene al consumatore. Cfr., al riguardo, i commi 3 e 4 dell'art. 61 del Codice del consumo, in vigore dal 13 giugno 2014: «3. Se il professionista non adempie all'obbligo di consegna dei beni entro il termine pattuito ovvero entro il termine di cui al comma 1, il consumatore lo invita ad effettuare la consegna entro un termine supplementare appropriato alle circostanze. Se il termine supplementare così concesso scade senza che i beni gli siano stati consegnati, il consumatore è legittimato a risolvere il contratto, salvo il diritto al risarcimento dei danni. 4. Il consumatore non è gravato dall'onere di concedere al professionista il termine supplementare di cui al comma 3 se: a) il professionista si è espressamente rifiutato di consegnare i beni, ovvero; b) se il rispetto del termine pattuito dalle parti per la consegna del bene deve considerarsi essenziale, tenuto conto di tutte le circostanze che hanno accompagnato la conclusione del contratto, ovvero; c) se il consumatore ha informato il professionista, prima della conclusione del contratto, che la consegna entro o ad una data determinata è essenziale». Ebbene, in tale disposizione si prevede che dall'intimazione del termine si possa prescindere in tre ipotesi: due sono riconducibili, essenzialmente, alla fattispecie del termine essenziale, la terza è invece riferita all'ipotesi in cui il professionista si sia espressamente rifiutato di consegnare i beni. È così entrata nel nostro ordinamento giuridico una fattispecie che ricalca evidentemente il *Rücktritt* germanico, contemplando l'effetto risolutorio immediato soltanto in via di eccezione e a fronte di determinati presupposti.

La prima è quella dell'«inutilità» del termine supplementare, che sussisterebbe in presenza di un serio e definitivo rifiuto del debitore di adempiere o di una situazione nella quale il debitore non sarebbe comunque in grado di adempiere nonostante la concessione di un termine di grazia.

La seconda coincide con la natura particolarmente grave dell'inadempimento. Tanto nell'ordinamento francese quanto in quello tedesco, lo scioglimento immediato del vincolo viene consentito a fronte di inadempimenti dolosi o gravemente colposi del debitore. La situazione di particolare gravità può essere considerata tale da far venir meno la fiducia del creditore nell'adempimento futuro della prestazione e quindi da generare un interesse della parte fedele a «spogliarsi tempestivamente di un vincolo ormai divenuto inappagante»²²¹.

Il terzo elemento può essere individuato proprio nella frustrazione definitiva dell'interesse del contraente fedele (*Interessefortfall*). In tali casi, la prosecuzione del contratto potrebbe non solo non corrispondere più all'interesse del creditore, ma addirittura tradursi in un notevole rischio di danno per quest'ultimo²²². Tuttavia, la necessità che la risoluzione immediata non colga impreparato il debitore richiede che la peculiarità degli interessi del creditore, la cui frustrazione conduce allo scioglimento unilaterale del vincolo, abbia comunque una giustificazione di tipo «obiettivo» e sia quindi coerente con lo scopo ed il risultato a cui tende l'affare, deducibili dal rapporto contrattuale²²³.

L'esito dell'analisi comparatistica consente di confermare, senza dubbio alcuno, che l'assegnazione di un termine di grazia può risultare radicalmente incompatibile con l'interesse del creditore. Tale dato emerge anche dall'analisi dell'ordinamento francese, tradizionalmente fondato sulla risoluzione *ope judicis* e orientato alla conservazione del contratto, che ha scelto di risolvere – almeno parzialmente – il problema qui tratteggiato attraverso l'espressa introduzione della clausola «*sauf urgence*» nell'ambito della formulazione dell'art. 1226 del *Code*²²⁴, senza però giungere al superamento della

²²¹ L'espressione è mutuata da PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi*, cit.

²²² Come ben evidenziato dalla giurisprudenza francese: v. Cass. com., 4 févr. 2004, n. 99-21.480 ; Cass., 1^{re} civ., 24 sept. 2009, n. 08-14.524, in *R. des contrats*, 2010, n. 2, 690 ss., con nota di PELLETIER, *Rôle de la mise en demeure dans le mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier*; Cass., 1^{re} civ., 20 mars 2014, n. 12-27943.

²²³ Considerazioni analoghe sono state svolte, seppur nel contesto del termine essenziale (che tuttavia, come evidenziato *supra*, non è altro che una fattispecie di «inadempimento definitivo»), da COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 81.

²²⁴ Nella dottrina italiana, sulla clausola «*sauf urgence*» propria dell'art. 1226 del *Code*, v. PAGLIANTINI, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: a proposito degli artt. 1219, 1224,*

norma che impone l'intimazione di un termine prima di procedere allo scioglimento del vincolo.

Ciò precisato, le parti contraenti risultano fortemente incentivate ad inserire nel testo contrattuale una clausola risolutiva espressa che consenta loro di sciogliere il vincolo al verificarsi dell'inadempimento dell'obbligazione dedotta nella clausola.

Da tale punto di vista, lo strumento della clausola risolutiva espressa si configura infatti quale rimedio più agevole rispetto alla diffida ad adempiere²²⁵, permettendo di reagire in modo efficace anche a forme di inadempimento definitivo, che non ammettono una tardiva riparazione²²⁶.

Considerato però che la clausola risolutiva espressa correla lo scioglimento immediato del contratto soltanto ad inadempimenti specifici, ne consegue che nelle restanti ipotesi dovrà comunque essere rispettata la regola che impone l'intimazione di un termine di grazia: ci si potrebbe chiedere, allora, se l'autonomia privata possa spingersi sino al punto di derogare *a priori* a tale requisito.

Ulteriore questione che si pone è se l'autonomia contrattuale possa consentire lo scioglimento automatico del contratto attraverso la previsione di una «clausola risolutiva automatica» che consenta alle parti di prescindere non solo dall'assegnazione di un termine, ma anche dalla manifestazione della volontà di risolvere il contratto.

In via riassuntiva, questa è la prima serie di «inconvenienti» che le parti contraenti potrebbero voler superare attraverso la stipulazione di una clausola risolutiva espressa od un'alternativa forma di accordo preventivo (**cap. III**).

Potrebbe poi emergere un'ulteriore esigenza, in parte correlata alla progressiva diffusione del modello della risoluzione unilaterale. Se l'attitudine è quella di sottolineare i benefici di tale modo di scioglimento del contratto, che consente di prescindere da un procedimento lungo, complesso e costoso, deve ricordarsi che, tra le

1226 e 1227 Code Civil, per un'interpretazione evolutiva dell'art. 1453 c.c., cit., secondo cui «è l'incipit eccettuativo (*sauf urgence*) dell'art. 1226 a legalizzare i casi in cui, per l'essersi avuto un inadempimento definitivo, si dà un effetto risolutorio non soltanto stragiudiziale ma pure istantaneo (senza una *mise en demeure*)».

²²⁵ V. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 295 ss.: «Il contraente che vuole mettersi in condizione di risolvere il contratto con effetto immediato anche in assenza di inadempimento grave può stipulare a proprio favore una clausola risolutiva espressa. [...] Grazie alla stipulazione della clausola, il creditore della prestazione inadempita può conseguire la risoluzione in modo più sicuro e tempestivo». Si è osservato, nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, che «lo scioglimento tempestivo del contratto consente alla parte che si avvale della clausola risolutiva espressa di prevenire le perdite dell'inadempimento, minimizzando i costi dell'affidamento addizionale» (SARTORI, *Contributo allo studio della clausola risolutiva espressa*, Napoli, 2012, 161 ss.).

²²⁶ V. le osservazioni di MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 192: «[...] la clausola, a differenza della diffida, può essere utilmente stipulata per ogni specie di inadempimento, cioè anche per quelli che non consentono una tardiva riparazione [...]».

tendenze che caratterizzano gli ordinamenti giuridici moderni, vi è anche quella di garantire la stabilità del vincolo²²⁷.

Difatti, nei contratti che presentano un maggiore interesse economico e che mettono capo ad una relazione commerciale destinata a protrarsi nel tempo, può manifestarsi l'opposta esigenza di «stabilizzare» il vincolo contrattuale, al fine di evitare le gravi conseguenze che sarebbero determinate dagli effetti restitutori. In tale prospettiva, l'accordo preventivo potrebbe perseguire la finalità di ostacolare o rendere inaccessibile il ricorso al rimedio risolutivo. Tale ulteriore funzione sarà oggetto di analisi nel **cap. IV**.

²²⁷ Sul tema, nella dottrina francese, DURAND, *La tendance a la stabilité du rapport contractuel*, Paris, 1960.

Capitolo III

FUNZIONI «TRADIZIONALI» DELL'ACCORDO PREVENTIVO NELLA RISOLUZIONE DI DIRITTO

SOMMARIO: 3.1 Accordo preventivo sulla non scarsa importanza dell'inadempimento: clausola risolutiva espressa e pattuizioni atipiche. - 3.1.1 L'esperienza francese e la struttura della *clause résolutoire* di cui all'art. 1225 del *code civil*. - 3.1.2 L'esperienza inglese delle *express termination clauses*. - 3.1.3 Il problema delle clausole risolutive generiche negli ordinamenti italiano e francese. - 3.1.4 *Termination clauses* e deroghe in astratto al *repudiatory breach*. - 3.1.5 Il problema dell'accordo preventivo che consenta la risoluzione per inadempimenti di natura trascurabile. - 3.1.6 Il ruolo della buona fede oggettiva in presenza di una clausola risolutiva espressa: alcuni rilievi critici. - 3.2 Accordo preventivo e imputabilità: ricostruzione del presupposto nella clausola risolutiva espressa. - 3.2.1 La possibilità di prevedere che il contratto si risolva anche al verificarsi di un inadempimento non imputabile. - 3.3 Accordo preventivo ed agevolazione del meccanismo operativo. La deroga all'intimazione di un termine di grazia. - 3.3.1 La clausola risolutiva automatica. - 3.4 Conclusioni del cap. III.

3.1 Accordo preventivo sulla non scarsa importanza dell'inadempimento: clausola risolutiva espressa e pattuizioni atipiche.

Com'è noto, tradizionale e primaria funzione dell'art. 1456 c.c.¹ è quella di consentire l'affrancazione dal vincolo contrattuale per effetto di una semplice dichiarazione dell'avente diritto, senza che sia necessario intraprendere un'azione giudiziale².

V'è da sottolineare, però, che mentre nel vigore del codice del 1865 le *clausole risolutive* rappresentavano una breccia particolarmente significativa nell'ambito del sistema giudiziale della risoluzione, con l'entrata in vigore del codice del 1942 analoga funzione veniva contestualmente svolta, se pur preceduta dall'intimazione di un termine supplementare, dalla diffida ad adempiere *ex art. 1454 c.c.*, istituito a quei tempi del tutto nuovo e di indubbia portata innovativa³.

¹ Così è stato anche nell'ordinamento francese. È infatti grazie alla diffusione di *clauses résolutoires* che si giunse ad ammettere la derogabilità dell'art. 1184 del *Code*: v., al riguardo, PAULIN, *La clause résolutoire*, Paris, 1996, 1: «*La clause résolutoire évite alors au créancier d'avoir à recourir à la résolution judiciaire, seule voie en principe offerte, et écarte l'application du droit commun de la résolution pour inexécution qui fait du recours au juge un passage obligé*».

² V., tra gli altri, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 340, secondo cui «la clausola risolutiva comporta quindi l'attribuzione al creditore del potere di risoluzione diretta del contratto, ossia di un potere negoziale di autotutela contro l'inadempimento».

³ V. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 75 ss. Il legislatore affiancava poi, alla disciplina della clausola risolutiva espressa e della diffida ad adempiere, quella del termine essenziale. Ampiamente, sulla *ratio* e disciplina del termine essenziale, SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 7 ss.

Tale circostanza rende dissimile l'evoluzione del ruolo delle *clausole risolutive* rispetto a quanto accaduto Oltralpe, ove nell'elaborazione successiva alla codificazione del 1804 solo le *clauses résolutoires* consentivano di ottenere la risoluzione del contratto prescindendo dall'intervento del giudice. Diversamente da quanto avvenuto nell'ordinamento italiano non si è dunque assistito ad un'affermazione parallela dei due strumenti risolutivi: la pronuncia della *Cour de Cassation* che ha consacrato il diritto alla risoluzione unilaterale⁴ del contratto risale, infatti, a tempi assai più recenti (1998) rispetto alla codificazione del 1942.

Il ricorso ad una clausola risolutiva espressa consente, dunque, un'«agile affrancazione»⁵ dal vincolo contrattuale; quest'ultima viene accordata, però, solamente a fronte dell'inadempimento di quelle specifiche obbligazioni dedotte nella clausola risolutiva, considerate particolarmente rilevanti al momento della conclusione del contratto⁶.

Ulteriore funzione della clausola, oggetto dell'indagine qui condotta, è quella di consentire alle parti di predeterminare quale sia l'inadempimento idoneo a costituire il presupposto della risoluzione, vincolando il giudice ad una valutazione di importanza dell'inadempimento da loro già compiuta⁷.

⁴ Il riferimento è al noto *arrêt Tocqueville*: Cass., 1^{re} civ., 13 oct. 1998, n. 96-21.485, in *Bull. civ.*, 1998, I, n. 300; in *Recueil Dalloz*, 1999, 197 ss., con nota di JAMIN; in *Defrénois*, 1999, 374 ss., con nota di D. MAZEUD; in *R. tr. dr. civ.*, 1998, 506 ss., con osservazioni di RAYNARD, ove si è affermato che «la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls».

⁵ V. anche DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 295 s.: «Grazie alla stipulazione della clausola, il creditore della prestazione inadempita può conseguire la risoluzione in modo più sicuro e tempestivo. [...] D'altra parte, l'esito dell'iniziativa risolutoria è più sicuro in quanto essa è svincolata dai requisiti prescritti dalla legge per la diffida ad adempiere: si pensi alla congruità del termine assegnato all'intimato, in difetto della quale il contratto non si risolve».

⁶ Per riferimenti v. *infra*.

⁷ Tra i molti, cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 344; COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 54; ROPPO, *Il contratto*, cit., 905: «[n]on occorre che (l'inadempimento, n.d.a.) abbia l'entità (l'importanza non scarsa) richiesta in generale dall'art. 1455»; DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 296: «Stipulando una clausola risolutiva espressa, le parti sostituiscono la regola legislativa con un criterio più preciso ed analitico, volto ad identificare l'inadempimento che determina lo scioglimento del contratto; al verificarsi di esso, il creditore potrà conseguire la risoluzione con relativa sicurezza, in quanto la rilevanza della prestazione ineseguita nell'economia del contratto è stata predeterminata dalle parti e risulta, così, sottratta alla discrezionalità giudiziale»; BERTINO, *Natura del patto sulla gravità dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, in *Integrazione non legislativa del contratto*, a cura di LUCCHINI GUASTALLA, Milano, 2013, 44: «Il patto risolutivo si comporrebbe così di due distinti accordi: il primo, interpretativo della regola dell'art. 1455 c.c., rispetto ad uno specifico inadempimento dedotto in contratto (comma 1° dell'art. 1456 c.c.), e un secondo attributivo della facoltà di risolvere automaticamente il negozio per mezzo della dichiarazione (comma 2° dell'art. 1456 c.c.)».

Coerentemente a tale impostazione, si è osservato che attraverso la stipulazione di una clausola risolutiva espressa sarebbe possibile elevare un inadempimento, anche lieve, alla stregua di inadempimento tale da giustificare la risoluzione *ex art.* 1455 c.c.⁸

Già nel vigore del codice del 1865, ove lo strumento della clausola risolutiva espressa non trovava un'esplicita regolamentazione⁹, le pattuizioni che si riscontravano nella prassi negoziale avevano il precipuo scopo di limitare la discrezionalità del giudice nell'apprezzamento circa l'entità dell'inadempimento. Gradualmente si assistette infatti ad un'ampia diffusione di *clausole risolutive* nella prassi applicativa, caratterizzate da un'eterogeneità di formulazioni¹⁰ a seconda delle finalità che si proponevano di realizzare.

Due erano le tipologie di clausole che trovavano più frequente applicazione nella prassi: quelle in cui si prevedeva che la risoluzione conseguisse *ipso iure* all'avverarsi dell'inadempimento dedotto in contratto¹¹ e quelle che, pur prescindendo dall'attribuzione del diritto di risolvere il contratto in via stragiudiziale, restringevano il grado di discrezionalità del giudice in caso di risoluzione¹².

Con la promulgazione del nuovo codice civile e con la formulazione della norma dell'art. 1456 c.c. si è attribuita rilevanza ad una soltanto delle clausole descritte e diffuse nella prassi contrattuale, ergendola a forma di espressione per eccellenza

⁸ In questo modo la clausola risolutiva espressa consentirebbe al creditore di liberarsi dal vincolo contrattuale anche se l'inadempimento non è di scarsa importanza. V., a tal riguardo, AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 28: «[...] attraverso l'apposizione della clausola risolutiva espressa, si consente di attribuire convenzionalmente rilievo risolutorio ad un inadempimento anche "lieve", purché riferito ad una o più obbligazioni specifiche derivanti dal contratto».

⁹ L'art. 1165 del codice si limitava, infatti, a riprodurre letteralmente il testo dell'articolo 1184 del *Code Civil*, impendendo (almeno formalmente) la rilevanza di forme di risoluzione stragiudiziale. Così prevedeva l'art. 1165 del codice: «La condizione risolutiva è sempre intesa nei contratti bilaterali, nel caso in cui una delle parti non soddisfa 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».

¹⁰ V. MOSCO, op. cit., 193, secondo cui la clausola risolutiva espressa disciplinata dall'art. 1456 c.c. «costituisce la tipizzazione di una delle varie specie di clausole che prima della promulgazione del codice civile vigente solevano inserirsi nei contratti con prestazione corrispettive allo scopo di regolare in modo più o meno completo le conseguenze che dovevano scaturire nel caso di inadempimento nel caso di inadempimento o inesatto adempimento. Queste clausole, di cui la più notevole è appunto quella accolta ora dall'art. 1456, avevano già trovato riconoscimento ampio riconoscimento giurisprudenziale ed avevano quindi rigogliosa vita nel campo economico giuridico [...]».

¹¹ V. MUTARELLI, *Per il superamento della colpa nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 256 s. L'autore accosta tale clausola risolutiva ad «una vera e propria condizione».

¹² L'apprezzamento discrezionale del giudice era infatti particolarmente ampio, non essendo legislativamente previsto, nel codice del 1865, il limite dell'importanza dell'inadempimento. Si è così osservato che «[...] il magistrato adito veniva a trovarsi completamente arbitro del rapporto di cui poteva o meno operare la risoluzione, tenuto conto di un non ben definito rapporto di proporzionalità tra eseguito e dovuto» (V. MUTARELLI, op. cit., 256).

dell'autonomia privata nell'ambito della disciplina legale della risoluzione per inadempimento. Si è poi esplicitamente chiarito il modo di operare della risoluzione di diritto, richiedendo l'iniziativa della parte interessata e abbandonando il legame della clausola risolutiva con la condizione¹³.

Ciò precisato, la ricostruzione del rapporto tra clausola risolutiva espressa e principio della non scarsa importanza dell'inadempimento resta, ancora oggi, questione particolarmente discussa tra gli interpreti.

Se nella giurisprudenza¹⁴ è consolidata l'opinione secondo la quale la stipulazione di una clausola risolutiva espressa esclude il potere del giudice di sindacare la gravità dell'inadempimento, il panorama dottrinale¹⁵ appare caratterizzato da una maggiore eterogeneità.

Un minoritario orientamento si esprime in senso favorevole all'ammissibilità di un sindacato del giudice sulla gravità dell'inadempimento anche in caso di predeterminazione della stessa operata dalle parti contraenti¹⁶. Di recente, si è addirittura sostenuto che un simile controllo sarebbe un'applicazione di principi di ordine costituzionale e comunitario e, pertanto, imprescindibile, considerata la necessità di verificare la proporzionalità del rimedio risolutorio alla luce delle circostanze concrete¹⁷.

¹³ Il tema sarà approfondito *funditus* con riguardo alla trattazione della clausola risolutiva automatica.

¹⁴ Tra le numerose pronunce contrarie al controllo giudiziale sulla gravità dell'inadempimento, in presenza di una clausola risolutiva espressa, v. Trib. Milano, 9.10.2013, reperibile nella banca dati *Leggi d'Italia – Corti di Merito*; Cass., 27.8.2013, n. 19602, in *Foro it.*, 2013, I, 3460 ss.; Cass., 30.4.2012, n. 6634, in *Guida al dir.*, 2012, 27, 55 ss. (s.m.); Cass., 5.1.2005, n. 167, in *Giust. civ.*, 2006, I, 2546 ss.; Cass., 14.7.2000, n. 9356, in *Rep. Foro it.*, voce «Contratto in genere»; Cass., 26.11.1994, n. 10102, in *Contratti*, 1995, 145 ss.; Cass., 16.5.1997, n. 4369, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce «Contratto in genere»; Cass., 28.1.1993, n. 1029, in *Foro it.*, 1993, I, 1470 ss.; Cass., 12.11.1982, n. 6280, in *Giust. civ.*, 1982, 1230 ss.

¹⁵ L'opinione dominante, che esclude un controllo sulla non scarsa importanza dell'inadempimento, è sostenuta, *ex plurimis*, da AULETTA, *Risoluzione e rescissione dei contratti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 647 ss.; MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 199; BUSNELLI, voce «Clausola risolutiva», in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, 198; SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 177 ss.; COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, 123; SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, II, Milano, 1993, 657 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, 344; CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, cit., 168 ss.; BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, cit., 241 ss.

¹⁶ Si esprimono in senso favorevole al sindacato *ex art. 1455 c.c.* anche in presenza di una c.r.e. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, III ed., Milano, 1948, 486 ss.; TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, 1997, spec. 178 ss., secondo cui l'art. 1455 c.c. assume il ruolo di «fondamentale criterio di controllo volto ad evitare abusi e distorsioni delle finalità proprie dello strumento risolutorio».

¹⁷ V. MONGILLO, *Importanza dell'inadempimento e autonomia negoziale nella risoluzione di diritto*, in *Studium Iuris*, 2014, 831 ss.

Senza propendere per un generalizzato controllo del giudice sull'importanza dell'inadempimento, autorevole dottrina¹⁸ è giunta poi ad affermare che la clausola risolutiva espressa escluderebbe il sindacato giudiziale sull'importanza che l'obbligazione inadempita ha nell'economia del contratto, ma non quello sull'entità della lesione che l'obbligazione abbia ricevuto.

Come si dimostrerà nel prosieguo della trattazione, le costanti affermazioni giurisprudenziali non devono condurre all'equivoco di ritenere che un simile strumento risolutivo consenta di derogare *in toto* al principio della non scarsa importanza dell'inadempimento¹⁹. Se si afferma che la clausola risolutiva espressa consente di prescindere dal presupposto della non scarsa importanza, lo strumento risolutivo viene concepito come forma di reazione ad inadempimenti che non presentano i requisiti necessari per dare rimedio alla risoluzione²⁰. Invece, ad esito della stipulazione di una clausola risolutiva espressa, si attribuisce il diritto di risolvere unilateralmente il contratto a fronte dell'inadempimento di obbligazioni considerate, dalle parti, particolarmente rilevanti²¹.

Tale lettura è coerente con le più recenti ricostruzioni del principio della non scarsa importanza *ex art. 1455 c.c.*, che si comporrebbe tanto di una «accezione oggettiva» quanto di una «accezione soggettiva»²² e consentirebbe di salvaguardare le specificità

¹⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 905.

¹⁹ Per la concezione secondo la quale la clausola risolutiva espressa sarebbe strumento idoneo a derogare all'art. 1455 c.c. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 28. In senso contrario si pone, invece, COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, cit., 127, secondo cui l'art. 1456 c.c. non consente di derogare al principio dell'importanza, ma consente piuttosto una predefinizione della misura secondo la quale il giudizio di importanza è effettuato dall'ordinamento giuridico.

²⁰ Sottolinea, efficacemente, la natura ambigua della clausola risolutiva espressa, ROPPO, *Il contratto*, cit., 907: «La contiguità della condizione d'inadempimento segnala la natura ambigua della clausola risolutiva espressa: un po' rientrando nella logica del rimedio, perché reagisce a un malfunzionamento del contratto, qual è l'inadempimento; un po' estranea ad essa, perché può reagire a inadempimenti che non presentano i requisiti necessari per dare ingresso al rimedio della risoluzione, e in questo senso trova piuttosto la sua ragione nel modo in cui le parti hanno costruito il programma contrattuale».

²¹ In senso conforme si pone TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., 165 s.: «Tutto ciò può tradursi nell'affermazione che la valutazione dell'importanza dell'inadempimento non viene meno, ma è preventivamente compiuta dai contraenti anziché, successivamente all'inadempimento, dal giudice. Non essendovi spazio per una valutazione giudiziaria intesa a stabilire se l'evento verificatosi sia sufficientemente grave da giustificare l'effetto risolutivo, corollario di questo assunto è la presunzione, senza possibilità di prova contraria, della volontà dei contraenti di considerare non scarsamente importante l'inadempimento contemplato nella clausola».

²² Con riguardo alla distinzione tra criterio oggettivo e criterio soggettivo v. ROPPO, *Il contratto*, cit., 900: «Accertare se l'inadempimento invocato per la risoluzione abbia scarsa importanza, e quindi non giustifichi lo scioglimento del contratto, richiede la valutazione del singolo rapporto e delle concrete circostanze di esso, alla luce di due criteri da applicare congiuntamente. Vale prima di tutto un *criterio oggettivo*: che riguarda non qualificazioni astratte (prestazione principale o accessoria; materia di obbligazione volontaria o legale); bensì funzione e peso della prestazione inadempita nell'economia complessiva del contratto, valutata in concreto. [...] Ma vale anche un *criterio soggettivo*, fondato sull'interesse della vittima all'inadempimento: cioè sullo specifico interesse che questa portava alla

della clausola risolutiva espressa rispetto a figure contigue (si pensi alla condizione risolutiva di inadempimento²³ o ad una clausola di recesso convenzionale²⁴).

Giova poi accennare alla questione della possibilità, per le parti contraenti, di incidere sul presupposto dell'importanza dell'inadempimento allontanandosi dal modello tipico descritto dall'art. 1456 c.c. ed inserendo una particolare tipologia di *clausola risolutiva atipica*. Il riferimento è a quella pattuizione, diffusa nel contesto previgente alla promulgazione del codice del 1942, con cui le parti mirano ad accertare e specificare quale sia la non scarsa importanza dell'inadempimento, senza però attribuire alla parte non inadempiente la facoltà di risolvere il contratto in via stragiudiziale per mezzo della dichiarazione *ex art. 1456, c. 2°, c.c.*²⁵

Il patto consentirebbe, quindi, di pervenire ad una pronuncia costitutiva resa ad esito di un giudizio in cui il giudice è vincolato alla determinazione convenzionale dell'importanza dell'inadempimento e dovrebbe essere interpretata «nel senso che le parti abbiano inteso prevedere la possibilità di ricorrere alla normale azione di risoluzione anche per inadempienze non gravi»²⁶.

Quest'ultima deve ritenersi ammissibile a condizione, però, che si riferisca ad inadempienze specificamente determinate, analogamente a quanto previsto dall'art. 1456 c.c.²⁷

3.1.2 L'esperienza francese e la struttura della *clause résolutoire* di cui all'art. 1225 del *code civil*.

prestazione inadempita, e sul modo in cui tale interesse risulta colpito dall'inadempimento». Sulla nozione di non scarsa importanza e sulla ricostruzione dei criteri di valutazione «oggettivi» e «soggettivi», v. la puntuale ricostruzione di AIELLO, *La giurisprudenza e l'inadempimento di «non scarsa importanza»*. *Criteri di valutazione e sfera di incidenza dell'art. 1455 c.c.*, cit.

²³ Sulle differenze tra clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva di inadempimento v., *amplius*, *infra*, § 3.3.1

²⁴ *Amplius infra*, cap. IV.

²⁵ La clausola è stata esaminata soprattutto da parte della dottrina più risalente. Cfr., a tal proposito, MOSCO, op. cit., 19 s.: «[...] con questa specie di clausola le parti imprimono d'accordo ad un certo inadempimento previsto l'impronta di inadempimento sufficiente come presupposto della risoluzione, pur rinviando alla pronunzia del magistrato l'effetto risolutivo»; SMIROLDO, op. cit., 216. Più di recente BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*, cit., 284 ss.: «[...] si dovrebbe, quindi, ritenere che sono valide quelle clausole che conducono ad accertare e specificare quale sia la non scarsa importanza dell'inadempimento, anche senza collegarla ad una clausola risolutiva espressa come avviene nella fattispecie tipica della clausola risolutiva espressa». Tali clausole sono diffuse anche nella prassi francese, ove vengono indicate come *clauses de résolution judiciaire*. Al riguardo LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, 2007, 339: «*Il peut s'agir de clauses de résolution judiciaire: elles ne dispensent pas le créancier d'une saisine préalable du juge, mais enserrent son pouvoir d'appréciation de la gravité du manquement dans les limites préétablies, par exemple, en indiquant que la délivrance tardive de la prestation promise est une violation de nature à entraîner la résolution*».

²⁶ Così SMIROLDO, op. cit., 216.

²⁷ V. SMIROLDO, op. cit., 215 s.

Parallelamente a quanto avvenuto nell'ordinamento italiano prima della codificazione del 1942, la *clause résolutoire* non ha ricevuto, per lungo tempo, una regolamentazione positiva nell'ambito della disciplina generale della risoluzione per inadempimento, anche se lo strumento risolutivo ha trovato ampia applicazione nella prassi contrattuale²⁸ ed è stato oggetto di un'ampia produzione giurisprudenziale²⁹, oltre che di ricostruzioni sistematiche da parte della dottrina³⁰.

La lacuna è stata solo recentemente colmata dall'art. 1225 del *code civil*, così come sostituito, a far data dal 1° ottobre 2016, dall'*Ordonnance* n. 131 del 10 febbraio 2016, recante la riforma del diritto dei contratti e del regime generale e della prova delle obbligazioni.

La clausola risolutiva nasce come eccezione al principio fissato dall'art. 1184 del *Code*, secondo cui «*le contrat n'est point résolu de plein droit*» e «*la résolution doit être demandée en justice*». Nonostante il tenore letterale della disposizione, si è sempre ritenuto che essa non avesse natura imperativa³¹ e che, pertanto, le parti potessero derogarvi attraverso l'inserimento, nel testo contrattuale, di una clausola risolutiva, rimediando così alle *insuffisances* dell'art. 1184 del *code civil*.

Gli inconvenienti di tale ultima disposizione sono stati individuati nelle seguenti circostanze: (i) l'azione giudiziaria è spesso lunga ed economicamente dispendiosa, mentre la clausola risolutiva consente al creditore di affrancarsi rapidamente dal vincolo contrattuale; (ii) il giudice dispone di un'ampia discrezionalità nel valutare la gravità dell'inadempimento, con la conseguenza che l'inadempimento potrebbe essere ritenuto non sufficientemente grave e la domanda di risoluzione rigettata; (iii) il giudice, propendendo per la concessione di un *delai de grâce* al debitore, potrebbe ledere

²⁸ V. MALAURIE, AYNES, STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Paris, 2015, 457: «*La pratique a développé les clauses résolutoires de plein droit, qui font échapper le créancier aux inconvénients de l'article 1184 et assurent le respect rigoureux des engagements contractuels ; en fait, plus de la moitié des contrats comportent ce genre de clause*».

²⁹ Afferma PAULIN, *La clause résolutoire*, cit., che «*Il n'est pas exagéré d'affirmer que la jurisprudence est la source principale d'une théorie générale de la clause résolutoire. [...]. La clause résolutoire est une institution vivante, qui s'intègre dans un droit en mouvement et évolue elle-même*».

³⁰ V., per tutti, lo studio di PAULIN, *La clause résolutoire*, cit.

³¹ V. STORCK, op. cit., 5: «*Les principales dérogations au système de résolution judiciaire de l'article 1184 du Code Civil, ont cependant pour fondement le principe de la liberté contractuelle. En effet, les dispositions de l'article 1184 n'étant pas d'ordre public, les parties pourront y déroger en stipulant dans la convention une clause résolutoire*». La natura dispositiva dell'art. 1184 del *Code* veniva confortata dall'introduzione progressiva di una serie di norme speciali che limitavano la creazione di clausole risolutive nell'interesse della parte dotata di minor potere contrattuale. V. MALAURIE AYNÉS STOFFEL-MUNCK, op. cit., 453 s.

l'interesse del creditore che non abbia più interesse all'ottenimento della controprestazione³².

Non solo, dunque, la *clause résolutoire* avrebbe la funzione di agevolare il procedimento di risoluzione, ma anche quella di precludere al debitore di appellarsi alla «*mansuétude des juges*»³³, con conseguente incentivo al puntuale adempimento degli obblighi dedotti nel contratto³⁴.

All'inserimento di una clausola risolutiva nel testo contrattuale non sempre è corrisposta, però, un'effettiva limitazione della sfera di discrezionalità del giudice.

La giurisprudenza francese, infatti, si caratterizza per effettuare un severo giudizio sulle modalità con le quali il creditore può esercitare il diritto potestativo³⁵ e per compiere un sindacato di buona fede sulla condotta del creditore che si avvale della clausola³⁶.

Il quadro delineato è stato innovato dall'*Ordonnance* del 10 febbraio 2016 che ha introdotto, nell'ambito della disciplina generale della risoluzione per inadempimento, una normativa dedicata alla *clause résolutoire*.

L'art. 1225 del *Code* prevede che «*La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait*

³² V. STORCK, *JurisClasseur Civil Code*, Art. 1184, Fasc. 20: *Contrats et obligations. - Obligations conditionnelles. - Dérogations à la résolution judiciaire: les clauses résolutoires*, *Date de la dernière mise à jour: 18 juillet 2016*, 3 ss.; MALAURIE, AYNÉS, STOFFEL-MUNCK, op. cit., 457.

³³ V. BORRICAND, *La clause résolutoire express dans les contrats*, in *R. tr. dr. civ.*, 1957, 432, n° 9.

³⁴ V. MALAURIE, AYNÉS, STOFFEL-MUNCK, op. cit., 457: «*Les clauses résolutoires sont efficaces parce qu'elles simplifient la résolution et incitent à l'exécution*». Nella dottrina italiana v. SARTORI, op. cit., 68, in uno studio ispirato alla metodologia gius-economica: «La funzione deterrente della clausola risolutiva espressa induce il promittente ad investire nell'esecuzione del contratto. Tale decisione, si è visto, è intimamente connessa alla responsabilità cui potrebbe incorrere in ipotesi di inadempimento»; NOCERA, *Clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 243: «Attraverso la clausola risolutiva espressa la risoluzione del contratto assume dunque una maggiore funzione deterrente che incoraggia il debitore ad un più tempestivo adempimento [...]»; PIRAINO, *Il controllo giudiziale di buona fede sulla clausola risolutiva espressa*, in *Contratti*, 2016, 667 s.: «In stretta connessione alla velocità del meccanismo risolutivo si pone l'ulteriore effetto della clausola risolutiva espressa: quello della compulsione all'adempimento. Il conferimento alla parte fedele del diritto potestativo di determinare lo scioglimento del contratto soltanto dichiarando di avvalersi della clausola risolutiva produce sulla controparte una pressione psicologica all'esatta esecuzione del contratto, specie nei profili del contenuto presidiati dalla clausola medesima: una pressione che assolve alla funzione di dissuadere dalla violazione del contratto».

³⁵ L'interpretazione della *clause résolutoire* da parte dei giudici «*est stricte et est dominée par un formalisme rigoureux*». In particolare, la giurisprudenza richiede che emerga il riferimento a specifiche obbligazioni e che la parte delusa costituisca in mora il debitore prima di valersi della clausola risolutiva (v. MALAURIE, AYNÉS, STOFFEL-MUNCK, op. cit., 459).

³⁶ Sul tema STORCK, op. cit., 26; PICOD, *La clause résolutoire et la règle morale*, in *La Semaine Juridique Édition Générale n°20, 16 Mai 1990, doctr. 101224*; GUERLIN, *La clause résolutoire doit être exécutée de bonne foi*, in *L'ESSENTIEL Droit des contrats, 1er Octobre 2016*, 3. Tra le più recenti pronunce sul punto Cass. 3e civ., 8 sept. 2016, n° 13-28063; Cass. 3e civ., 10 nov. 2010, n° 09-15937; Cass. 3e civ., 25 nov. 2009, n° 08-21.384.

de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire».

Due risultano dunque le condizioni di operatività della clausola risolutiva *ex art. 1225*: la precisazione, all'interno del testo contrattuale, delle obbligazioni il cui inadempimento comporta la risoluzione del contratto³⁷ e la necessità di assegnare un termine supplementare al debitore.

Con riferimento a tale secondo profilo, il legislatore sancisce un parallelismo rispetto alla *résolution unilatérale*, essendo necessario che la parte fedele al contratto dapprima costituisca in mora il debitore e, solo successivamente ed in caso di persistenza dell'inadempimento, dichiara di avvalersi della clausola risolutiva. La scelta appare in linea con l'orientamento tradizionale espresso dalla *Cour de Cassation*³⁸ e segna un notevole distacco rispetto a quanto previsto nel sistema italiano e nel *common law* inglese, ove l'accordo preventivo consente di prescindere dall'intimazione di un termine di grazia.

La differenza tra risoluzione per effetto della stipulazione di una clausola risolutiva, da un lato, e risoluzione unilaterale, dall'altro, risiede invece nel fatto che la *clause résolutoire* consente una preventiva regolazione del presupposto della gravità dell'inadempimento. In senso chiaro si è espressa la formulazione del futuro art. 1224 del *code*, ove si prevede che la risoluzione deriva dall'applicazione di una clausola risolutiva espressa oppure, nei casi di «*inexécution suffisamment grave*», da un atto di diffida o da una pronuncia giudiziale³⁹.

Nell'ambito della disciplina della *clause résolutoire*, il legislatore consente poi di prescindere dall'intimazione di un termine quando le parti contraenti convengono che la risoluzione «*résulterait du seul fait de l'inexécution*»⁴⁰. Tale formulazione ha posto

³⁷ Sul punto v., *inter alia*, CHANTEPIE-LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, 2016, 562 s., che sottolinea la scelta del verbo «*préciser*» allo scopo di insistere sulla necessità che le parti chiariscano in modo non equivoco quali sono le obbligazioni a cui ricollegano, in caso di inadempimento, la risoluzione del contratto.

³⁸ Prima della *Réforme* era opinione della giurisprudenza che «*en l'absence de précisions particulières, le créancier doit mettre le débiteur en demeure d'exécuter ses engagements*» (*inter alia* Cass., 1re civ., 3.2.2004, n° 01-02.020)»

³⁹ V. M. MIGNOT, *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations (VI)*, in *Issu de Petites affiches*, n°67, 5 ss.: «*Le texte suppose que la résolution en vertu d'une clause est distincte de la résolution par notification ou judiciaire. Il énonce que la première peut avoir lieu sans égard pour la gravité de l'inexécution*».

⁴⁰ V., al riguardo, anche il *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, che con riguardo al comma 2° afferma che «*Le texte étant supplétif, il précise que cette exigence n'est requise que si les parties n'ont pas convenu que la clause résolutoire jouerait du seul fait de l'inexécution*».

alcune problematicità: in particolare, non è chiaro se sia possibile, per le parti, prevedere una clausola risolutiva automatica, o se parte creditrice debba comunque manifestare la propria volontà di risolvere il contratto⁴¹. D'altra parte, le clausole con cui le parti prevedono la risoluzione di diritto del contratto al verificarsi dell'inadempimento, senza che sia richiesta alcuna formalità ulteriore, risultano diffuse nella prassi contrattuale francese⁴².

Non si è tuttavia mancato di evidenziare⁴³ che simili convenzioni potrebbero rivelarsi *dangereuses* non soltanto per la parte inadempiente, ma anche per il creditore, che rinunciarebbe al proprio diritto di insistere per l'adempimento del contratto una volta che si realizzi l'evento descritto nella clausola risolutiva. L'orientamento prevalente si esprime dunque nel senso che l'attuale formulazione dell'art. 1225 del *code* richiede, in ogni caso, la manifestazione della volontà di risolvere il contratto⁴⁴.

Infine, questione non espressamente affrontata dalla *Réforme* è quella relativa al coordinamento tra art. 1225 del *code* e sindacato secondo buona fede. Infatti, il testo legislativo non prende in esplicita considerazione la buona fede quale condizione al fine del corretto esercizio della clausola. Si afferma tuttavia che, nonostante il silenzio del

⁴¹ Sulle difficoltà interpretative sollevate dalla disposizione v. DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, Paris, 2016, 500, secondo cui «*La rédaction du texte n'est pas parfaitement claire*».

⁴² V., *inter alia*, Cass. Com., 26.10.1955, in *Bull. civ.*, 1955, III, n° 298. Per alcuni modelli di clausole che consentono di risolvere il contratto automaticamente v. STORCK, *op. cit.*, 16 ss., che fa riferimento a formulazioni quali «*la résolution sera acquise de plein droit*».

⁴³ V. STORCK, *op. cit.*, 14: «*Ces clauses sont les plus dangereuses pour la partie économiquement faible au contrat, à qui elles sont généralement imposées dans les contrats d'adhésion: la résolution peut en effet intervenir alors pour l'inexécution d'une obligation très secondaire, ou pour un manquement simplement partiel à un engagement. Ces clauses sont dangereuses aussi pour le créancier, qui ne peut renoncer au jeu de la clause résolutoire dès lors que l'événement décrit par la clause s'est réalisé: le contrat étant automatiquement anéanti, il faudrait un nouvel accord de volonté entre les parties pour recréer une situation contractuelle*». In senso analogo DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, cit., 500: «*Alors qui le prenom «celle-ci» désigne la résolution, la clause prévoyant la résolution «de plein droit» risque d'être interprétée comme entraînant une résolution automatique, jouant sans manifestation de volonté du créancier, donc sans choix, ce qui en définitive n'est opportune pour aucune des parties*»; M. MIGNOT, *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations (VI)*, cit., 5 ss.: «*La résolution de plein droit est porteuse d'une très forte insécurité parce qu'elle encourage la mauvaise foi des deux parties*».

⁴⁴ V. M. MIGNOT, *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations (VI)*, cit., 5 ss.: «*La résolution est toujours subordonnée à la volonté du créancier*». In senso analogo anche DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, cit., 500, salvo che «*à ce qu'elles aient convenu sans ambiguïté d'une destruction du contrat de manière aussi radicale*».

legislatore francese sul punto, il controllo secondo *bonne foi* continui a condizionare, anche nel quadro *post-Réforme*, l'efficacia di clausole risolutive⁴⁵.

Si può dunque ritenere che la giurisprudenza continuerà ad avvalorare tale orientamento, impiegando la buona fede *in executivis* al fine di paralizzare l'efficacia del rimedio risolutorio. Tanto nella vigenza delle nuove norme quanto nel passato, dunque, il giudice deve verificare che la clausola non venga utilizzata per scopi ulteriori e diversi rispetto a quelli garantiti dalla stessa⁴⁶.

In via conclusiva, l'impressione che si ricava dalla disamina della disciplina della «nuova» *clause résolutoire* è quella di una continuità con il diritto anteriore, che si traduce in un pressoché totale accoglimento delle principali soluzioni a cui era in precedenza pervenuta la giurisprudenza, con l'aggiunta di ulteriori formalismi⁴⁷.

3.1.3 L'esperienza inglese delle *express termination clauses*.

In precedenza sono stati evidenziati due elementi caratterizzanti la materia della risoluzione per inadempimento nel *common law* inglese: i) lo scioglimento del contratto si fonda su un atto unilaterale del creditore che non deve rivestire particolari formalità; ii) non vi è alcuna regola generale che imponga un obbligo, in capo alla parte delusa, di assegnare un termine per consentire l'adempimento tardivo.

A fronte di tali rilevanti differenze sistematiche, devono segnalarsi almeno due rilevanti profili di contiguità con il diritto italiano: iii) anche nell'ordinamento inglese il debitore può adire il giudice chiedendogli di verificare se la parte delusa fosse effettivamente legittimata a risolvere il contratto⁴⁸; iv) vale il medesimo principio, accolto dall'art.

⁴⁵ In tal senso CHANTEPIE-LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, 2016, 564 s.; GUERLIN, *La clause résolutoire doit être exécutée de bonne foi*, cit.

⁴⁶ V. Cass., 3e civ., 10 nov. 2010, n. 09-15937, ove il debitore riteneva che parte creditrice si fosse avvalsa della clausola risolutiva al solo scopo di far cessare un'attività imprenditoriale concorrente.

⁴⁷ Si esprime in senso analogo AYNES, *Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction de prix)*, in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Paris, 2015, 118.

⁴⁸ MCKENDRICK, *Contract Law*, cit., 753: «*Termination can be an extremely important remedy (or right) in practice because it is exercised by the parties themselves. That is to say it is not necessary to go to court and seek an order of the court before terminating further performance of the contract. It is up to the parties to decide whether or not to terminate. However it is important to remember that the courts may be asked, after the event, to decide whether or not the party who purported to terminate the contract was in fact entitled to do so*».

1455 c.c., per cui non ogni inadempimento conduce allo scioglimento del contratto⁴⁹, dovendo presentare un livello minimo di gravità (*repudiatory breach*)⁵⁰.

Tale ultima affermazione merita ulteriore approfondimento.

La posizione classica nel diritto inglese è quella per cui le conseguenze dell'inadempimento dipendono dall'importanza dell'obbligazione che si è inadempita (*the importance of the term broken*). In base ad un orientamento tradizionale, si deve distinguere tra mancato adempimento di un'obbligazione essenziale (*condition*)⁵¹ e di un'obbligazione accessoria (*warranty*). L'inadempimento di una *condition*, anche di natura non grave, attribuisce al contraente deluso il diritto di risolvere il contratto e di essere liberato dall'adempimento delle proprie prestazioni. Per contro, la *warranty* è un *term* di minore importanza, il cui inadempimento comporta soltanto l'obbligo al risarcimento del danno⁵².

Vista l'insoddisfazione nei confronti di una simile distinzione, la giurisprudenza⁵³ è giunta a configurare una terza categoria, quella degli *intermediate terms*, ossia obbligazioni che non possono essere qualificate né come *conditions* né come *warranties* e la cui violazione giustifica la risoluzione del contratto a seconda della valutazione in concreto della gravità dell'inadempimento. In tali casi, si afferma che il contratto può essere risolto solo a fronte di un *fundamental breach*, definito come un inadempimento

⁴⁹ V. MCKENDRICK, *Contract Law*, cit., 749: «*While every breach of contract gives rise to a right to claim damages in respect to the loss occasioned by the breach, not every breach of contract gives to the innocent party the right to terminate the contract*».

⁵⁰ Per un'efficace definizione del termine *repudiatory v. WHITTAKER*, *Termination clauses*, cit., 254. Secondo l'autore il termine può dar luogo a confusione: «*It is confusing owing to the two meanings which it thereby gives to "repudiatory breach". This expression can refer either to any breach which the law (as opposed to an express provision in the contract) recognizes as giving rise to a right to termination ("repudiation" by the injured party); or it can refer to a breach which consists of the party to a contract renouncing "repudiating" one or more of his own obligations under it ("repudiation" by the party in breach)*».

⁵¹ V. STANNARD-CAPPER, *Termination for breach of contract*, Oxford, 2014, 133 ss., che nelle definizioni rinvia alla *dissenting opinion* di Fletcher Moulton LJ in *Wallis, Son and Wells v Pratt & Haynes* [1910] 2 KB 1003, il quale definisce la *condition* «*as a term which goes so directly to the substance of the contract or, in other words, are so essential to its very nature that their non-performance may fairly be considered by the other party as a substantial failure to perform the contract at all*».

⁵² V., per tutti, MCKENDRICK, *Contract Law*, cit., 753 ss.: «*It is trite law that breach of a condition of the contract gives to the innocent party a right to terminate further performance of the contract [...]. A warranty is a lesser, subsidiary term of the contract. Breach of a warranty gives rise to a claim for damages but it does not, it is suggested, give an innocent party the right to terminate further performance of the contract*».

⁵³ V. *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 QB 26. In tale pronuncia, la Corte ha ritenuto che la distinzione tra *terms* e *conditions* non fosse soddisfacente ed esaustiva, riconoscendo la «terza» categoria degli *intermediate terms*, la cui rottura non genererebbe automaticamente il diritto allo scioglimento del contratto; infatti «*only where the consequences of the default are so serious that they deprive the injured promisee of substantially the whole benefit that he was intended to obtain from the contract will termination for breach of these terms be justified*».

«sufficiently serious to deprive the innocent party of most if not all the benefit of the contract»⁵⁴.

A fronte di tali peculiarità di disciplina, anche il panorama inglese si contraddistingue per un'ampia diffusione di *clausole risolutive* nella prassi applicativa.

La nozione di *termination clause*⁵⁵ viene impiegata sia in senso lato che in senso stretto. In senso stretto l'espressione suole riferirsi a quelle clausole con cui si precisa che una determinata obbligazione assurge a livello di *condition* o con cui si stabilisce che una o più obbligazioni determinate, se inadempite, attribuiscono il diritto di risolvere il contratto⁵⁶. In senso lato, invece, il termine *termination clause* può essere impiegato per individuare quelle pattuizioni, formulate in via astratta, attraverso le quali si attribuisce il diritto di affrancarsi dal contratto «per qualsiasi inadempimento»⁵⁷ o la facoltà di sciogliere il contratto *ad nutum*. Rientrano tra queste ultime le cosiddette *termination for convenience clauses*, che consentono lo scioglimento di contratti di durata a prescindere dall'inadempimento, dietro volontà di una o di entrambe le parti⁵⁸.
Diverse sono le funzioni che le *termination clauses* tendono a realizzare.

⁵⁴ La nozione è accolta da CESHIRE, FIFOOT AND FURMSTON, *Law of Contract*, cit., 686 s. V. anche STANNARD-CAPPER, *Termination for breach of contract*, cit., 165 ss.

⁵⁵ Raramente la fattispecie della *termination clause* viene esaminata sistematicamente; di recente v. però la ricostruzione di RANDALL, *Express termination clauses in contracts*, in *The Cambridge Law Journal*, 2014, Vol. 73, 113 ss., che osserva: «*Express termination clauses are a common if not universal feature of modern commercial contracts. Yet they are seldom considered in the teaching of contracts, attract sparse coverage in the texts, and their operations and effects, and particularly their interaction with rights to terminate at common law, are often not properly understood*». Una nozione particolarmente ampia di *termination clause* è contemplata, invece, nell'ambito della contrattualistica internazionale (v., con riguardo a tale ampia definizione, DE LY, *Les clauses mettant fin aux contrats internationaux*, in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1997, 810 ss.: «*Termination clauses cover a wide range of different situations including the possible termination of contracts as a result of: 1. nullity and voidability; 2. the effect of a condition subsequent; 3. an agreement by the contracting parties to terminate the contract (mutuus dissensus); 4. the performance of the contractual obligations; 5. definite impossibility to perform resulting from force majeure, frustration or hardship; 6. default of a contracting party constituting a breach of contract and entitling the other party to have the contract terminated; 7. The passing of the period for which the contract has been concluded in case of fixed term contracts; 8. Notice given by one party to the other party in cas of contracts concluded for an indefinite period; 9. Some objective circumstances such as death of contracting party or a party's involvement in insolvency, bankruptcy or similar proceedings*»).

⁵⁶ RANDALL, *Express Termination Clauses in Contracts*, cit., 113 ss.: «*[...] this article will consider only the more basic types of Express Termination Clauses: clauses which state that a specified type of breach by one party entitles the other to terminate [...], and clauses which state that a specified obligation is to constitute a condition in the strict sense*».

⁵⁷ V. *Rice (t/a the Garden Guardian) v. Great Yarmouth Borough Council* [2003] TLCR 1, *Court of Appeal*.

⁵⁸ V. ad esempio la clausola oggetto del caso *Hadley Design Associates Ltd v Westminster City Council* [2003] EWHC 1617. Sulla relazione tra clausole risolutive espresse e clausole di recesso convenzionale v. *infra*, cap. IV.

(i) *In primis*, attraverso la stipulazione di una *termination clause* le parti individuano le circostanze a fronte delle quali sorge il diritto alla risoluzione del contratto⁵⁹. Poiché stabilire quando un inadempimento sia sufficientemente serio da giustificare lo scioglimento del vincolo contrattuale è ritenuta questione di «notevole complessità»⁶⁰, le *termination clauses* consentono di chiarire le circostanze a fronte delle quali la parte delusa può affrancarsi dal vincolo contrattuale⁶¹. Evitare situazioni di incertezza è, infatti, particolarmente auspicabile nel contesto in esame⁶², essendovi altrimenti il rischio che la parte che si affranchi da esso venga ritenuta responsabile per «*wrongful repudiation*».

ii) Le *termination clauses* consentono di pervenire alla risoluzione del contratto anche a fronte di inadempimenti che, in base alle regole generali della *common law*, non sarebbero considerati *repudiatory*⁶³.

Attraverso la stipulazione di una *termination clause*, ad esempio, le parti potrebbero stabilire che la risoluzione è attivabile a seguito dell'inadempimento di un'obbligazione che non presenta carattere essenziale o che non produce gravi conseguenze in capo al creditore, determinando un ampliamento dei margini di operatività del rimedio risolutorio.

Difficilmente, però, lesioni di carattere irrisorio potrebbero giustificare lo scioglimento del vincolo contrattuale: l'approccio delle Corti è infatti prudente, richiedendo che le

⁵⁹ V. ROWAN, *Remedies for breach of contract*, cit., 71: «Contracting parties are given significant freedom to decide in advance which breaches should give rise to a right to terminate».

⁶⁰ TREITEL, *The law of contract*, London, 2011, 456: «[T]he question when a failure of performance is sufficiently serious to entitle the injured party to terminate gives rise to very great difficulty. The frequent references in the cases to breaches which “substantially” deprive a party of what he bargained for, or “go to the root” of a contract, or which “frustrate” his purpose in making the contract are not particularly helpful in analyzing the law or in predicting the course of future decisions [...]»

⁶¹ V. RANDALL, *Express Termination Clauses in Contracts*, cit., 113: «Advantage of express termination clauses are said to include creating a greater degree of certainty as to whether a right to terminate has arisen, and their ability to confer such a right in circumstances where the breach committed may not, or does not, amount to repudiation».

⁶² V. WHITTAKER, *Termination clauses*, cit., 259: «Avoiding uncertainty is generally desirable in a contractual context (for planning and to avoid costly and time-consuming disputes), but this is particularly the case as regards termination for breach as an injured party who purports to exercise his unilateral right to terminate on the ground of the other party's breach may find himself subsequently held to have acted wrongfully and therefore himself in breach and liable for “wrongful repudiation” of the contract».

⁶³ V. RANDALL, *Express Termination Clauses in Contracts*, cit., 113: «Advantages of express termination clauses are said to include creating a greater degree of certainty as to whether a right to terminate has arisen, and their ability to confer such a right in circumstances where the breach committed may not, or does not, amount to a repudiation».

clausole siano sufficientemente dettagliate e che l'inadempimento, se non di carattere *repudiatory*, sia quantomeno di natura non trascurabile⁶⁴.

iii) Un'ulteriore funzione, «insolita» nella prospettiva del giurista italiano, è quella di garantire una maggiore tutela nei confronti della parte inadempiente: spesso infatti le *termination clauses* vengono strutturate in modo tale da imporre, al creditore, l'obbligo di assegnare un termine supplementare prima di risolvere il contratto⁶⁵.

Il risultato garantito dalla stipulazione di una *termination clause* è quindi sostanzialmente opposto rispetto a quello che deriva dall'inserimento, nel testo contrattuale, di una clausola risolutiva espressa *ex art. 1456 c.c.*, che consente invece di prescindere da tale intimazione. In un contesto caratterizzato da un'assoluta flessibilità circa le modalità e le tempistiche con le quali viene comunicata la decisione di risolvere il contratto, la *termination clause* determina una procedimentalizzazione dell'esercizio del diritto di risoluzione unilaterale⁶⁶ e vincola il creditore a rispettare le condizioni ed i termini in essa previsti⁶⁷.

La risoluzione in base alle ordinarie regole della *common law* potrebbe risultare, quindi, più agevole per la parte non inadempiente⁶⁸: ad esempio, in presenza di una *termination clause* è preclusa la possibilità di risolvere il contratto a fronte di un *anticipatory*

⁶⁴ V. RANDALL, *Express Termination Clauses in Contracts*, cit., 126: «[...] it seems that in practice appellate courts are inclined to construe express termination clauses so as only to be operable upon a serious, if not indeed a repudiatory, breach of contract».

⁶⁵ RANDALL, *Express Termination Clauses in Contracts*, cit., 116: «[...] a frequent feature of Express Termination Clauses is that the would-be terminator must give the other party the opportunity to remedy his/her default within a specified period, in which case the prescribed procedure for doing so must be strictly followed; in particular the opportunity to remedy must be clearly stated, and, by parity of reasoning with that in *The Afvos*, the full contractual period for remedy must be allowed before any termination in reliance on its expiry will be valid».

⁶⁶ V. RANDALL, *Express Termination Clauses in Contracts*, cit., 116: «[T]he general position remains that a party seeking to terminate pursuant to an express termination clause must strictly comply with the contractual requirements for its exercise».

⁶⁷ V., al riguardo, STANNARD-CAPPER, *Termination for breach of contract*, cit., 220 ss.: «Where a right of termination arises under the general law, the conditions for its exercise are set out in the general law. But where such a right arises under an express term of the contract, the conditions for its exercise are set out in the contract. This means that an express right of termination can only be exercised in accordance with its terms, and not otherwise».

⁶⁸ RANDALL, *Express Termination Clauses in Contracts*, cit., 113 s.: «Advantages of Express Termination Clauses are said to include creating a greater degree of certainty as to whether a right to terminate has arisen, and their ability to confer such a right in circumstances where the breach committed may not, or does not, amount to a repudiation. On the other hand, advantages of terminating at common law may include greater flexibility as to the facts relied on to justify termination (so long as they are sufficient overall to support an inference of repudiation), greater flexibility as to how the decision to terminate is made and communicated, and the absence of any obligation first to give the opportunity to remedy its breach».

*breach*⁶⁹; possibilità che viene invece riconosciuta in base alle regole generali della *common law*.

iv) Un'ulteriore funzione delle *termination clauses*, sovente evidenziata dagli autori inglesi⁷⁰, è quella di incentivare il debitore all'adempimento della prestazione dedotta nel contratto, in particolar modo attraverso la minaccia di risoluzione nell'ipotesi di persistenza dell'inadempimento⁷¹.

In tale prospettiva, l'intimazione del termine non risponderebbe unicamente ad un'esigenza di tutela della parte inadempiente, ma soddisferebbe anche un interesse della parte fedele al contratto, in considerazione della scarsa propensione della giurisprudenza inglese a concedere il rimedio della tutela specifica nel caso di inadempimento di obbligazioni di natura non pecuniaria⁷².

Infine, sebbene la maggior parte delle clausole risolutive prevedano l'obbligo di intimare un termine supplementare per poter risolvere il contratto, risultano diffuse anche clausole in cui la risoluzione segue ad una semplice dichiarazione unilaterale della parte non inadempiente⁷³, così come quelle che contemplano lo scioglimento automatico a fronte del mero fatto dell'inadempimento⁷⁴.

3.1.4 Il problema delle clausole risolutive generiche negli ordinamenti italiano e francese.

Sono state sinora delineate le caratteristiche delle clausole risolutive negli ordinamenti italiano, francese ed inglese e si è evidenziato come tali pattuizioni consentano,

⁶⁹ V., sul punto, *Madrelanto Compania Naviera SA v Bergbau-Handel GmbH (The Mihalis Angelos)* [1971] 1 QB 164 (CA).

⁷⁰ V. ROWAN, *Remedies for breach of contract*, cit., 76: «A further perceived advantage of termination clauses is in encouraging performance. They are seen as giving the promise ammunition with which to threaten to terminate the contract and coerce the defaulting promisor to perform». V. anche BEALE, *Penalties in Termination Provisions*, 1988, 104 *Law Quarterly Review*, 355 ss.

⁷¹ Nella dottrina italiana, sull'effetto di coercizione indiretta della risoluzione cfr. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, spec. 183 ss.

⁷² Così WHITTAKER, *Termination clauses*, cit., 259: «[...] a termination clause may allow an injured party to threaten to terminate the contract (lawfully and to the sometimes considerable prejudice of the party in breach) so as to incite full and proper performance, and this explains why some termination clauses include elements requiring the injured party to give notice of non-performance or an opportunity for the other party to "repair the breach"».

⁷³ Ne è un esempio la seguente clausola (v. *Force India Formula One Team Ltd v Etihad Airways PJSC* [2010] EWCA Civ 1051: «The Sponsors may terminate this Agreement with immediate effect on the giving of written notice to [the Team] at any time on the happening of any of the following events by or in relation to the other party [...]»):

⁷⁴ Per una panoramica della struttura che caratterizza le principali tipologie di clausole diffuse nell'ordinamento inglese v. ANDREWS-CLARKE-TETTENBORN-VIRGO, *Contractual duties: performance, breach, termination and remedies*, London, 2011, 175.

attraverso una limitazione della discrezionalità del giudice in sede di controllo eventuale e successivo, di ampliare la portata del rimedio risolutivo.

Si vuole ora verificare quali siano i limiti all'inserimento di clausole, non coincidenti con il modello tipico della clausola risolutiva espressa, che tendono a derogare in astratto al presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento, considerata la loro propensione a «*fragiliser considérablement la convention*»⁷⁵.

Muovendo dalle clausole formulate in modo generico e che tendono a determinare una deroga al presupposto *ex art. 1455 c.c.*⁷⁶, consolidato è l'orientamento⁷⁷ secondo il quale esse dovrebbero considerarsi «di stile»⁷⁸ e dunque giuridicamente inefficaci, poco o nulla aggiungendo a quanto già desumibile dai caratteri generali del nostro ordinamento giuridico.

Fu l'orientamento giurisprudenziale sviluppatosi nella vigenza del codice del 1865⁷⁹, quando ancora il principio della non scarsa importanza dell'inadempimento non era codificato, a richiedere il riferimento a specifiche inadempienze ai fini dell'operatività delle *clausole risolutive*. L'art. 1456 c.c. ha confermato tale impostazione, limitando l'operatività della clausola al caso in cui l'obbligazione dedotta nella clausola («una determinata obbligazione») non sia adempiuta «secondo le modalità stabilite».

La qualifica delle pattuizioni in esame come «clausole di stile», tuttavia, genera qualche perplessità⁸⁰.

⁷⁵ L'espressione è di LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, cit., 339.

⁷⁶ Si pensi a formulazioni quali: «la parte avrà diritto di risolvere il presente contratto ai sensi dell'art. 1456 cod. civ. a fronte della violazione, parziale o integrale, di qualsiasi obbligazione prevista dal medesimo».

⁷⁷ In giurisprudenza v. Cass., 27.1.2009, n. 1950, in *I Contratti*, 2009, 547 ss.; Cass., 26.7.2002, n. 11055, in *Arch. civ.*, 2003, 531 ss.; Cass., 24.7.2001, n. 10068, in *Foro pad.*, 2000, I, c. 36; Trib. Roma, 16.12.2010, n. 24524, nella banca dati *Dejure*. In dottrina, si esprimeva in tal senso già ANDREOLI, *In tema di clausola risolutiva espressa: totalità e specificità dell'inadempimento*, in *Temi*, 1950, 121 ss. Più di recente, sul tema, GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, cit., 24 ss.; DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 295 ss.; IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milano, 2012, 273 ss.

⁷⁸ Sulle clausole di stile, cfr. SACCO, voce *Clausola di stile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. V, Torino, 2010, 258 ss.; IORIO, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. Profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 657 ss.; ID., *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. La prassi contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 49 ss.

⁷⁹ V., *inter alia*, Cass., 15.1.1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 79 ss., ove si riteneva che per aversi il patto commissorio espresso, operante *ipso jure* la risoluzione del contratto, occorreva che la clausola si riferisse alla violazione di un determinato patto contrattuale. Devono segnalarsi, tuttavia, delle risalenti pronunce in senso contrario: per esempio Cass., 9.5.1935, n. 1108, in *Rep. Foro it.*, 1935, voce «*Obbligazioni e contratti*», 302, secondo cui non occorre il riferimento ad una specifica inadempienza nei contratti il cui oggetto fosse di particolare semplicità.

⁸⁰ V. anche IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, cit., 274: «è vero, infatti, che esse (le clausole di stile, n.d.a.) non consentono l'operatività della risoluzione di diritto *ex art. 1456 c.c.*; ciò, tuttavia, non perché si è di fronte a pattuizioni di stile (quelle, cioè, che ricorrono di frequenza nella prassi stilistica, n.d.a.) ma in quanto, più propriamente, non sussiste conformità tra la fattispecie concreta (la previsione di una pattuizione generica) e la fattispecie astratta (che si riferisce all'inadempimento di

Non si vede infatti perché esse non possano rispondere ad un'effettiva volontà dei contraenti, ossia quella di voler considerare rilevante qualsiasi inadempimento e pertanto attribuire alla parte fedele, a fronte di inadempienze non gravi, il diritto di risolvere il contratto in via stragiudiziale.

Piuttosto che clausole di stile, allora, esse potrebbero essere considerate quali pattuizioni che derogano al disposto dell'art. 1455 c.c. in maniera dissimile rispetto al modello tipico della clausola risolutiva espressa, che richiede che l'inadempimento specificato nel contratto sia riferito ad obbligazioni determinate⁸¹. Tra l'altro, le criticità poste dall'inquadramento in termini di «clausole di stile» sono confermate da alcune oscillazioni della Supr. Corte, che ha recentemente propeso per la nullità della clausola con la quale si attribuiva ad una parte la «facoltà di dichiarare risolto il contratto per gravi e reiterate violazioni dell'altro contraente»⁸².

Il nodo del problema sembra, dunque, risiedere nella mancata corrispondenza del modello descritto con quello di cui all'art. 1456 c.c.: attraverso l'artificio giuridico della clausola di stile, pertanto, si afferma che il presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento non sarebbe derogabile per il tramite di pattuizioni che deviano dallo schema dettato dall'art. 1456 c.c.

Così facendo, la giurisprudenza mostra un atteggiamento di chiusura rispetto a quelle clausole che tendono ad ampliare la disponibilità rimedio risolutorio e manifesta la preoccupazione che una clausola risolutiva formulata in modo generico diventi uno strumento di abuso creditorio. Attraverso un simile argomentare, inoltre, si afferma implicitamente che l'autonomia privata non può spingersi sino ad ammettere una deroga in astratto al presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento: quest'ultimo

specifiche obbligazioni). Non è dunque possibile qualificare le pattuizioni generiche come clausole risolutive espresse: da qui l'inoperatività della risoluzione di diritto ai sensi dell'art. 1456 c.c.». Per alcune perplessità sulla qualifica di tali clausole in termini di «clausole di stile» v. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 54.

⁸¹ Si esprime in senso parzialmente analogo BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*, cit., 224 ss., giungendo però alla non condivisibile opinione secondo la quale tali clausole sarebbero valide.

⁸² Cass., 11.3.2016, n. 4796, nella banca dati *Pluris-Cassazione Civile*: «La clausola risolutiva espressa presuppone che le parti abbiano previsto la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'inadempimento di una o più obbligazioni specificamente determinate, sicché la clausola che attribuisca ad uno dei contraenti la facoltà di dichiarare risolto il contratto per “gravi e reiterate violazioni” dell'altro contraente “a tutti gli obblighi” da esso discendenti va ritenuta nulla per indeterminatezza dell'oggetto, in quanto detta locuzione nulla aggiunge in termini di determinazione delle obbligazioni il cui inadempimento può dar luogo alla risoluzione del contratto e rimette in via esclusiva ad una delle parti la valutazione dell'importanza dell'inadempimento dell'altra».

sembra un rilevante indice nel senso di ritenere che la disposizione *ex art.* 1455 c.c. sia solo *parzialmente* derogabile dall'autonomia privata⁸³.

Le riflessioni qui svolte sembrano confermate dalle soluzioni proprie dell'ordinamento francese.

In passato, l'assenza di una disciplina positiva della *clause résolutoire* ha generato alcune incertezze in merito alla validità di clausole che omettevano il riferimento ad obbligazioni determinate (*clauses résolutoires balais*)⁸⁴. Ed infatti, nel quadro antecedente alla *Réforme*, una giurisprudenza (minoritaria) si esprimeva in senso favorevole rispetto all'ammissione di clausole formulate in modo generico⁸⁵.

Ad esito della riforma, invece, il quadro risulta speculare rispetto a quello tipico dell'ordinamento giuridico italiano, in quanto la formulazione letterale⁸⁶ dell'art. 1225 richiede, in modo inequivoco, che la clausola faccia riferimento ad obbligazioni determinate⁸⁷.

3.1.5 Termination clauses e deroghe in astratto al repudiatory breach.

Il problema delle clausole risolutive formulate in modo generico è stato affrontato anche nel *common law* inglese. Come si è visto, la flessibilità tipica di tale ordinamento comporta rilevanti rischi in termini di certezza del diritto e stimola le parti ad inserire, nel testo contrattuale, diverse tipologie di *termination clauses*.

Se le clausole specificano espressamente qual è la tipologia di inadempimento che dà origine al diritto – di origine contrattuale – di risolvere il contratto, le Corti sono propense a riconoscerne la validità e a favorirne il funzionamento.

⁸³ *Contra* BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*, cit., 230, secondo cui sarebbero invece valide le clausole che prevedono la possibilità di risolvere il contratto a fronte di qualsiasi inadempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto.

⁸⁴ Affronta la problematica PAULIN, *La clause résolutoire*, cit., 30 s.

⁸⁵ V., per tutte, Cass. civ. 3e, 16 juill. 1986, in *Gaz. Pal.*, 1986, 2, 197.

⁸⁶ A tal fine, si è scelto di utilizzare il verbo *preciser* e non *désigner*, come prevedevano invece i progetti *Catala* e *Terré*. Sul punto, v. CHANTEPIE-LATINA, *La réforme du droit des obligations*, cit. 562. V. altresì M. MIGNOT, *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VI)*, cit., 5 ss.

⁸⁷ In dottrina, si esprime in senso contrario a tale soluzione legislativa AYNES, *Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction de prix)*, in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Paris, 2015, 118: «Ainsi, en premier lieu, le texte prescrit que le clause désigne les engagements dont l'inexécution est susceptible d'entraîner sa mise en œuvre. Il ne me semble pas pour autant nécessaire d'énumérer et de lister expressément les obligations concernées. En d'autres termes, il devrait être possible de stipuler que l'inexécution de n'importe lequel des engagements stipulés au contrat sera susceptible d'entraîner la mise en œuvre de la clause».

Problematiche maggiori pongono invece quelle clausole con cui le parti determinano deroghe in astratto al *repudiatory breach*, con l'obiettivo di ampliare la portata del rimedio risolutivo⁸⁸.

In particolare, meritano di essere approfondite due diverse tipologie di clausole «generiche»: quelle che concedono il diritto alla risoluzione *for material breach*⁸⁹ (A) e quelle che lo prevedono *for any breach, other than trivial* (B).

(A) L'espressione *material breach* si ritrova sovente nella prassi contrattuale e viene utilizzata dalle parti con lo scopo di consentire la risoluzione del contratto anche per inadempimenti di natura meno grave rispetto ad un *repudiatory breach*⁹⁰.

Ad esempio, il contratto oggetto del *leading case National Power v United Gas Company Limited*⁹¹ conteneva una *termination clause* così formulata: «*either party can terminate the agreement with immediate effect if the other party shall be in material breach of any of its obligations hereunder and fails to commence to remedy the same within seven days after notice requiring such breach to be remedied*».

A fronte dell'inadempimento, da parte della società *National Power*, dell'obbligazione consistente nella comunicazione di determinate informazioni alla controparte (obbligazione dedotta in un'apposita clausola contrattuale), l'altro contraente risolveva il contratto per *material breach*. La Corte riteneva che un simile inadempimento non potesse considerarsi un *material breach*, trattandosi della violazione di un'obbligazione accessoria (*ancillary term*), implicante modeste conseguenze dal punto di vista economico.

In presenza di una clausola analoga, la Corte giunse a conclusioni opposte in *Dalkia Utilities Services PLC v Celtech International Limited*⁹². Si stabilì, in particolare, che il mancato pagamento di tre rate, nell'ambito di un contratto di durata quindicennale, costituisca *material breach* e giustificasse il diritto della parte delusa alla risoluzione del contratto.

⁸⁸ Si tratta infatti di clausole con cui le parti intendono realizzare una «*extension of available remedies*» (THOMAS, cit., 36). V. altresì MCKENDRICK, *Contract Law*, cit., 788.

⁸⁹ Per un'analisi della giurisprudenza sulle clausole di «*termination for material breach*» v., per tutti, ANDREWS-CLARKE-TETTENBORN-VIRGO, cit., 180 ss.; per un'esemplificazione di clausole di «*termination for material breach*» v. THOMAS, *Great escapes. Terminating a contract for breach*, in *Practical Law* (<http://uk.practicallaw.com/6-202-3921>), 2006, 35.

⁹⁰ V. ANDREWS-CLARKE-TETTENBORN-VIRGO, op. cit., 180, secondo cui «*The term "material breach" is often inserted by contractual draftsman. It means something more than a trivial breach. But the phrase must be construed in each context and in the light of surrounding words*».

⁹¹ *National Power plc v Unites Gas Company Limited*, [1998] All ER (D) 321.

⁹² *Dalkia Utilities Services PLC v Celtech International Limited*, [2006] EWHC 63 (Comm).

La discordanza degli esiti può essere spiegata considerando il diverso livello di gravità del pregiudizio subito dalle parti fedeli al contratto. In *National Power* la Corte ha interpretato la clausola nel senso di ritenere che le parti non volessero collegare il «draconiano» rimedio della risoluzione del contratto ad un inadempimento di così lieve importanza. In *Dalkia*, invece, le conseguenze dell'inadempimento erano ben più rilevanti e la Corte ha ritenuto ragionevole ritenere che, a fronte di simili circostanze, il rimedio della risoluzione del contratto fosse giustificato.

A fronte della scarsa propensione delle Corti a riconoscere l'efficacia di clausole formulate in modo generico, gli autori inglesi suggeriscono di definire l'espressione *material breach*, anche attraverso esemplificazioni⁹³.

B) Un'altra tipologia di *termination clause* diffusa nella prassi applicativa⁹⁴ è quella che attribuisce il diritto di risolvere il contratto *for any breach*; con riguardo ad una simile clausola si è osservato che «*it is the most aggressive approach to extending the right to terminate*»⁹⁵.

La giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi sull'interpretazione e sugli effetti di una tale pattuizione nel caso *Rice v Great Yarmouth Borough Council*⁹⁶. Nell'ambito di un contratto di appalto di servizi veniva conferito al committente il diritto di risolvere il contratto nel caso in cui l'appaltatore commettesse «*a breach of any of its obligations under the contract*»⁹⁷.

A fronte dell'inadempimento di una delle obbligazioni derivanti dal negozio, il committente si avvaleva del diritto alla risoluzione del contratto, ritenendo che la clausola in questione dovesse essere interpretata come attributiva del diritto alla

⁹³ Ciò, ad esempio, attraverso l'inserimento di clausole così strutturate (v. THOMAS, *Specimen termination clauses*, cit., 35): «*“Material breach” means a breach (including an anticipatory breach) which is serious in the widest sense of having a serious effect to the benefit which the Initiating Party would otherwise derive from: (i) a substantial portion of this agreement; or (ii) any of the obligations set out in clauses [x] and [x]...*».

⁹⁴ La clausola è oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza e della dottrina inglese, ma è diffusa soprattutto nell'ambito della contrattazione internazionale: v. DE LY, op. cit., 815 e s., in cui viene riportata quale esempio una clausola formulata in modo generico e riferita a tutte le obbligazioni dedotte in contratto: «*In the event that either of the Joint Venturers [...] shall be in breach of its obligations under Clause 6 hereof or any other of its obligations under the Agreement shall have the right to terminate the Joint Venture and this Agreement [...]*».

⁹⁵ Così THOMAS, op. cit., 36.

⁹⁶ *Rice (t/a the Garden Guardian) v. Great Yarmouth Borough Council* [2003] TLCR 1, *Court of Appeal*. V. anche *Antaios Cia Naviera S.A. v Salen Rederiern* [1985] AC 191, in cui la Corte d'Appello giunse a conclusioni analoghe, ritenendo che la clausola di “*termination for any breach*” si applicasse soltanto alle ipotesi di *repudiatory breach*.

⁹⁷ In particolare, la clausola 23 del contratto prevedeva che «*if the Contractor commits a breach of any of its obligations under the Contract; [...] the Council may, without prejudice to any accrued rights or remedies under the Contract, terminate the Contractor's employment under the Contract by notice in writing having immediate effect*».

risoluzione del contratto a fronte di qualsivoglia inadempimento che non fosse di natura trascurabile.

Pur confermando che le parti sono libere di accordarsi nel senso di ritenere che un determinato inadempimento sia considerato alla stregua di un *repudiatory breach*, la *Court of Appeal* reputava la disposizione in esame priva di un chiaro significato, in quanto la norma si limitava a consentire al creditore di domandare la risoluzione del contratto a fronte di qualsiasi obbligazione. La clausola esaminata nulla aggiungerebbe, pertanto, ai principi propri dell'ordinamento giuridico inglese e alle ordinarie regole del *common law*: attribuire alle parti il potere di sciogliere il contratto «*for any breach*» equivarrebbe dunque a consentire la risoluzione del contratto soltanto in presenza di un *repudiatory breach*.

Richiamando un'altra sentenza⁹⁸, che analizzava una clausola simile, la *Court of Appeal* affermava poi che «*if detailed semantic and and syntactical analysis of words in a commercial contract is going to lead to a conclusion that flouts business common sense, it must yield to business common sense*». Attraverso un giudizio di ragionevolezza (ossia un'interpretazione della clausola che valorizzi il «senso comune del commercio – *business common sense*»), le Corti inglesi giungono dunque ai medesimi esiti cui si perviene, nel panorama italiano, attraverso l'applicazione del disposto dell'art. 1456 c.c. che richiede l'esplicito riferimento a specifiche obbligazioni determinate.

Nella prospettiva del giurista italiano, interessante è la circostanza che l'orientamento giurisprudenziale teso a privare di efficacia clausole siffatte sia criticato da gran parte della dottrina anglosassone⁹⁹. Gli interpreti si riferiscono al descritto fenomeno con l'espressione di «*judicial reading down*» ed osservano che considerare tali pattuizioni superflue e ridondanti rischia di vanificare le esigenze di certezza che le parti, attraverso simili clausole, volevano evitare, «*given the importance of certainty in the field of commercial contracts*»¹⁰⁰.

⁹⁸ *Antaios Cia Naviera S.A. v Salen Rederiern* [1985] AC 191, in cui la Corte d'Appello giunse a conclusioni analoghe, ritenendo che la clausola di “*termination for any breach*” si applicasse soltanto alle ipotesi di *repudiatory breach*.

⁹⁹ V., in particolare, le considerazioni critiche di RANDALL, *Express Termination Clauses in Contracts*, cit., 126. Per alcune considerazioni critiche sulla pronuncia *Rice (t/a the Garden Guardian) v. Great Yarmouth Borough Council v. CHEN-WISHART*, *Contract Law*, London, 2010, 259: «*[T]he decision is questionable; it renders the termination clause meaningless since [the innocent party] can already terminate for a repudiatory breach under general law [...] the courts' aversion to interpretations which lead to very unreasonable results is [...] motivated by [...] avoidance of harsh outcomes which defeat parties' reasonable expectations*».

¹⁰⁰ Così RANDALL, *Express Termination Clauses in Contracts*, cit., 126: «*Such judicial “reading down” of clearly expressed provisions in ETCs brings back into the determination of the parties' rights the uncertainty which ETCs are intended to remove*».

Con particolare riguardo alla descritta pronuncia *Rice v Great Yarmouth Borough Council*, si è ritenuto¹⁰¹ che la Corte avrebbe dovuto privilegiare l'interpretazione letterale della locuzione «*any of its obligations*», contenuta all'interno della clausola, piuttosto che il comune senso del commercio¹⁰².

Adottando una prospettiva più generale, la decisione è stata ritenuta criticabile perché legittimerebbe un'ampia discrezionalità del giudice in sede di interpretazione della *termination clause*. La preoccupazione è che quest'ultimo, colpendo con la sanzione dell'inefficacia clausole formulate in modo generico, effettui in realtà un giudizio di ragionevolezza (*test of reasonableness*) sulla clausola¹⁰³, riflettendo una generale riluttanza ad ammettere la risoluzione per inadempimenti di minima importanza.

Tale spunto critico solleva la questione del labile confine tra interpretazione della volontà delle parti e controllo giudiziale effettuato in base a clausole generali (buona fede, ragionevolezza, equità)¹⁰⁴: quest'ultimo non pare auspicabile quando si traduca in uno strumento per introdurre nella *lex contractus* elementi che le parti non avevano contemplato o, addirittura, avevano espressamente negato di volere¹⁰⁵.

L'esperienza inglese parrebbe negare l'operatività del canone di buona fede in presenza di una *termination clause*¹⁰⁶, salvo il caso in cui emergano esigenze di tutela del

¹⁰¹ In tal senso MCKENDRICK, *Contract Law*, cit., 788: «[T]he Court of Appeal failed to give sufficient weight to the word “any” in the clause (“in the contractor commits a breach of any of its obligations under the contract, the Council may [...] terminate the Contractor’s employment”)». V. anche CHEN-WISHART, *Contract Law*, London, 2010, 259: «[T]he decision is questionable; it renders the termination clause meaningless since [the innocent party] can already terminate for a repudiatory breach under general law [...] the courts’ aversion to interpretations which lead to very unreasonable results is [...] motivated by [...] avoidance of harsh outcomes which defeat parties’ reasonable expectations».

¹⁰² Ancora MCKENDRICK, *Contract Law*, cit., 788: «It is difficult to resist the conclusion that the Court of Appeal allowed its perception of “commercial common sense” to override the ordinary meaning of the words in the contract».

¹⁰³ L'osservazione è di WHITTAKER, *Termination clauses*, cit., 283.

¹⁰⁴ Sulla buona fede oggettiva in generale, senza alcuna pretesa di completezza, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, spec. 111 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, spec. 500 ss.; ID., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.; FRANZONI, *La correttezza e la buona fede*, in *Le obbligazioni*, a cura di Franzoni, I, *L'obbligazione in generale*, Utet, 2004, 59 ss.; PIRAINO, *La buona fede oggettiva*, Torino, 2015. V. altresì, con particolare riguardo alla buona fede c.d. “valutativa”, BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, nel *Digesto IV ed.*, Disc. Priv., sez. civ., II, Torino, 1988, 155 ss. Sul concetto di ragionevolezza TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, spec. 299 e ss.; sulla distinzione tra ragionevolezza e buona fede, PIRAINO, op. ult. cit., 483 ss. Per una recente lettura del ruolo dell'equità v. invece MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte di diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, spec. 579 ss.

¹⁰⁵ Per alcune riflessioni sui rischi del sempre più frequente ricorso, da parte della giurisprudenza, al principio di buona fede, v. IUDICA G., *Fair dealing e contratto d'appalto*, in *Sette questioni in tema di appalto*, a cura di Iudica, Milano, 2016, 17 ss.

¹⁰⁶ V. ROWAN, *Remedies for breach of contract*, cit., 77; RANDALL, *Express Termination Clauses in Contracts*, cit., 117; WHITTAKER, *Termination clauses*, cit., 253 s.; nella giurisprudenza *Financings Ltd. v Baldock* [1963] 2 Q.B. 104 (C.A.); *Sotiros Shipping Inc. v Sameiet Solholt* [1983] 1 Lloyd's Rep. 605 (C.A.), dove si parla di un «*unfettered right to operate or not to operate an express termination clause*».

contraente «debole», come nell'ambito dei rapporti tra consumatori e professionisti¹⁰⁷ o di alcune specifiche categorie di contratti¹⁰⁸.

Tale posizione è coerente con lo scarso rilievo che viene tradizionalmente affidato, nel panorama inglese, alla buona fede contrattuale e con l'avversione nei confronti di un utilizzo di clausole generali che possa consentire al giudice di riscrivere il contratto al posto delle parti¹⁰⁹.

Com'è invece noto, nell'ordinamento italiano la giurisprudenza tesa a sottolineare l'importanza della buona fede oggettiva nell'ambito del diritto dei contratti è copiosa¹¹⁰. Di recente, la Supr. Corte ha consacrato l'ingresso della buona fede oggettiva proprio nell'ambito del meccanismo risolutivo della clausola risolutiva espressa, pur confermando l'inammissibilità di un controllo giudiziale sulla non scarsa importanza¹¹¹.

3.1.6 Il problema dell'accordo preventivo che consenta la risoluzione per inadempimenti di natura trascurabile.

Un considerevole ampliamento del rimedio risolutorio potrebbe essere determinato, oltre che da pattuizioni formulate in modo generico, da clausole risolutive espresse che

¹⁰⁷ V. la *Consumer Contracts Regulations* del 1999: si tratta, in particolare, dei casi in cui la clausola attribuisce al professionista dei diritti di scioglimento del contratto più ampi rispetto a quelli previsti dal diritto comune. In questi casi la *termination clause* risulterebbe “*contrary to the requirement of good faith*”. Il controllo in base al principio di buona fede può trovare il proprio fondamento nell'ambito dell'*Unfair Contract Terms Act* del 1977, il quale si riferisce alle *exemption clauses*. Secondo un'interpretazione, potrebbero rientrarvi le *termination clauses* che restringono il potere risolutivo del consumatore rispetto ai diritti comunemente riconosciuti dalla *common law*. V. *amplius* WHITTAKER, *Termination clauses*, cit., 262 ss.

¹⁰⁸ Come nel caso del contratto di agenzia: v. la *Commercial Agents (Council Directive) Regulations* del 1993.

¹⁰⁹ Sul tema, nella dottrina italiana, VIGLIONE F., *L'interpretazione del contratto nel common law inglese. Problemi e prospettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 143 ss.; ID., *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 148 ss.

¹¹⁰ Per alcune recenti applicazioni del canone di buona fede oggettiva, nell'ambito del diritto dei contratti: Cass., 15.10.2012, n. 17642, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce «Fideiussione e mandato di credito», n. 14; Cass., 29.9.2011, n. 19879, nella banca dati *Leggi d'Italia – Cassazione Civile*; Cass., 18.9.2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85 ss., con nota di PALMIERI e R. PARDOLESI; Cass., 11.6.2008, n. 15476, in *Giust. civ.*, 2008, 2766 ss.

¹¹¹ Cass., 23.11.2015, n. 23868, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 510 ss., con nota di NOBILE DE SANTIS; in *Contratti*, 2016, 659 ss., con nota di PIRAINO; in *Giur. it.*, 2016, 2364 ss., con nota di ACHILLE. In senso contrario, se pur in forma di *obiter dictum*, la più recente Cass., 27.10.2016, n. 21740, in *Contratti*, 2016, 1119 ss.: «In tema di appalto di opera pubblica, la disciplina procedimentale di cui all'art.119, D.P.R. n. 554 del 1999, afferente il ritardo dell'appaltatore, funzionale a deliberare la risoluzione in base specificamente alla sequenza procedimentale ivi prevista, non esclude che il contratto di appalto possa essere munito di una clausola risolutiva espressa e, quindi, soggetto ai rimedi privatistici di diritto comune. L'operatività di tale clausola richiede la sola constatazione dell'inadempimento, di talché, in tal caso è vano discettare di corrispondenza a buona fede del comportamento del creditore che intenda avvalersi della stessa».

vengano azionate a fronte di inadempimenti che, quand'anche contemplati nella stessa clausola, siano irrilevanti rispetto all'operazione economica del contratto¹¹².

La questione abbraccia una pluralità di ambiti, che vanno dal rapporto tra clausola risolutiva espressa ed importanza dell'inadempimento alla questione dell'ammissibilità di un sindacato secondo buona fede sulla condotta del creditore che si avvale della clausola¹¹³.

Nell'ordinamento italiano, è opinione consolidata quella secondo la quale la stipulazione di una clausola risolutiva espressa precluderebbe un controllo giudiziale sulla non scarsa importanza dell'inadempimento¹¹⁴. Alcuni autori, tuttavia, hanno rilevato i potenziali rischi di un'assoluta ed incondizionata esclusione del controllo giudiziale *ex art. 1455 c.c.*, ritenendo opportuna l'introduzione di alcune precisazioni.

L'attenzione si è soffermata, in particolare, sull'ipotesi dell'inadempimento trascurabile, ossia il caso in cui l'obbligazione dedotta nella clausola venga adempiuta «in modo solo leggermente imperfetto»¹¹⁵.

Si è sostenuto che, in simili casi, il creditore non potrebbe avvalersi del diritto di estinguere il rapporto, sulla base dell'argomentazione secondo la quale, se deve ritenersi escluso il sindacato sull'importanza che l'obbligazione inadempita ha nell'economia del contratto, non lo è quello circa l'entità dell'inadempimento riferito a quell'obbligazione. Al contrario, il giudice dovrebbe astenersi dalla valutazione della gravità dell'inadempimento quando la clausola individui dettagliatamente modalità e caratteristiche dell'inadempimento risolutorio¹¹⁶.

¹¹² Solleva la questione, nella dottrina più risalente, MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 203 s.: «[...] la clausola tende appunto ad imprimere il marchio della gravità all'inadempimento previsto, e a sottrarre quindi l'apprezzamento del magistrato, consentendo una facile e rapida definizione del rapporto. Non direi però che l'ampiezza dei poteri attribuiti dalla legge alle parti contraenti a questo riguardo sia assoluta, sia cioè tanto ampia da consentire loro di stipulare che anche una inadempienza lievissima e trascurabile possa dar luogo a risoluzione». V. altresì ROPPO, *Il contratto*, cit., 905 s.; LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano, 2002, 148 ss.; COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 57: «non sembra corretto che lo scioglimento del contratto in presenza di una clausola risolutiva possa verificarsi anche se l'inadempimento assunto dalle parti a causa della rottura del vincolo negoziale appaia del tutto irrilevante ai fini della realizzazione degli scopi, anche solo soggettivi, dell'operazione economica».

¹¹³ Affrontano il tema della buona fede nella fattispecie della clausola risolutiva espressa SMIRLODO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 185; COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 56 s.; GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, cit., 51 ss.; ID., *Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto*, in *Contratti*, 2013, 1031 ss.; MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, cit., 277 ss.; SARTORI, *Contributo allo studio della clausola risolutiva espressa*, cit., 147 ss.; TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., 166 ss.; TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, cit., 178 ss.

¹¹⁴ Per riferimenti vd. *supra*, nt. 288.

¹¹⁵ Le parole sono di ROPPO, *Il contratto*, cit., 905 s.

¹¹⁶ DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 305.

Una controversia¹¹⁷ recentemente giunta all'attenzione della Supr. Corte mostra i risvolti concreti e fattuali di tale problematica.

Due società concludevano un contratto di licenza di marchio inserendovi una clausola risolutiva espressa, la quale attribuiva alla concedente il diritto di risolvere il contratto nel caso in cui la controparte fosse risultata inadempiente ad una serie di attività collegate al contratto di licenza. Tra le obbligazioni dedotte nella clausola era inclusa quella di inviare alla concedente, al termine di ogni semestre, l'estratto conto relativo alle fatture emesse, relative alla vendita dei prodotti «a marchio». Dopo meno di un anno dalla data di conclusione del contratto, la concedente dichiarava di avvalersi del diritto potestativo di cui all'art. 1456 c.c.

Sollecitato un controllo giudiziale sulla legittimità dell'esercizio del diritto di risolvere il contratto, la Corte d'Appello di Torino, in riforma della sentenza di primo grado, riteneva non fosse riscontrabile alcun inadempimento, da parte della licenziataria, alle obbligazioni dedotte nella clausola. Con particolare riguardo all'obbligo di inviare l'estratto conto delle fatture emesse, i giudici escludevano l'inadempimento della licenziataria: si era accertato, infatti, che essa aveva emesso una sola fattura, l'ultimo giorno del semestre e per un importo modesto. Pertanto, si riteneva «ragionevole» che la comunicazione dell'unico documento sarebbe potuta avvenire insieme all'elenco delle fatture che sarebbero state emesse – se il contratto fosse proseguito – nel semestre successivo.

In presenza del «dogma» dell'inapplicabilità dell'art. 1455 c.c., la Supr. Corte è giunta ad asserire che il diritto potestativo di risolvere unilateralmente il contratto, *ex art.* 1456 c.c., deve essere esercitato in conformità al principio di buona fede e al divieto di abuso del diritto¹¹⁸.

¹¹⁷ Il riferimento è a Cass., 23.11.2015, n. 23868, cit.

¹¹⁸ L'affermazione ha costituito una vera e propria novità nella giurisprudenza di legittimità: in precedenza, una simile tesi era stata sostenuta solo da alcuni precedenti di merito. Cfr., al riguardo, Trib. Alba, 20.4.2010, nella banca dati *Dejure*, in cui i giudici ritenevano illegittimo l'esercizio del diritto di cui alla clausola risolutiva espressa, perché l'inadempimento (costituente nel mancato rinnovo di una fideiussione entro il termine stabilito) doveva ritenersi giustificato in virtù della pendenza di trattative tra le parti. L'intimazione di cui all'art. 1456 c.c., pertanto, si considerava «contraria a buona fede, in quanto atto estemporaneo che [...] ha illegittimamente sacrificato l'H.C. [*il debitore, n.d.a.*], anche in virtù delle assicurazioni circa la consegna della fideiussione». Cfr. altresì Trib. Bergamo, 7.7.2008, in *Obbl. e contr.*, 2009, 708 ss., con nota di GONNELLI, in cui la dichiarazione di avvalersi della clausola era stata ritenuta inefficace in quanto esercitata con modalità contrarie al principio di correttezza, in considerazione dell'esiguità del ritardo (di soli sei giorni) rispetto alla data fissata per l'adempimento e della circostanza che, alla medesima data della dichiarazione *ex art.* 1456 c.c., la debitrice aveva comunicato ai creditori di voler adempiere la prestazione stabilita.

Così facendo, la giurisprudenza italiana si è avvicinata (se pur timidamente)¹¹⁹ agli esiti a cui da decenni perviene la *Cour de Cassation*: è quindi opportuno soffermarsi sul significato e sulle implicazioni di una simile affermazione.

3.1.7 Il ruolo della buona fede oggettiva in presenza di una clausola risolutiva espressa: alcuni rilievi critici.

L'applicazione della buona fede alla clausola risolutiva espressa richiama la giurisprudenza sviluppatasi nell'alveo del diritto di recesso, a partire dal noto (e controverso) *caso Renault*¹²⁰, in cui si ammetteva la possibilità, per il giudice, di compiere un sindacato sulla legittimità dell'esercizio del diritto di recesso *ad nutum*, da effettuarsi alla stregua dei canoni della buona fede e del divieto dell'abuso del diritto.

La sentenza n. 23868 del 2015 ha esteso un simile controllo anche al meccanismo operativo *ex art. 1456 c.c.*, quale clausola convenzionale che attribuisce al creditore la facoltà di sciogliere il vincolo contrattuale e che, conseguentemente, si traduce in un atto unilaterale espressione di un diritto potestativo.

Nel caso di contrasto con il canone della buona fede oggettiva, l'esito sarebbe quello della declaratoria di inefficacia dell'atto con cui il creditore si avvale della clausola, con conseguente paralisi della pretesa risolutoria.

Un primo profilo di complessità insito in tale orientamento consiste nel ricorso alla fattispecie dell'abuso del diritto che, nonostante le sempre più frequenti applicazioni giurisprudenziali, è ancora oggi figura dai confini incerti, soprattutto con riguardo al profilo della distinzione con la buona fede oggettiva¹²¹.

Inoltre, diversi sono i rischi che potrebbero derivare dall'ingresso di un simile sindacato.

I – rari – precedenti che hanno impiegato il canone di buona fede nel contesto della risoluzione per inadempimento offrono degli spunti in proposito. In particolare, gli

¹¹⁹ L'orientamento che consente il sindacato di buona fede nella clausola risolutiva espressa è comunque meno sviluppato rispetto a quanto avviene nel panorama francese. Ed infatti, nel 2016 la Corte di Cassazione ha rivisto il proprio orientamento: v. Cass., 27.10.2016, n. 21740, *cit.*

¹²⁰ Cass., 18.9.2009, n. 20106. Tra i molti commenti sulla sentenza, si segnalano quelli di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 106 ss.; CENINI-GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, 109 ss.; D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 11 ss.; SALERNO, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principia"*, in *Giur. it.*, 2010, 4 ss.

¹²¹ V., *inter alia*; ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 969 ss.; PIRAINO, *La buona fede oggettiva*, *cit.*, spec. 375 ss.

indici dai quali è stato ricavato il contrasto con la buona fede non consistevano nell'approfitto di un lievissimo inadempimento dell'obbligato, ma erano rappresentati da una più articolata serie di circostanze: ad esempio, dalla pendenza di trattative tra le parti, tramite le quali stavano per essere concordate le modalità di adempimento dell'obbligazione dedotta nella clausola risolutiva¹²²; ed ancora, dalla circostanza che il creditore si fosse avvalso del diritto *ex art.* 1456 c.c. nonostante le rassicurazioni, provenute dal debitore, di voler adempiere¹²³.

In un'altra sentenza, poi, i giudici hanno concluso per la contrarietà a buona fede del comportamento del locatore, perché egli, invece che optare per l'ablazione del vincolo, avrebbe potuto compensare il proprio credito con il debito, nascente da un diverso rapporto *sub iudice*, contratto nei confronti del conduttore¹²⁴.

Soprattutto tale ultima pronuncia parrebbe propendere per l'ammissibilità di un controllo, da parte del giudice, sull'opportunità della scelta del creditore di avvalersi del rimedio risolutivo, con rischio di danno per la certezza del diritto. La preoccupazione, in sostanza, è che il sindacato secondo buona fede si traduca in una delibazione giudiziale ben più penetrante rispetto a quella *ex art.* 1455 c.c., essa stessa ritenuta esclusa, generalmente, al cospetto di una clausola risolutiva espressa.

Se la valutazione sulla rilevanza dell'inadempimento è più agevolmente confinabile alla valutazione dell'entità oggettiva di esso e all'interesse del creditore alla prestazione, l'ingresso della buona fede e del divieto dell'abuso del diritto apre, inevitabilmente, a conseguenze ulteriori, quale la possibilità di considerare sleale il comportamento «della parte che invochi la risoluzione del contratto per inadempimento pur avendo altre vie per tutelare i propri interessi»¹²⁵.

Come evidenziato, poi, l'esigenza che emerge nello specifico ambito di indagine è quella di evitare che l'esercizio della clausola risolutiva espressa sia meramente strumentale e che un inadempimento lievissimo funga da pretesto per condurre allo scioglimento del vincolo contrattuale¹²⁶. A tal riguardo, non sembra possa soccorrere la

¹²² Trib. Alba, 20.4.2010, *cit.*

¹²³ Trib. Bergamo, 7.7.2008, *cit.*

¹²⁴ V. Cass., 20.4.2010, n. 13208, in *Giur. it.*, 2011, 794 ss., con nota di P. RESCIGNO e in *Obbl. e contr.*, 2011, 263 ss., con nota di TRUBIANI; riflessioni su tale pronuncia si ritrovano anche in RICCIO, *Abuso del diritto di sfratto del locatore inadempiente*, in *Contr. e impr.*, 2011, 297 ss.

¹²⁵ Così, testualmente, Cass., 20.4.2010, n. 13208, *cit.*

¹²⁶ Si tratta di un'esigenza diversa rispetto a quelle individuate dalla dottrina che ha indagato il tema della buona fede oggettiva in relazione ad una clausola risolutiva espressa. V., ad esempio, COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, *cit.*, 56 s., che riconosce alla buona fede il ruolo di potenziale correttivo a fronte di un assetto contrattuale palesemente iniquo, circostanza che si realizzerebbe quando l'inadempimento dedotto dalle parti nella clausola risolutiva risulti del tutto irrilevante rispetto agli scopi.

buona fede integrativa quale parametro di interpretazione della clausola, considerato che essa potrebbe operare solamente in presenza di un'ambiguità nel testo del contratto¹²⁷ e dunque nel caso in cui le maglie del testo consentano un intervento in tal senso, come quando l'interprete si trovi al cospetto di clausole risolutive formulate in modo generico (si pensi alla soluzione professata nell'ordinamento anglosassone nel citato caso *Rice v Great Yarmouth Borough Council*).

Ci si chiede dunque se la questione non potesse essere declinata su un piano diverso, ad esempio attraverso un'argomentazione fondata sulla non scarsa importanza dell'inadempimento¹²⁸.

Il riferimento è, in particolare, al richiamato orientamento¹²⁹ che ammette che il giudice effettui un sindacato sull'entità della lesione che l'obbligazione dedotta nella clausola risolutiva espressa abbia ricevuto. Da tale prospettiva, difficilmente l'omessa comunicazione di una fattura, di importo modesto, potrebbe considerarsi alla stregua di inadempimento tale da incidere sull'assetto contrattuale od arrecare un pregiudizio all'interesse del creditore.

Anche restando nell'alveo di un'argomentazione in armonia con il principio di buona fede, sarebbe forse stato preferibile impiegare tale clausola generale al fine di consentire l'ingresso, in via eccezionale, del giudizio *ex art. 1455 c.c.*¹³⁰, «mitigando» una concezione formalistica dell'art. 1456 c.c. La clausola generale di buona fede

Ed ancora, nello studio monografico che con maggior grado di approfondimento si è dedicato alla questione (TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, cit., 221 ss.), si è ipotizzato che la buona fede possa fungere da "strumento di controllo" a fronte di assetti contrattuali sperequati, laddove la disegualianza sostanziale delle parti abbia impedito al contraente più "debole" di concorrere alla determinazione del contenuto contrattuale.

¹²⁷ V., sul punto, ROPPO, *Il contratto*, cit., 450, il quale chiarisce che presupposto per l'applicazione del criterio della buona fede è rappresentato dall'oscurità del testo; in giurisprudenza v. Cass., 27.5.2003, n. 8411, nella banca dati *Pluris – Leggi d'Italia*, secondo cui «[i]l criterio dell'interpretazione secondo buona fede costituisce regola ermeneutica sussidiaria, alla quale è consentito ricorrere soltanto quando non sia possibile individuare il senso delle clausole e la volontà effettiva delle parti alla stregua delle regole interpretative dettate dagli articoli precedenti».

¹²⁸ A ben vedere, non scarsa importanza dell'inadempimento e principio di buona fede oggettiva presentano evidenti profili di contiguità. In dottrina, si ritrova l'opinione secondo cui la valutazione sulla rilevanza dell'inadempimento troverebbe fondamento proprio nella buona fede oggettiva; il giudizio *ex art. 1455 cod. civ.* consisterebbe, quindi, in una «modalità di concretizzazione» del principio di buona fede (GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, cit., 52). D'altronde, la stessa Relazione al codice civile definiva la gravità dell'inadempimento in termini di «criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale». Sulla relazione tra buona fede e principio di non scarsa importanza dell'inadempimento, ROPPO, *Il contratto*, cit., 900; COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 57; SPALLAROSSA, *Importanza dell'inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, 458 ss.; *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2010, 143, n. 661.

¹²⁹ Così ROPPO, *Il contratto*, cit., 905.

¹³⁰ In senso contrario si è posto SMIROLDO, op. cit., 185, secondo cui invece «[...] una valutazione della gravità dell'inadempimento da parte del giudice non potrebbe essere giustificata neanche col richiamo al principio di buona fede, che anima sia l'interpretazione sia l'esecuzione dei contratti».

assumerebbe dunque rilievo «quale obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio a suo carico»¹³¹, ponendosi come fondamento dell'ammissibilità di un controllo giudiziale nei casi più gravi, ove le pretese del creditore appaiano, *prima facie*, fondate su mancanze assolutamente irrilevanti.

Analogamente a quanto si è osservato per le clausole aventi un contenuto generico, l'atteggiamento di ostilità nei confronti di clausole che agevolino il ricorso al rimedio risolutivo impone una riflessione sui limiti alla conformazione convenzionale dell'art. 1455 cod. civ. Non sembra infatti che le deroghe a tale ultima disposizione possano spingersi sino al punto di autorizzare lo scioglimento del contratto per inadempimenti di natura trascurabile, determinando un evidente contrasto con la *ratio* stessa del presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento¹³².

3.2 Accordo preventivo e imputabilità: ricostruzione del presupposto nella clausola risolutiva espressa.

Come si è già accennato nella trattazione relativa alla risoluzione unilaterale, la giurisprudenza unanime richiede, in presenza di una clausola risolutiva espressa, che l'inadempimento sia di natura colpevole.

Anche con riferimento ad obbligazioni tradizionalmente¹³³ ritenute svincolate dalla colpa come parametro di imputazione, si ritrovano comunemente affermazioni quali «la clausola risolutiva espressa non comporta automaticamente lo scioglimento del contratto a seguito del previsto inadempimento, essendo sempre necessario, per l'art. 1218 c.c., l'accertamento dell'imputabilità dell'inadempimento al debitore almeno a titolo di colpa»¹³⁴.

¹³¹ Le parole sono di C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 209.

¹³² La disciplina della risoluzione si caratterizza infatti per accentuati profili di tutela del contraente adempiente; ne consegue che la norma *ex* art. 1455 c.c. fungerebbe da «limite esterno all'art. 1453 c.c.», con il compito di «introdurre correzioni di rotta all'irrazionale logica del rimedio della risoluzione». Le parole sono di BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 1320. L'A. si riferisce, in particolare, al rischio di arricchire il contraente fedele al contratto, cioè di fare acquisire al patrimonio dell'attore in risoluzione un valore maggiore di quello che egli avrebbe potuto ottenere.

¹³³ Per un'elencazione v., ad esempio, TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, 307 ss. Cfr., altresì, PLAIA, *Risoluzione per mancanza di qualità e colpa del venditore*, in *Contratti*, 627 ss., secondo cui la risoluzione del contratto per mancanza di qualità del bene (ai sensi dell'art. 1497 c.c.) non presuppone la colpa del venditore, considerato che «l'assenza di qualità sottende un'obbligazione di dare, ed un bene una qualità o la possiede o non la possiede, senza che possa rilevare in alcun modo il comportamento del debitore, tantomeno una valutazione circa la negligenza dello stesso» (p. 628).

¹³⁴ Così, *inter alia*, Cass. civ., 6.2.2007, n. 2553, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2.

Si è discusso¹³⁵ delle criticità che il riconoscimento del presupposto dell'imputabilità genera nell'ambito delle risoluzioni di diritto e della propensione della giurisprudenza ad assimilare i concetti di imputabilità e colpa¹³⁶; esse devono tuttavia essere precisate nel peculiare contesto della risoluzione per effetto di una clausola risolutiva espressa.

Tradizionalmente, le ricostruzioni in tema di imputabilità si considerano riconducibili o alla concezione «oggettivistica», secondo la quale il rimedio risolutivo sarebbe da fondarsi esclusivamente sull'obiettiva anomalia funzionale del sinallagma o alla concezione «soggettivistica», in base alla quale l'art. 1218 c.c. assumerebbe rilevanza anche nel contesto della risoluzione¹³⁷. La contrapposizione non sembra però adeguatamente riflettere la molteplicità di accenti che caratterizzano i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema; una più completa ricostruzione risulta quindi necessaria al fine di individuare quali possano essere le manifestazioni dell'autonomia contrattuale nel contesto in esame.

A tal riguardo, è opportuno distinguere almeno tre diversi orientamenti.

(i) Solo una minoritaria dottrina¹³⁸ ritiene possibile prescindere dal presupposto dell'imputabilità. Diverse sono le argomentazioni offerte; esse si fondano, essenzialmente, sulla necessità di superare una concezione sanzionatoria della risoluzione¹³⁹ e di consentire la liberazione del contraente fedele indipendentemente dalle ragioni che hanno determinato l'inadempimento¹⁴⁰.

¹³⁵ V. *supra*, cap. II.

¹³⁶ In dottrina, sul tema, TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, cit., 35 s: «[...] non è infatti superfluo ribadire come imputabilità e colpa dell'inadempimento non siano termini o concetti equipollenti; bensì esprimano essenzialmente e rispettivamente, la prima, il (necessario) requisito della riferibilità od ascrivibilità giuridica al debitore della mancata (o inesatta) esecuzione della prestazione da lui dovuta e, la seconda, il (possibile) titolo o criterio di collegamento in base al quale va normativamente e concretamente modellata ed operata siffatta riferibilità od ascrivibilità». V. anche MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Napoli, 1988, 11 ss.: «[...] tale nozione (di imputabilità, n.d.a.) non può essere confusa con quella di colpa; quest'ultima, infatti, indicherebbe un criterio di imputazione, uno dei tanti astrattamente pensabili. Colpa e imputabilità non sembrano pertanto esprimere concetti omogenei, ma piuttosto reciprocamente funzionali: l'imputabilità acquista così il significato di un presupposto legale in forza del quale un fatto viene riferito al soggetto della cui responsabilità si tratta; la colpa evidenzia il criterio di imputazione, individuando non già il presupposto, ma il fondamento del riferimento normativo». Per una ricostruzione della nozione di colpa v. SARTORI, *Contributo allo studio della clausola risolutiva espressa*, cit., 52 s.

¹³⁷ V. *amplius supra*, cap. II.

¹³⁸ Tra i principali sostenitori di tale tesi vi sono MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, cit.: «Può quindi affermarsi che il sistema del codice, se consente di ritenere fondata sulla colpa la responsabilità del debitore, dà invece rilevanza obbiettiva all'inadempimento ricollegandovi, indipendentemente dal connotato dell'imputabilità, la facoltà del creditore di esprimere una pluralità di rimedi tra i quali [...] è compreso anche quello risolutivo». V. altresì MUTARELLI, *Per il superamento della colpa nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa*, cit., anche se senza procedere ad una distinzione tra colpa e imputabilità; DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit.

¹³⁹ Ricostruisce il rimedio risolutivo in termini di sanzione AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 124 ss. Tra gli autori che criticano la concezione sanzionatoria della risoluzione MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 21: «Riconosciuto infatti che il presupposto

Nel campo delle risoluzioni convenzionali, oggetto della presente indagine, tale opzione interpretativa parrebbe la più plausibile perché richiedere quale presupposto la colpevolezza del debitore contrasterebbe con il fatto che le parti hanno inserito nel testo contrattuale delle pattuizioni tendenti nel modo più rigoroso all'esatto e inderogabile adempimento¹⁴¹. Pretendere che l'inadempimento sia imputabile anche in presenza di una clausola risolutiva espressa determinerebbe, poi, un contrasto con il dato letterale dell'art. 1456 c.c., che si riferisce al fatto obiettivo che «una determinata obbligazione non sia adempiuta»¹⁴².

In base ad una simile impostazione, quando l'inadempimento pregiudichi gravemente l'interesse del creditore dovrebbe essere consentita la risoluzione del contratto, indipendentemente dal fatto che l'inadempimento sia attribuibile o meno alla sfera di controllo del debitore.

Come si è visto, la soluzione è coerente con le scelte che caratterizzano il panorama europeo (il riferimento è, in particolare, alla riforma dello *Schuldrechtsmodernisierung*) e con le previsioni contenute nei principi internazionali e nei progetti di armonizzazione. Essa attribuisce maggiore libertà, al contraente non inadempiente, di affrancarsi dal vincolo contrattuale, ma la principale critica ad essa rivolta è quella di non valorizzare il dato legislativo che distingue tra risoluzione per inadempimento e risoluzione per impossibilità sopravvenuta¹⁴³.

fondamentale della risoluzione è il venir meno dell'interesse del creditore, non si vede donde possa scaturire il carattere sanzionatorio, in quanto è certo che l'interesse può venir meno sia in caso di inadempimento colposo che di inadempimento fortuito»; critiche alla concezione sanzionatoria della risoluzione si ritrovano anche in DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, spec. 852 ss.; nella dottrina più recente v., per tutti, DELLACASA, *Il giudice e la risoluzione del contratto nell'esperienza italiana e nella prospettiva europea*, cit., 537 ss.

¹⁴⁰ In tal senso MUTARELLI, *Per il superamento della colpa nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa*, cit., 267 s.: «è evidente che la risoluzione tenda essenzialmente alla liberazione dell'altro contraente; facoltà questa che sorge per il creditore dalla mancata attuazione del rapporto (*rectius*: dalla grave alterazione del sistema di interessi contrattualmente apprezzati dalle parti) indipendentemente dalle ragioni che l'abbiano determinata, indipendentemente cioè dalla colpevolezza o meno del comportamento del debitore». V. anche DELLACASA, *Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto di vista sulla giurisprudenza*, cit., 263: «La risoluzione è un rimedio sinallagmatico, che opera in presenza di una grave alterazione del rapporto contrattuale (art. 1455 c.c.): non si vede come l'imputabilità dell'inadempimento – fattore interno alla sfera del debitore – possa precludere lo scioglimento del contratto quando l'interesse del creditore all'attuazione dello scambio risulta gravemente compromesso».

¹⁴¹ Così MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 22.

¹⁴² In tal senso MUTARELLI, *Per il superamento della colpa nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa*, cit., 268.

¹⁴³ Il rischio che una simile tesi porta con sé, evidenziato dalla dottrina, è quello di produrre un appiattimento della risoluzione per inadempimento sul modello della risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione. V. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, cit., 43 ss.

(ii) La giurisprudenza italiana¹⁴⁴ richiede invece che il diritto alla risoluzione del contratto sorga a fronte di un comportamento colposo del debitore.

Nelle massime giurisprudenziali, tale affermazione viene ripetuta alla stregua di formula di principio stereotipata ed astratta¹⁴⁵, consentendo ai giudici di effettuare un'ampia indagine sul comportamento dell'obbligato, che «non deve contrastare con i dettami della buona fede che presiedono lo svolgimento del rapporto contrattuale»¹⁴⁶. Conseguentemente, la risoluzione viene esclusa quando l'inadempimento è stato provocato da motivi che si risolvono, per il debitore, in assenza di colpa¹⁴⁷.

Il ricorso alla nozione di colpevolezza, intesa come mancato rispetto di una regola di condotta, suscita diverse perplessità.

In primis, la colpa irrigidisce eccessivamente il ricorso al rimedio risolutorio, risolvendosi in strumento attraverso il quale il giudice esercita un ampio margine di discrezionalità. Nel contenzioso relativo all'esercizio del diritto potestativo di cui alla clausola risolutiva, in particolare, si pongono rilevanti criticità, dettate dalla circostanza che lo strumento si caratterizza per una preventiva valutazione delle parti sulla non scarsa importanza dell'inadempimento. Accade dunque che, in presenza di una clausola risolutiva espressa, il controllo sull'imputabilità dell'inadempimento «celi» in realtà un giudizio sulla non scarsa importanza dell'inadempimento¹⁴⁸. Il richiamo al concetto di colpa si tradurrebbe, sovente, in un giudizio riferito all'interesse creditorio o all'importanza dell'inadempimento – altrimenti impedito – più che sull'imputabilità.

¹⁴⁴ Ma in tal senso sembra porsi anche parte della dottrina: si veda, per tutti, TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., 164 ss., secondo cui «La clausola risolutiva espressa non comporta automaticamente lo scioglimento del contratto a seguito dell'inadempimento, essendone pur sempre necessaria l'imputabilità almeno a titolo di colpa».

¹⁴⁵ Sulle perplessità correlate alla nozione di colpa, utilizzata «in senso quasi antifibologico», TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, cit., 73.

¹⁴⁶ Si veda, *inter alia*, Cass., 17.12.1990, n. 11690, in *Giur. it.*, 1991, I, 780 s.

¹⁴⁷ In tal senso, *inter alia*, Cass., 5.8.2002, n. 1171, in *Contratti*, 2003, 228 ss., con nota di ADDANTE: «Ai fini della risoluzione del contratto per inadempimento, in presenza di clausola risolutiva espressa, pur se la colpa del contraente inadempiente si presume, ai sensi dell'art. 1218 c.c., il giudice non è tenuto a verificare che l'evento previsto dalla detta clausola si sia verificato, ma deve esaminare, con riferimento al principio della buona fede, il comportamento dell'obbligato, potendo la risoluzione essere dichiarata solo ove sussista (almeno) la colpa di quest'ultimo».

¹⁴⁸ Sul punto, MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Napoli, 2012, 255 ss., secondo cui il richiamo all'imputabilità «finisce non di rado per celare un giudizio sulla mancanza di un apprezzabile interesse del creditore ad esperire il rimedio risolutorio e quindi sulla gravità o meno dell'inadempimento». In senso analogo MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Napoli, 1988, 72 ss., secondo cui «tali sentenze [...] costituiscono una spia dalla quale risulta che la giurisprudenza dà rilievo, più che alla colpa, all'interesse creditorio o all'importanza dell'inadempimento».

La nozione di colpa, poi, non può essere assimilata a quella di imputabilità, soprattutto con riguardo a quelle obbligazioni per le quali, tradizionalmente, la colpa non costituisce parametro di imputazione¹⁴⁹.

A titolo esemplificativo, si consideri l'obbligazione dedotta nella clausola risolutiva espressa oggetto della citata Cass., n. 23868/2015, consistente nell'obbligo della licenziataria di inviare, alla concedente, gli estratti conto relativi alla vendita di prodotti «a marchio». Quest'ultima sembra qualificabile alla stregua di «obbligazione di dare»: ciò che dovrebbe rilevare, pertanto, è se la documentazione venga o meno consegnata, mentre parrebbe difficile concepire una valutazione in termini di diligenza della condotta del debitore¹⁵⁰.

(iii) Sembra possibile, infine, tratteggiare un orientamento intermedio rispetto a quelli appena descritti. Alcuni autori¹⁵¹ infatti, pur ritenendo che l'imputabilità assurga a presupposto della risoluzione per inadempimento, non richiedono un comportamento colpevole del debitore, considerando sufficiente che l'esecuzione della prestazione sia impedita da una circostanza inerente alla sfera di organizzazione e controllo dell'obbligato¹⁵².

Il termine imputabilità può riferirsi, pertanto, sia ad una condotta colpevole, sia ad una condotta dipesa da eventi comunque rientranti nella sfera di controllo dell'obbligato¹⁵³.

Ciò precisato, questione aperta è quella relativa alla possibilità di ammettere una regolamentazione preventiva di tale presupposto, prevedendo che il contratto si sciogla

¹⁴⁹ Ciò avverrebbe, ad esempio, nell'ipotesi di responsabilità dell'alienante, del locatore e dell'appaltatore ai fini dell'assoggettamento alle azioni di garanzia per i vizi della cosa o difformità dell'opera (1490-1493; 1578, 1° comma; 1667 e 1668 c.c.); si pensi poi alle obbligazioni di dare cose generiche o aventi ad oggetto un'attività di impresa. Per una schematizzazione di fattispecie di responsabilità oggettiva v. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 307 ss.

¹⁵⁰ Rare sono le pronunce che si svincolano dalla nozione di colpa, accogliendo quella di imputabilità: v. Cass., 13.3.2006, nella banca dati *Dejure Giuffrè*: «[...] quest'ultima disposizione (l'art. 1218, n.d.a.), sebbene menzionante soltanto la responsabilità per il risarcimento dei danni, costituisce tuttavia espressione di un principio generale, a termini del quale il debitore che non esegua la propria prestazione o la esegua inesattamente o con ritardo, per sottrarsi alle conseguenze sfavorevoli derivanti dall'inadempimento, è tenuto a provare che questo sia dipeso da causa a lui non imputabile».

¹⁵¹ Sostengono tale posizione, tra gli altri, TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, cit., che mostra di distinguere il concetto di colpa da quello di imputabilità; AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit.; ROPPO, *Il contratto*, cit.

¹⁵² In questo senso, tra gli altri, ROPPO, *Il contratto*, cit., 898: «Quel che è certo, è che non si deve irrigidire il requisito dell'inadempimento imputabile nel più stretto requisito dell'inadempimento colposo: deve comunque ammettersi la risoluzione anche per inadempimenti non legati a colpa del debitore, ma imputabili a lui per qualche criterio di responsabilità oggettiva (Diversamente, la tesi dell'inadempimento imputabile finirebbe per dare alla risoluzione un'impropria funzione sanzionatoria)».

¹⁵³ V. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 75.

anche in assenza di un inadempimento di natura imputabile¹⁵⁴. In particolare, una clausola che incida sul presupposto dell'imputabilità potrebbe attenuare il rischio che gli interessi economici del creditore siano già irrimediabilmente compromessi prima del momento in cui la prestazione diventi impossibile¹⁵⁵.

3.2.1 La possibilità di prevedere che il contratto si risolva anche al verificarsi di un inadempimento non imputabile.

Oggetto dell'indagine è ora stabilire se l'autonomia privata possa porsi nella direzione di subordinare l'esercizio del diritto di risoluzione a presupposti diversi da quelli richiesti per l'esperibilità del rimedio, ed in particolare se le parti possano intervenire sul presupposto dell'imputabilità, generalmente considerato rilevante ai fini della risoluzione del contratto.

In tale prospettiva, ci si è chiesti se sia possibile accordare la facoltà di risolvere il contratto con effetto immediato anche qualora la mancata esecuzione di una determinata obbligazione non sia imputabile al debitore¹⁵⁶.

È dunque necessario ipotizzare in quali situazioni una simile clausola potrebbe rivestire un'utilità concreta.

Se la prestazione diviene definitivamente impossibile per una causa non imputabile al debitore, quest'ultimo è liberato ed il contratto si risolve ai sensi dell'art. 1463 c.c., senza alcuna conseguenza di tipo risarcitorio. Diversamente, se l'impossibilità si verifica per un fatto imputabile al debitore, il creditore può domandare la risoluzione del contratto ai sensi degli artt. 1453 e ss. Ne consegue che, nei casi di impossibilità sopravvenuta, l'imputabilità non rileva ai fini dello scioglimento del contratto: l'esito sarebbe infatti garantito dall'applicazione dell'art. 1463 c.c. (risoluzione per impossibilità sopravvenuta), piuttosto che dell'art. 1453 c.c. (risoluzione per inadempimento).

La questione relativa all'imputabilità rileverebbe, invece, nel caso in cui la prestazione non venga eseguita al momento dovuto, ma risulti ancora possibile; ovvero quando la prestazione venga sì eseguita, ma in modo inesatto (dal punto di vista qualitativo,

¹⁵⁴ La questione è stata espressamente sollevata da SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 217: «Le parti, ancora, potrebbero, sempre in base al principio generale dell'autonomia privata, ricollegare l'operatività della clausola all'inadempimento anche incolpevole».

¹⁵⁵ In tal senso DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 306 s.

¹⁵⁶ Così MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, cit., 41. Sul tema v. anche DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 306 s.

piuttosto che quantitativo)¹⁵⁷. In tali fattispecie, la clausola consentirebbe al creditore di affrancarsi tempestivamente dal vincolo contrattuale senza dover attendere che l'inadempimento diventi impossibile o pregiudichi radicalmente il suo interesse (*ex art. 1256, c. 2°*, c.c.).

Parte della dottrina ha sostenuto la nullità di una clausola siffatta affermando che essa, da un lato, eliderebbe alla radice «l'operatività degli artt. 1218 e 1256 c.c., con cui (il patto, n.d.a.) si porrebbe in palese contrasto»; secondariamente aggraverebbe «la responsabilità del debitore al di là del limite di rottura per l'appunto rappresentato, sul piano sistematico, dal fortuito e dalla forza maggiore o dal rischio atipico»¹⁵⁸.

Ebbene, l'operatività dell'art. 1218 c.c. potrebbe considerarsi elisa solo ove si ritenesse che la locuzione «responsabilità» *ex art. 1218 c.c.* si riferisca a tutti gli effetti che la legge ricollega al fatto dell'inadempimento (compreso, dunque, lo scioglimento del contratto) e non unicamente al risarcimento del danno, come esplicitato dalla lettera della legge¹⁵⁹.

Se si slegano, invece, i presupposti del risarcimento del danno da quelli della risoluzione per inadempimento¹⁶⁰, sarebbe possibile attivare il rimedio risolutorio in presenza di una grave alterazione del sinallagma contrattuale, pur non consentendo al creditore di ottenere il risarcimento del pregiudizio che abbia subito¹⁶¹.

Persuasivo è poi l'argomento secondo cui la validità di una simile clausola sarebbe coerente con la possibilità, concessa dall'ordinamento, di inserire nel contratto clausole di recesso «per giusta causa»¹⁶², che potrebbero essere costruite in modo tale da

¹⁵⁷ V. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit., 20 s.

¹⁵⁸ Ancora TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, cit., 79.

¹⁵⁹ Cfr. il testo dell'art. 1218 c.c.: «Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

¹⁶⁰ Superando la cosiddetta «concezione bipolare»: v., sul punto, AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 70. Nel senso di svincolare i presupposti della risoluzione per inadempimento rispetto a quelli previsti per il risarcimento del danno v., per tutti, CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit., 29, secondo cui l'art. 1218 c.c. riguarda le conseguenze negative che l'inadempimento potrebbe causare al patrimonio del creditore; mentre la risoluzione guarda al sinallagma tra prestazioni. La distinzione tra i due piani sarebbe evidente, ad esempio, nella compravendita: per la risoluzione della vendita è sufficiente l'esistenza di un vizio che renda la cosa inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuisca in modo apprezzabile il valore (art. 1492 c.c.); invece è necessaria una colpa del venditore, cioè un inadempimento, perché alla risoluzione si aggiunga il risarcimento del danno (art. 1494).

¹⁶¹ In senso contrario alla nullità di una simile clausola si è espresso anche DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 306 ss.

¹⁶² Nel delineare i contorni del recesso «per giusta causa» si richiama l'insegnamento di chi configurava la giusta causa come la «situazione sopravvenuta capace d'impedire la realizzazione della funzione economico-giuridica del contratto» (cfr., per tutti, SANTORO PASSARELLI, voce *Giusta causa*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, 1961, 1109).

garantire lo scioglimento del contratto a fronte di un inadempimento del debitore, seppur non imputabile¹⁶³.

La soluzione qui offerta sembra confermata anche grazie al confronto con l'elemento comparatistico, ove tali pattuizioni risultano più frequenti nella prassi negoziale.

Al di là della riforma dello *Schuldrechtsmodernisierung*, è soprattutto il *common law* ad offrire interessanti spunti¹⁶⁴.

Nell'ordinamento inglese, ad esempio, si ammette il diritto alla risoluzione «*even in the absence of either breach or frustration*», cioè in fattispecie che non risultano assimilabili né all'inadempimento, né all'impossibilità sopravvenuta¹⁶⁵. In particolare, il rimedio della risoluzione viene giustificato a fronte di inadempimenti scusabili (*excused non-performance*), ma quando ancora la prestazione non sia divenuta impossibile¹⁶⁶. Nel *common law* nordamericano, poi, sono state reputate valide clausole che attribuivano una «*option of canceling*» nel caso di ritardo della consegna dovuta ad eventi bellici ed altri eventi non prevedibili¹⁶⁷.

Anche nel panorama francese, ove si richiede l'imputabilità dell'inadempimento ai fini dell'operatività di una clausola risolutiva espressa¹⁶⁸, parte della dottrina ritiene che le parti possano espressamente prevedere, in una *clause résolutoire*, che il mancato adempimento dell'obbligazione dedotta per cause di forza maggiore (*inexécution non fautive*) inneschi la risoluzione del contratto¹⁶⁹.

Secondo autorevole dottrina, poi, la delineazione di un sistema di imputazione oggettivo rientrerebbe tra le funzioni che la clausola *ex art. 1456 c.c.* può svolgere¹⁷⁰.

¹⁶³ V. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 307, spec. nt. 58.

¹⁶⁴ L'ordinamento inglese non richiede, in via generale, che l'inadempimento sia colpevole: v. MCKENDRICK, *Contract Law*, cit., 789: «[...] *the existence of a breach of contract is not generally dependent upon a finding that the party said to be in breach has been at fault. Liability for breach of contract is, in principle, strict*».

¹⁶⁵ Per un inquadramento della *doctrine of frustration* v. MCKENDRICK, *Contract Law*, cit., 696: «*The doctrine of frustration operates to discharge a contract where, after the formation of the contract, something occurs which renders performance of the contract impossible, illegal, or something radically different from that which was in the contemplation of the parties at the time of entry into the contract*».

¹⁶⁶ V. *Poussard v Spiers & Pond* (1876) 1 QBD 410 (DC) 414.

¹⁶⁷ V., al riguardo, *Finlay v. Swirsky*, 103 Conn. 624, 131 A. 420 (1925).

¹⁶⁸ V., con specifico riguardo alla risoluzione per effetto della stipulazione di un *clause résolutoire*, PAULIN, *La clause résolutoire*, cit., 73: «*La clause résolutoire concerne seulement l'inexécution imputable au débiteur*».

¹⁶⁹ V. STORCK, op. cit., 15: «*Il pourra aussi être mentionné que même une inexécution non fautive, pour cause de force majeure, déclencherà le mécanisme de la résolution*». In senso contrario, invece, PAULIN, *La clause résolutoire*, cit., 81, secondo cui la «*clause résolutoire concerne seulement une inexécution imputable au débiteur*».

¹⁷⁰ Nel medesimo senso parrebbe essere anche SARTORI, *Contributo allo studio della clausola risolutiva espressa*, cit., 53, secondo cui «[...] è il principio dell'autonomia contrattuale a governare la disciplina della clausola risolutiva espressa. Con la conseguenza che le parti sono libere di selezionare il criterio di imputabilità più coerente con l'assetto di interessi definito». V. anche BUSNELLI, voce «*Clausola*

In presenza di una clausola risolutiva espressa, infatti, il giudice dovrebbe non tanto verificare la rispondenza al criterio soggettivo della colpa, quanto valutare se le parti intendessero riferirsi alla violazione colposa e non, piuttosto, al mancato adempimento oggettivo dell'obbligo di prestazione contrattualmente assunto¹⁷¹.

3.3 Accordo preventivo ed agevolazione del meccanismo operativo. La deroga all'intimazione di un termine di grazia.

L'accordo preventivo, infine, riveste la funzione di rendere più *agile* il procedimento finalizzato allo scioglimento del contratto.

La disciplina della risoluzione contenuta nel codice civile vigente concede, in assenza di forme di accordo preventivo, un'alternativa tra domanda giudiziale (art. 1453 c.c.) e risoluzione unilaterale attraverso l'intimazione di una diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.). Il riconoscimento di tale opzione genera un'evidente asimmetria: nella prima ipotesi la domanda preclude al debitore l'adempimento tardivo della propria obbligazione; nella seconda, invece, lo scioglimento del contratto è subordinato alla concessione di un termine supplementare avente la *ratio* di consentire, al debitore, di porre rimedio all'inadempimento.

L'inserimento di una clausola risolutiva espressa consente invece di affrancarsi dal contratto prescindendo dalla preventiva assegnazione di un termine supplementare.

La situazione che si verifica ad esito della dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa è dunque la medesima rispetto a quella che si realizza per effetto della proposizione di una domanda giudiziale: a partire da quel momento, infatti, alla parte inadempiente è precluso l'adempimento¹⁷².

La clausola risolutiva espressa, però, consente di prescindere dalla concessione di un termine di grazia soltanto nel caso si verificano le singole e predeterminate violazioni specificate nel rapporto contrattuale, e non a seguito di qualsiasi inadempimento.

Ci si chiede, pertanto, se le parti possano convenzionalmente pattuire un «diritto di risoluzione immediata»: in altre parole, se la volontà dei contraenti possa esprimersi attraverso una clausola formulata in modo generico (e diversa dunque dalla clausola

risolutiva», cit., secondo cui la clausola risolutiva espressa sarebbe operativa proprio quando si riferisca a specifiche modalità, temporali o materiali, della prestazione e/o della sua esecuzione.

¹⁷¹ In tal senso SACCO in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 522, nt. 43: «...»; vd. altresì SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016, 1627.

¹⁷² In tal senso il testo dell'art. 1453, terzo comma: «Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione».

risolutiva espressa) che consenta lo scioglimento immediato in tutti i casi in cui l'inadempimento presenti carattere di gravità.

Una simile pattuizione differisce sia dalla clausola risolutiva espressa, sia dalle clausole risolutive generiche considerate, dalla giurisprudenza, alla stregua di «clausole di stile»: essa, infatti, inciderebbe unicamente sul meccanismo operativo della risoluzione, senza determinare una deroga al presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento, che resterebbe suscettibile di valutazione da parte del giudice.

A quanto consta, la clausola descritta non risulta diffusa nella prassi negoziale italiana¹⁷³, ma la questione è stata sollevata dalla dottrina francese in relazione alla possibilità di derogare al disposto del nuovo art. 1226 del *code civil*, dedicato alla risoluzione unilaterale. Come si è visto, la disposizione consente di risolvere il contratto per atto unilaterale subordinando tale diritto a requisiti formali piuttosto stringenti, che rendono il relativo meccanismo operativo ancor più gravoso rispetto a quanto non avvenga attraverso l'intimazione di una diffida ad adempiere *ex art.* 1454 c.c.

Il *Rapport au Président de la République* ha però precisato che la disposizione deve ritenersi di natura derogabile¹⁷⁴. Alcuni interpreti¹⁷⁵ si sono chiesti, pertanto, se sia possibile escludere convenzionalmente i presupposti previsti per risolvere il contratto *ex art.* 1226 c.c., con particolare riferimento agli obblighi di preventiva messa in mora e di precisazione delle ragioni che motivano l'esercizio del diritto¹⁷⁶. Ad oggi, la dottrina francese propende per la risposta negativa: la disposizione che impone la necessità di intimare un termine supplementare, infatti, rappresenterebbe un importante controbilanciamento all'ammissione generalizzata della *résolution par voie de notification*, e pertanto «la funzione protettrice di tale norma è indice della sua natura imperativa»¹⁷⁷.

¹⁷³ Ma v. *infra*, in relazione al parallelismo con l'istituto della caparra confirmatoria *ex art.* 1385 c.c.

¹⁷⁴ Il *Rapport au Président de la République* precisa, con riferimento all'art. 1226 del *code*, che: «*Dans le silence du texte sur son caractère impératif, il doit être considéré que cette disposition n'est pas d'ordre public, y compris en cas d'urgence*».

¹⁷⁵ V. DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 507: «[...] la question porrai se poser de savoir si le contrat porrai écarter les conditions posées par l'article 1226. Autrement dit, est-il possible de convenir d'une résolution par notification sans mise en demeure, uniquement par notification? Est-il possible d'écarter l'obligation de motivation prévue par l'alinéa 3? [...]».

¹⁷⁶ V. art. 1226, c. 3° del *Code*: «*Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent*». Sull'obbligo di motivazione v. il *Rapport au Président de la République*: «*l'article 1226 exige une motivation de la notification, afin là encore de protéger le débiteur et d'encadrer cette résolution unilatérale*».

¹⁷⁷ V., ancora, DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 507: «*Bien que le rapport remis au Président de la République insiste sur le caractère suppletif de l'article 1226, il n'est pas certain que ces dispositions qui ont été spécialement introduites en vue de protéger le débiteur et qui, au fond, sont une sorte de «contrepartie» à l'admission généralisée de la résolution par notification,*

Bisogna sottolineare, però, che dinnanzi alla medesima norma si tende a riconoscere la possibilità di apportare modifiche convenzionali che si muovono nell'opposta direzione di ridurre la sfera di operatività della risoluzione per inadempimento, consentendo che le parti possano rinunciare anticipatamente al diritto di sciogliere il contratto *ex art. 1226 del code civil*¹⁷⁸.

A parere di chi scrive, invece, le descritte forme di deroga convenzionale (esclusione preventiva dell'obbligo di messa in mora e di motivazione) devono reputarsi ammissibili se giustificate dalla particolare operazione economica che viene in rilievo; tra l'altro, esse incidono unicamente sul meccanismo operativo della risoluzione ma non sui relativi presupposti sostanziali¹⁷⁹.

Le nuove disposizioni del *code civil* in tema di risoluzione fissano infatti un livello di protezione del debitore particolarmente elevato, relativamente alle quali dovrebbero poter essere ammesse deroghe salvo che nelle ipotesi dei *contrats d'adhésion*¹⁸⁰ e dei contratti dei consumatori.

Con particolare riferimento all'obbligo di intimazione di un termine supplementare, si è ampiamente discusso delle fattispecie nelle quali è auspicabile concedere al creditore il diritto di risolvere il contratto in via immediata¹⁸¹. Opportunità che, d'altronde, è contemplata dallo stesso art. 1226 del *Code*, che consente di prescindere dall'intimazione di un termine di grazia nei casi di *urgence*.

Non si vede dunque perché le parti non possano regolare tale aspetto in via preventiva, laddove un più agile scioglimento del contratto risponda ad un interesse concreto delle parti¹⁸².

Tornando al nostro ordinamento giuridico, la validità di una simile clausola appare coerente con la possibilità, concessa dall'ordinamento all'art. 1385 c.c., di pattuire una caparra confirmatoria, generalmente inquadrata quale fattispecie di risoluzione stragiudiziale per inadempimento¹⁸³. Lo strumento consente, al pari di una clausola

soient susceptibles de conventions contraires. Sans constituer un critère décisif, la fonction protectrice de ces dispositions porrai bien être un indice de leur impérativité».

¹⁷⁸ Cfr. DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 507.

¹⁷⁹ Ritenuti tradizionalmente coincidenti con l'importanza non scarsa e l'imputabilità dell'inadempimento.

¹⁸⁰ V. art. 1171 del *code*: «*Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation*».

¹⁸¹ V. *supra*, cap. II.

¹⁸² E la clausola risulti, pertanto, meritevole di tutela dal punto di vista giuridico.

¹⁸³ V., per tutti, DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 349.

risolutiva espressa, di sciogliere il contratto con effetto immediato al verificarsi di qualsiasi fattispecie di inadempimento, che sia però di importanza non scarsa¹⁸⁴.

Pertanto, deve propendersi per l'ammissibilità di una pattuizione generica che consenta di prescindere dall'assegnazione di un termine di grazia, a condizione che non sia contestualmente finalizzata a neutralizzare il parametro della non scarsa importanza dell'inadempimento.

3.3.1 La clausola risolutiva automatica.

Il meccanismo operativo descritto dall'art. 1456 c.c. non contempla un vero e proprio automatismo¹⁸⁵, posto che il contratto non si scioglie al verificarsi dell'inadempimento previsto dalla clausola, ma segue alla dichiarazione di volersene avvalere *ex art.* 1456, 2° c., c.c. Il legislatore configura, infatti, un diritto potestativo a favore della parte nel cui interesse viene stipulata la clausola; quest'ultimo si manifesta attraverso un atto negoziale che produce i suoi effetti nel momento in cui viene a conoscenza del contraente inadempiente¹⁸⁶. Si è parlato dunque di «automatismo relativo»¹⁸⁷, che consentirebbe al contraente fedele di optare, a sua scelta, per l'adempimento o la risoluzione del contratto¹⁸⁸.

Ciò precisato, si vuole verificare se le parti possano manifestare l'esigenza di «destrutturare» la disciplina tipica di cui all'art. 1456 c.c. prevedendo una clausola risolutiva espressa il cui effetto risolutivo è collegato al mero fatto dell'inadempimento. Le riflessioni sull'ammissibilità di una simile clausola sollevano diverse problematiche ed inducono ad un confronto con la figura della condizione risolutiva di inadempimento. Si reputa, generalmente, che il legislatore¹⁸⁹ abbia voluto evitare l'effetto automatico della clausola risolutiva espressa con lo scopo di tutelare il creditore che, altrimenti, non

¹⁸⁴ V., *inter alia*, Cass., 12.10.2012, n. 17489, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 10, 1208: «In caso di azione di recesso ai sensi dell'art. 1385 c.c., non è necessaria la formale costituzione in mora del debitore, la quale è prescritta dalla legge per l'effetto preminente dell'attribuzione al debitore medesimo del rischio riguardante la sopravvenuta impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile, basandosi, viceversa, l'azione menzionata sulla sola obiettiva esistenza dell'inadempimento di non scarsa importanza delle parti».

¹⁸⁵ A meno che per automatismo non si intenda il fatto che la clausola consente di raggiungere l'obiettivo dello scioglimento del contratto prescindendo dall'intervento del giudice. Sul punto MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 200.

¹⁸⁶ In questo senso v., per tutti, BUSNELLI, voce «Clausola risolutiva», in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, 199.

¹⁸⁷ Utilizza l'espressione «automatismo relativo» GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, cit., 63.

¹⁸⁸ V., tra i più recenti, MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, cit., 85.

¹⁸⁹ V. la *Relazione del Guardasigilli al testo del Codice Civile*, cit., n. 661: «il creditore può quindi rinunciare all'effetto della clausola risolutiva espressa, non dichiarando di volersene valere».

potrebbe rinunciare all'effetto risolutivo a favore della conservazione del contratto¹⁹⁰. L'opzione risulta condivisibile, perché se al verificarsi di un inadempimento grave il creditore ha l'opportunità di scegliere tra l'adempimento e risoluzione (art. 1453, c. 1, c.c.), *a fortiori* l'opzione deve configurarsi quando si verifica l'inadempimento previsto nella clausola risolutiva espressa¹⁹¹.

Si riconosce poi al legislatore il merito di aver abbandonato ogni residuo legame della clausola risolutiva espressa con la condizione risolutiva¹⁹².

La clausola con cui le parti prevedono la risoluzione automatica del contratto al verificarsi di un determinato inadempimento, tuttavia, è frequente nella prassi contrattuale, interna e non.

Sotto il vigore dell'abrogata legislazione prevaleva la tesi per cui la risoluzione per effetto della stipulazione di una clausola risolutiva avvenisse automaticamente, con il verificarsi dell'inadempimento¹⁹³. Nel vigore del codice del 1942 e con il superamento dell'orientamento che negava la deducibilità in condizione dell'inadempimento contrattuale, l'effetto risolutivo automatico è stato perlopiù associato, invece, alla figura della condizione risolutiva di inadempimento¹⁹⁴. Prendendo atto della diffusione di clausole riconducibili a tale modello¹⁹⁵, una recente dottrina è giunta a concludere che la clausola risolutiva automatica deve qualificarsi come condizione risolutiva di inadempimento¹⁹⁶.

¹⁹⁰ V. MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 207: «La ragione per cui si è escluso l'effetto automatico della clausola consiste [...] nello scopo di dare all'interesse del creditore una più efficace tutela. Potrebbe infatti accadere che per un mutamento della situazione economica o per altri fatti non prevedibili al tempo della stipulazione il creditore, al tempo dell'inadempimento, non abbia più interesse alla risoluzione e trovi più conveniente avvalersi della risoluzione, anziché adempiere. Scartando il sistema dell'effetto risolutivo automatico si è impedito al debitore di avvalersi senz'altro della risoluzione e si è attribuito al creditore un potere di scelta».

¹⁹¹ In tal senso DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 308.

¹⁹² Ed infatti, nel codice civile vigente sarebbe proprio la figura del diritto potestativo a differenziare la clausola risolutiva espressa dalla condizione risolutiva. V. SMIRLODO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 111.

¹⁹³ V. SMIRLODO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 219.

¹⁹⁴ Sulla condizione risolutiva di inadempimento v., per tutti, AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996; sull'ammissibilità della clausola in giurisprudenza Cass., 12.7.2013, n. 17287, in *Dir. & Giust.*, 15.7.2013; Cass., 30.4.2012, n. 6634, in *Guida dir.*, 2012, 27, 54 (s.m.); Cass., 8.8.1990, n. 8051, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce «*Obbligazioni e contratti*», n. 256.

¹⁹⁵ In dottrina, si evidenzia come la condizione risolutiva di inadempimento sia diffusa soprattutto nell'ambito dei contratti ad efficacia reale, mentre la clausola risolutiva espressa governa, tendenzialmente, i contratti ad efficacia obbligatoria (v. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 252; PETRELLI, *Clausole condizionali e prassi notarile*, in *Notariato*, 2001, 274 ss.).

¹⁹⁶ V. BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*, cit., 336. *Contra* C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 347, secondo cui le parti possono stipulare una clausola che comporti la risoluzione del contratto senza l'onere di una preventiva comunicazione della parte interessata, a patto che il venir meno dell'onere di tale comunicazione risulti espressamente.

Una recente pronuncia giurisprudenziale¹⁹⁷, invece, ha espressamente riconosciuto l'autonomia della figura della clausola risolutiva automatica rispetto alla condizione risolutiva di inadempimento, ammettendo che le parti possano convenire che il contratto si risolva senza l'onere della preventiva comunicazione *ex art. 1456, c. 2, c.c.*, ma in tal caso «l'esclusione di siffatto onere deve risultare espressamente»¹⁹⁸.

Nel panorama del *common law* inglese, alcune *termination clauses* prevedono lo scioglimento automatico del contratto a fronte di un dato inadempimento di carattere rilevante¹⁹⁹. Tali clausole vengono reputate eccezionali rispetto al principio che generalmente richiede un'azione positiva per poter sciogliere il vincolo contrattuale²⁰⁰. La giurisprudenza, preoccupata delle implicazioni di simili pattuizioni²⁰¹, richiede dunque che l'automatismo risulti da una clausola formulata in modo chiaro ed inequivoco²⁰².

In Francia, già nei decenni successivi all'introduzione del *Code Napoléon*, si andarono a delineare due sottospecie di clausole risolutive, a seconda che si prevedesse la risoluzione previa costituzione in mora o «di pieno diritto». Le clausole della prima sottospecie²⁰³ subordinavano la risoluzione alla costituzione in mora del debitore, ossia ad un'intimazione attraverso la quale il creditore avvertiva espressamente il debitore

¹⁹⁷ CASS., 29.9.2015, n. 19230, in *Contratti*, 2016, 113 ss., con nota di PUTIGNANO, *Clausola risolutiva espressa e risoluzione del contratto di locazione immobiliare*. V. i seguenti passaggi: «[I]e parti possono invero anche convenire che il contratto si risolva senza l'onere della preventiva comunicazione della dichiarazione richiesta dall'art. 1456 c.c., comma 2 (c.d. clausola risolutiva automatica), ma in tal caso l'esclusione di siffatto onere deve risultare espressamente» ed ancora «non risultando in base ad elemento alcuno che nella specie le parti abbiano inteso stipulare una clausola risolutiva automatica, decisivo rilievo viene allora ad assumere la circostanza che la ricorrente non ha in effetti provato (e in realtà nemmeno allegato) di avere assolto l'onere, su di essa incombente, di comunicare al debitore inadempiente la comunicazione *ex art. 1456 c.c., comma 2*, di volersi avvalere della risoluzione».

¹⁹⁸ Così, testualmente, Cass., 29.9.2015, n. 19230, cit.

¹⁹⁹ V. ANDREWS-CLARKE-TETTENBORN-VIRGO, *Contractual duties: performance, breach, termination and remedies*, cit., 367; CARTER, *Termination clauses*, in *Journal of Contract Law*, 1990, 90 ss.: «*First, the clause may provide for an automatic termination [...]*»

²⁰⁰ V. PEEL-TREITEL, *The law of contract*, 2010, 852: «*A breach which justifies termination (sometimes referred to as a "repudiatory breach" does not automatically determine the contract. It only gives the injured party the option either to terminate the contract or to affirm it to claim further performance)*».

²⁰¹ La parte fedele al contratto rinuncia, infatti, al diritto di propendere per l'affermazione del contratto; conseguentemente, il debitore potrebbe approfittare della propria situazione di inadempimento.

²⁰² V. *Cheall v Association of Professional, Executive and Computer Staff* [1983] 2 AC 180 (HL); *More OG Romsdal Fylkesbatar AS v Demise Charterers of the Ship "Jotunheim"* [2004] EWHC 671 (Comm), [2005] 1 Lloyd's Rep 181, para 30. In quest'ultimo caso, la clausola 32 del contratto era così strutturata: «*It is hereby agreed between seller and buyers that in case of buyers' default for non-payment of hire monies due to owner or non-performance of any of the agreed terms within the realm of this agreement the vessel will return back to the sellers free of all expense incurred*». A fronte dell'inadempimento era quindi prevista la restituzione dell'imbarcazione, senza necessità di un preavviso o concessione di un termine di grazia da parte del proprietario.

²⁰³ Per un quadro attuale delle clausole di *résolution de plein droit avec mise en demeure* v. STORCK, op. cit., 12 s.

che, in caso di mancata esecuzione, si sarebbe avvalso della clausola risolutiva²⁰⁴. Si prevedeva, poi, che l'evento risolutivo si producesse con l'inutile decorso del termine indicato con l'intimazione. Nelle clausole della seconda sottospecie, invece, la risoluzione si attuava per effetto del mero fatto dell'inadempimento, prevedendo che il contratto potesse sciogliersi *automatiquement*²⁰⁵.

La nuova formulazione dell'art. 1225 del *code civil*, dedicato alla *clause résolutoire*, afferma espressamente: «*La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution*». A fronte dell'ambiguità di una simile formulazione, si ritiene che il creditore debba comunque dichiarare di voler risolvere il contratto, salvo che le parti abbiano espressamente prescelto, attraverso una manifestazione di volontà chiara ed inequivoca²⁰⁶, una forma di scioglimento del rapporto contrattuale così radicale²⁰⁷.

Il diritto di opzione tra azione di adempimento e risoluzione del contratto non potrebbe, infatti, considerarsi espressione di un principio di ordine pubblico e pertanto il creditore potrebbe rinunciare ad una simile opzione sia al momento della conclusione del contratto, che successivamente²⁰⁸. Da tale angolo prospettico, la clausola risolutiva automatica solleva la delicata questione dell'ammissibilità di limiti convenzionali all'esercizio dell'azione di adempimento, che verrà approfondita nel prosieguo della trattazione²⁰⁹.

²⁰⁴ Richiede che nella messa in mora sia contenuto tale specifico avvertimento Cass., 3re civ., 1re juin 2011, in *JCP E* 2012, n° 2, 1027, con nota di J.-B. SEUBE.

²⁰⁵ V. PAULIN, *La clause résolutoire*, cit., 12; STORCK, op. cit., alle p. 14 s., dedicate alla *résolution de plein droit sans mise en demeure*. Nella dottrina italiana SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 117.

²⁰⁶ In questo senso si è espressa Cass., 1re civ., 21.3.1995, n° 93-12.177.

²⁰⁷ V. DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, cit., 500: «*Alors que si le prenom «celle-ci» désigne la résolution, la clause prévoyant la résolution «de plein droit» risque d'être interprétée comme entraînant une résolution automatique, jouant sans manifestation de volonté du créancier, donc sans choix, ce qui en définitive n'est opportun pour aucune des parties (sauf à ce qu'elles aient convenu sans ambiguïté d'une destruction du contrat de manière aussi radicale)*». Anche dottrina e giurisprudenza sviluppatasi nel contesto antecedente alla riforma si erano espresse nel senso della validità di una clausola siffatta.

²⁰⁸ V. STORCK, op. cit., 18.

²⁰⁹ Guardando alla clausola risolutiva automatica come *species* di clausola con cui si esclude la possibilità di optare per l'adempimento, non può che propendersi per la validità anche di altre pattuizioni con cui i contraenti escludano la possibilità dell'adempimento coattivo. Clausole siffatte non contrastano con alcuna norma imperativa e trovano, anzi, specifici riscontri in alcune previsioni normative: si pensi al contratto preliminare del quale venga esclusa pattiziamente l'esecuzione in forma specifica (art. 2932, c. 1): «*Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso*». Della questione accenna AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 26: «*Attenzione di gran lunga inferiore è stata dedicata all'ammissibilità dell'ipotesi [...] di una deroga al sistema dei rimedi sinallagmatici, volta ad escludere non la risoluzione del contratto, ma la possibilità dell'adempimento coattivo: in altri termini, della legittimità del patto con cui le parti prevedano, quali uniche forme di tutela azionabili in caso di inattuazione dello scambio, la risoluzione e l'eventuale*

Appurata la diffusione di una simile clausola, quali sono le esigenze che le parti perseguono mediante il suo inserimento nel testo contrattuale? A parere di chi scrive, l'automaticità degli effetti risolutivi potrebbe rivestire una duplice *ratio*: da un lato, quella di tutelare in modo particolarmente energico l'interesse del creditore, che a fronte di un inadempimento di carattere definitivo consegue la risoluzione del contratto prescindendo da una preventiva manifestazione di volontà; dall'altro, la clausola eliminerebbe ogni incertezza in ordine alla sorte del contratto, rafforzando quindi la posizione del debitore.

Il principale inconveniente di siffatta pattuizione, invece, si realizza quando l'effetto automatico della risoluzione non risulta più conforme all'interesse del creditore, nel momento in cui si realizza l'inadempimento. Com'è noto, tale problema è parzialmente risolto, nell'ambito della fattispecie del termine essenziale – che, parimenti, si caratterizza per un effetto risolutivo automatico – dalla previsione di un termine entro il quale la parte può esprimere la propria volontà di ottenere la prestazione.

Nulla osta, allora, a che le parti concludano una clausola risolutiva a cui si applichi la disciplina del termine essenziale: il contratto si risolverebbe automaticamente, a meno che il creditore rinunci all'effetto risolutorio entro pochi giorni dal verificarsi dell'inadempimento.

Devono infine essere dedicati alcuni cenni all'istituto della condizione risolutiva di inadempimento, che al pari della clausola risolutiva automatica si caratterizza per l'automaticità dell'effetto risolutorio²¹⁰. A fronte di una clausola con cui le parti prevedono la risoluzione automatica del contratto, si pone dunque la questione di stabilire quando si sia al cospetto di una condizione risolutiva di inadempimento e quando di una clausola risolutiva²¹¹.

In tale contesto, si deve ritenere che rilievo dirimente assumano gli obiettivi che le parti contraenti si prefiggevano al momento della conclusione del contratto.

Uno dei motivi per cui i contraenti decidono di dedurre l'inadempimento ad oggetto di una condizione risolutiva consiste nel fatto che la condizione opera retroattivamente

risarcimento del danno». Sull'esclusione dell'azione di esatto adempimento cfr. altresì DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 47 s.: «Innanzitutto, dei tre rimedi previsti esplicitamente a tutela del contraente fedele in caso di inadempimento, due dei medesimi, l'azione di adempimento e l'azione di risarcimento, possono essere oggetto di valido patto di esclusione».

²¹⁰ Nelle ricostruzioni dottrinali, l'automaticità dell'effetto risolutorio è uno degli elementi che consente di distinguere la clausola risolutiva espressa dalla condizione risolutiva di inadempimento: v. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 316; NOCERA, *Clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 242, 246.

²¹¹ Ha ad oggetto una simile questione interpretativa, Cass., 31.8.2009, n. 18920, cit.

anche rispetto ai terzi, diversamente dal principio stabilito all'art. 1458 c.c.²¹² Occorrerà stabilire, pertanto, se attraverso la stipulazione della clausola si volesse garantire, al contraente non inadempiente, la possibilità di recuperare la prestazione eseguita anche nei confronti degli aventi causa del contraente inadempiente, oppure se l'automatismo fosse finalizzato unicamente ad una velocizzazione del meccanismo risolutivo.

Non può quindi assumere primario rilievo, quale elemento dirimente per l'interpretazione della clausola, il fatto che si consenta di prescindere dalla dichiarazione *ex art. 1456, c. 2°, c.c.*²¹³: le parti potrebbero infatti prevedere l'automaticità del rimedio risolutorio senza voler alterare né la disciplina degli effetti della risoluzione, né quella del risarcimento del danno²¹⁴.

3.4 Conclusioni del cap. III

Il modello tipico della clausola risolutiva espressa consente di conformare convenzionalmente il rimedio risolutivo; in particolare, la fattispecie *ex art. 1456 c.c.* permette di limitare la discrezionalità del giudice nella fase di controllo successivo ed eventuale, rendendo gli esiti del ricorso al rimedio risolutorio più *certi*.

Il quadro descritto risulta particolarmente articolato perché le funzioni che le parti intendono perseguire attraverso la stipulazione di un accordo preventivo sono molteplici e i patti diffusi nella prassi contrattuale non si identificano necessariamente con il modello tipico *ex art. 1456 c.c.*

²¹² In base all'art. 1458 c.c. «[l]a risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione». Al riguardo, interessante è la ricostruzione di SACCO, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., 140 s., secondo cui la condizione di inadempimento sarebbe sì ammissibile, ma con effetti che non sarebbero opponibili ai terzi.

²¹³ In questo senso, invece, Cass., 31.8.2009, n. 18920, secondo cui: «A differenza della condizione risolutiva, perché si possa produrre la risoluzione la clausola risolutiva espressa richiede oltre all'inadempimento della specifica obbligazione dedotta, anche la dichiarazione di volersi avvalere della risoluzione per l'avveramento delle circostanze indicate, in quanto essa costituisce una forma di autotutela privata ammessa dalla legge e consente alle parti di prevedere che, in caso di inadempimento, la parte creditrice abbia il potere (diritto potestativo) di risolvere immediatamente – senza ricorrere al giudice – il contratto e, quindi, di liberarsi dalla prestazione dell'obbligazione».

²¹⁴ A fronte della stipulazione di una condizione risolutiva di inadempimento non sembra che il danno derivante dall'inadempimento possa essere risarcito, perché l'avveramento della condizione elimina retroattivamente il rapporto contrattuale. V., *amplius*, DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 319.

Si sono illustrate, in particolare, alcune fattispecie di clausole che pongono problemi di ammissibilità sia nel panorama italiano, sia in quello comparato, per la loro tendenza ad «indebolire» il vincolo contrattuale²¹⁵.

Muovendo dal modello tipico della clausola risolutiva espressa, si ritiene che lo strumento risolutivo non possa comunque consentire uno scioglimento del contratto per inadempimenti lievissimi o trascurabili.

Di recente, il risultato è stato garantito prospettando la rilevanza della buona fede oggettiva nell'ambito del meccanismo operativo *ex art. 1456 c.c.*, seguendo i risultati a cui da decenni perviene giurisprudenza della *Cour de Cassation*. La discrezionalità del giudice, infatti, è sempre stata valorizzata nell'ordinamento francese, ove a fronte dell'ampia diffusione di *clauses résolutoires* il principio di buona fede è stato ampiamente impiegato, dalla giurisprudenza, per paralizzarne l'efficacia²¹⁶.

Tuttavia, si sono evidenziati i rischi che l'ingresso del giudizio secondo buona fede comporta e si è proposta una soluzione del problema in armonia con la valorizzazione del parametro della non scarsa importanza dell'inadempimento.

A prescindere dal percorso argomentativo seguito, si deve ritenere che il problema debba essere risolto non ammettendo deroghe al principio della non scarsa importanza che consentano lo scioglimento per inadempimenti lievissimi o trascurabili. L'esito parrebbe confermato da quanto accade nel *common law* inglese, che vede con maggiore sospetto l'applicazione di clausole generali per la possibile vaghezza del concreto utilizzo giurisprudenziale, ma che tende a raggiungere il medesimo risultato riconoscendo un ampio margine di discrezionalità al giudice in sede di interpretazione della clausola²¹⁷.

Un ampliamento del rimedio risolutorio si realizza, poi, attraverso clausole generiche che non si limitano a ridurre, bensì ad elidere la discrezionalità del giudice consentendo che qualsiasi inadempimento determinerà la risoluzione del contratto.

²¹⁵ Come viene sottolineato sia dalla dottrina francese (v. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, cit., 339, che parla di «*fragilisation de la convention contractuelle*») e dalla dottrina inglese che parla di «*extension of available remedies*».

²¹⁶ Alcuni spunti critici rispetto a tale orientamento giurisprudenziale si ritrovano in LAITHIER, *The French Law of Remedies for Breach of Contract*, in *Comparative Remedies for Breach of Contract*, a cura di Cohen e McKendrick, Oxford and Portland, 2005, 119 s., secondo cui ammettere un simile sindacato, senza definirne adeguatamente i confini, equivarrebbe a rendere «onnipresente» il giudice che, grazie all'impiego della clausola di buona fede «*farebbe entrare dalla finestra ciò che le parti, attraverso la stipulazione di una clause résolutoire, avevano fatto uscire dalla porta*» (traduzione dal testo).

²¹⁷ *Amplius*, sul tema, F. VIGLIONE, *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, Torino, 2011, spec. 129 ss.

Consolidato è l'orientamento in base al quale una clausola strutturata in modo generico deve considerarsi alla stregua di «clausola di stile», nulla aggiungendo alle norme generali di cui agli artt. 1453 e 1455 c.c. Con riferimento a tale problema, si è appunto proposto di abbandonare la qualifica in termini di «clausole di stile». Esse, in effetti, potrebbero corrispondere ad un'effettiva volontà delle parti e la loro inefficacia deriverebbe, dunque, dalla difformità rispetto al modello tipico *ex art.* 1456 c.c.

Ciò testimonia, a parere di chi scrive, un'avversità degli ordinamenti giuridici a consentire deroghe alla risoluzione che amplino eccessivamente la portata del rimedio e la tendenza a voler lasciare un opportuno margine di discrezionalità al giudicante in sede di controllo eventuale e successivo, quando la risoluzione di diritto venga contestata.

Tale atteggiamento di ostilità, manifestandosi attraverso l'esito dell'inefficacia fondato su diverse argomentazioni giuridiche, parrebbe celare una sostanziale *derogabilità relativa* dell'art. 1455 c.c.

Si è espresso maggiore favore, invece, nei confronti di altre tipologie di clausole che determinano un ampliamento del rimedio risolutorio: il riferimento è sia a quelle clausole che consentono di derogare al presupposto dell'imputabilità, sia a quelle che tendono ad agevolare il meccanismo operativo consentendo una risoluzione «immediata» o «automatica», a condizione che la volontà delle parti sia espressa in modo chiaro e non equivoco.

L'indagine sinora condotta impone dunque di adottare un atteggiamento diversificato rispetto alle molteplici ipotesi di deroghe convenzionali al regime della risoluzione per inadempimento.

Il tema dei limiti alla derogabilità delle norme *ex art.* 1453 ss. deve dunque essere affrontato con maggiore sistematicità. Tale obiettivo potrà essere perseguito analizzando con maggiore attenzione le clausole diffuse nella prassi negoziale, soprattutto relative ai contratti commerciali che si caratterizzano, come noto, per un ampio ricorso all'autonomia privata (**cap. IV**).

Capitolo IV

CONTENUTI E FUNZIONI «ULTERIORI» DELL'ACCORDO PREVENTIVO: UN'ANALISI DELLA PRASSI NEGOZIALE

SOMMARIO: 4.1 Ulteriori esigenze di conformazione convenzionale nel quadro sovranazionale e comparato. - 4.2 Contratti internazionali e clausole sulla risoluzione per inadempimento del contratto. - 4.3 Circolazione di *boilerplate clauses* nei singoli sistemi giuridici. Alcuni profili problematici. - 4.4 Le «clausole aliene» tipiche dei contratti di finanziamento bancario: spunti in merito alle possibili direzioni dell'autonomia privata. - 4.5 Clausole che ampliano la portata del rimedio risolutivo. Criticità e coordinamento con le clausole di recesso discrezionale. - 4.6 Clausole che, viceversa, tendono alla «stabilizzazione» del contratto. - 4.7 (Segue) *Limited remedy clauses*. - 4.8 (Segue) *Sole remedy clauses*. - 4.9 - Conclusioni del cap. IV: quali limiti alla derogabilità delle norme in tema di risoluzione per inadempimento?

4.1 Ulteriori esigenze di conformazione convenzionale nel quadro sovranazionale e comparato.

Rilevante funzione dell'autonomia privata nel contesto della risoluzione è quella di vincolare il giudice in relazione alla valutazione sulla non scarsa importanza dell'inadempimento. Tale scopo può essere perseguito dalle parti attraverso l'apposizione di una clausola *ex art. 1456 c.c.*¹, che consente di attribuire rilievo risolutorio ad inadempimenti anche «lievi», purché riferiti ad una o più obbligazioni specifiche derivanti da contratto².

Sicché, la clausola risolutiva espressa concede alle parti contraenti l'opportunità di *ampliare* la portata della risoluzione e, conseguentemente, di incidere sui margini di operatività del rimedio risolutorio.

Ponendosi nella direzione di agevolare lo scioglimento del rapporto contrattuale, l'art. 1456 c.c. rappresenta dunque un rilevante indice per poter far ritenere che le parti possano apportare modifiche convenzionali al rimedio risolutorio.

Più controverso, invece, è affermare che un simile effetto discenda dall'applicazione dell'art. 1457 c.c. relativo alla fattispecie termine essenziale, posto che per alcuni

¹ Sulle funzioni del patto *ex art. 1456 c.c. v.*, da ultimo, BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*, cit., 294: «Il patto risolutivo espresso si comporrebbe così di due distinti accordi: il primo, interpretativo della regola dell'art. 1455 cod. civ., rispetto ad uno specifico inadempimento dedotto in contratto (comma 1° dell'art. 1456 cod. civ.), ed un secondo attributivo della facoltà di risolvere automaticamente il negozio per mezzo della dichiarazione (comma 2° dell'art. 1456 cod. civ.) resa dalla parte fedele al contratto al soggetto inadempiente».

² In questi termini si esprime AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 28.

interpreti le conseguenze correlate a tale modo di risoluzione (scioglimento automatico del contratto e possibilità di prescindere dal presupposto della non scarsa importanza) non potrebbero derivare dal mero esercizio dell'autonomia privata, dovendo l'essenzialità del termine ricavarsi solamente da elementi di natura oggettiva³.

La trattazione condotta nel capitolo precedente ha delineato, poi, alcune possibili tendenze alla conformazione convenzionale non coincidenti con il patto *ex art.* 1456 c.c. In particolare, si è prospettato che le parti possano intervenire, in via preventiva, agendo sul presupposto dell'imputabilità⁴; inoltre, le riflessioni si sono soffermate su clausole tipiche e atipiche che, pur divergendo dal modello tipico *ex art.* 1456 c.c., consentono la risoluzione immediata del contratto prescindendo dall'obbligo di assegnare, all'altro contraente, un termine supplementare⁵.

Tuttavia, il quadro sinora delineato e la scarsità di pronunce giurisprudenziali denotano come, al di fuori della fattispecie tipica *ex art.* 1456 c.c., il ruolo attribuito all'autonomia privata nel contesto della risoluzione per inadempimento sia tendenzialmente residuale. Diverso appare, invece, il panorama tracciato dai principi internazionali, le cui soluzioni sono in larga misura ispirate ai sistemi di *common law*, ed in particolare alle disposizioni contenute nello *Uniform Commercial Code* statunitense⁶.

Con riferimento all'art. 7.3.1 dei PICC (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*)⁷, disciplinante la risoluzione come forma di reazione ad un inadempimento essenziale, si trova la netta affermazione⁸ secondo la quale il diritto di

³ In tal senso DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 332, il quale reputa che il termine essenziale propriamente detto sia quello oggettivo mentre alla «variante soggettiva» si applicherebbe la disciplina della clausola risolutiva. *Contra* C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, V, cit., 349 s. Sulla questione v. anche IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, cit., 277 ss.

⁴ V., *inter alia*, SACCO in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 522; MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, cit., 41.

⁵ Cfr. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 19 ss.

⁶ Con riferimento all'art. 2 dello *Uniform Commercial Code*, dedicato alla disciplina della vendita commerciale (*Sales*), si afferma espressamente che «*remedy provisions are largely supplementary in nature: the parties are free to strike their own bargain, altering or even eliminating the operation of the Code's rules*». Le parole sono di EDDY, *On the Essential Purposes of Limited Remedies: The Metaphysics of UCC Section 2-719(2)*, 65 *California Law Review* 28, 1977, 28 s.

⁷ I principi UNIDROIT costituiscono una sorta di «*restatement*» del diritto dei contratti internazionali formulato sulla base dello studio della prassi degli affari e delle principali legislazioni nazionali e costituirebbero la prova dell'esistenza di principi normativi in materia di contratti nei quali i più diversi ordinamenti si possono riconoscere. Le parti potrebbero decidere di fare espresso riferimento ai principi UNIDROIT nel testo contrattuale, rendendolo alla stregua di diritto applicabile al loro contratto. Inoltre, i principi UNIDROIT possono assumere rilievo nell'ambito dell'interpretazione e integrazione del diritto nazionale applicabile. Ampiamente, sul tema, GALGANO-MARRELLA, *Diritti e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2010, 59 ss.

⁸ V. VOGENAUER (Edited by), *Commentary on the UNIDROIT Principles*, 2015, 922: «*The right to terminate the contract under Art 7.3.1 is subject to the principle of party autonomy. Contractual clauses on the right to terminate therefore take precedence over Art. 7.3.1 or modify the provision insofar as they deviate from it. Where the contract provides that one party is entitled to terminate the contract if the*

risoluzione «*is subject to the principle of party autonomy. Contractual clauses on the right to terminate therefore take precedence over Art. 7.3.1 or modify the provision insofar as they deviate from it*».

Le disposizioni sulla risoluzione per inadempimento contenute nei PICC avrebbero dunque natura meramente suppletiva: le parti potrebbero cioè prevedere accordi modificativi che prevarrebbero rispetto alla menzionata disciplina della risoluzione⁹.

Con riferimento ai progetti di codificazione europea, particolarmente rilevante è poi la disciplina dei PECL (*Principles of European Contract Law*) che, all'art. 8:109, prevedono che «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»¹⁰.

Panorama sostanzialmente analogo può riscontrarsi nel *common law* inglese, che pacificamente ammette *contractual restrictions* alla disciplina della risoluzione¹¹. Queste ultime possono essere di natura parziale¹² o totale, come avviene per le clausole di *non-rejection* diffuse in contratti di compravendita commerciale, che impediscono al compratore di agire per la risoluzione del contratto a fronte della consegna, da parte del venditore, di beni viziati¹³.

Ciò premesso, l'indagine vuole ora soffermarsi sulle concrete esigenze di conformazione convenzionale che sorgono nella cosiddetta «*day-to-day business life*», concentrandosi su quei contratti che risultano influenzati dal commercio internazionale

other party commits a fundamental breach, Art. 7.3.1 may be used as means to interpret the fundamental breach concept in the contract clause if or insofar as the generally applicable law does not provide guidance in that regard». Tale affermazione, relativa alle norme dei PICC in tema di risoluzione, conferma l'affermazione secondo la quale la disciplina dettata dai principi sovranazionali è quasi integralmente dispositiva. V., sul punto, G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010, 8 ss.

⁹ Disposizione che, per struttura, diverge radicalmente dagli artt. 1453 e 1455 c.c., che prevedono quali presupposti della risoluzione l'inadempimento e la non scarsa importanza di esso; l'art. 7.3.1, invece, funge da guida per stabilire quando un inadempimento presenti carattere *fundamental* (essenziale), con un'elencazione piuttosto dettagliata di circostanze che devono essere tenute in considerazione. Al contrario, nessun ruolo ha il legislatore italiano nel guidare l'interprete circa la natura importante o meno dell'inadempimento: i cenni sono scarni, tant'è che la lettera della legge prevede unicamente che venga in rilievo l'«interesse dell'altra parte». Anche la giurisprudenza si limita a formule sostanzialmente apodittiche, richiedendo che la non scarsa importanza venga accertata non soltanto «in relazione all'entità oggettiva dell'inadempimento», ma anche «con riguardo all'interesse che l'altra parte intende realizzare».

¹⁰ Con riferimento, invece, al DCFR (*Draft Common Frame of Reference*), nulla si prevede in merito ad eventuali accordi modificativi della normativa in tema di risoluzione, anche se si deve ritenere che la disciplina dei rimedi sia interamente derogabile, stante l'applicabilità della regola generale di cui al libro II. – 1:102: *Party autonomy* (2): «*Parties may exclude the application of any of the following rules relating to contracts or other judicial acts, or the rights and obligations arising from them, or derogating from or vary their effects, except as otherwise provided*».

¹¹ Per una panoramica degli accordi modificativi della risoluzione nel diritto inglese v. STANNARD-CAPPER, *Termination for breach of contract*, cit., 108 ss.

¹² Con riferimento alle deroghe «parziali» v. STANNARD-CAPPER, *Termination for breach of contract*, cit., 108: «*The right is cut down in some way, for instance by making it subject to certain conditions, such as the duty to warn the party in default, or setting a time limit for its exercise*».

¹³ Come la clausola oggetto del caso *Robert A Munro & Co Ltd v Meyer* [1930] 2 KB 312 (Wright J).

e che sono conclusi tra imprenditori¹⁴, ossia soggetti caratterizzati da pari forza contrattuale.

La scelta si giustifica perché la contrattazione tra imprese è campo privilegiato per l'utilizzo di modelli ispirati al *common law* e, conseguentemente, si caratterizza per un rilevante impiego dell'autonomia privata¹⁵.

Diversamente, la disciplina dei contratti dei consumatori è inderogabile ed eventuali pattuizioni in deroga al regime della risoluzione per inadempimento, ove determinino un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto¹⁶, sarebbero colpite da nullità¹⁷.

4.2 Contratti internazionali e clausole sulla risoluzione per inadempimento del contratto.

I contratti che regolano rapporti commerciali internazionali (cosiddetti «contratti internazionali»¹⁸) si ispirano fortemente alla contrattualistica propria del *common law*, ove il contratto è ad auto-integrazione (*self-regulatory*)¹⁹, ossia volto a disciplinare minuziosamente ogni aspetto dell'operazione.

Essi aspirano, dunque, all'autosufficienza²⁰, nel senso di voler escludere l'interferenza di qualsiasi elemento estraneo al contratto, con lo scopo di evitare fenomeni di

¹⁴ V., con riguardo alla categoria della contrattazione tra imprese, G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., 9.

¹⁵ Sul rapporto tra autonomia privata e contrattazione tra imprese v. S. M. CARBONE, *I Principi UNIDROIT quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2012, 47 ss.

¹⁶ Nell'ordinamento francese, riguardo al rischio che le deroghe convenzionali al rimedio della risoluzione siano abusive, LAITHIER, *Étude comparative*, cit., 339.

¹⁷ Sul punto, molto chiaramente, SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 393, il quale, con riferimento alla clausola di irresolubilità, si esprime nel modo seguente: «Il campo d'indagine va tuttavia subito limitato ai contratti in cui non sia parte un consumatore giacché l'art. 33, comma 2, lett. b) del codice del consumo considera vessatoria la clausola che limiti od escluda "le azioni" del consumatore per l'inadempimento del professionista, essendo la nullità insanabile (art. 36, comma 3, lettera b))»; v. anche DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, 2015, 11; PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for an European Law*, a cura di Vettori, Padova, 2008, 187; ID., *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di Alpa e Zatti, Milano, 2003, 229 ss.

¹⁸ Sulla definizione di contratto internazionale non vi è univocità in dottrina. V., per tutti, R. DE NOVA, *Quando un contratto è «internazionale»?», in Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, 665 ss.

¹⁹ Il contratto di *civil law*, invece, può essere definito ad *etero-integrazione*, in quanto, qualora le parti non si siano espresse su un certo punto, o qualora sorga un dubbio o conflitto, si fa ricorso alle norme del codice civile che disciplinano quel determinato tipo di contratto. V., sul punto, GALGANO-MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., 107 ss.

²⁰ Sul tema, ampiamente, CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Edited by CORDERO-MOSS, Cambridge, 2011, 48: «Many contracts attempt to achieve harmonization by inserting clauses aimed at rendering the contract self-sufficient, with the precise purpose of excluding interference by external elements, including the applicable law». Nella dottrina italiana cfr., di recente, FOGLIA, *Il contratto autoregolato*, cit., 21, spec. nt. 54: «[...]

«eteronomia»²¹. Inoltre, le parti contraenti tendono a disciplinare convenzionalmente i loro rapporti al fine di ridurre il rischio di mettere a repentaglio affari e scambi commerciali di grande valore economico.

Tali finalità si riflettono sulle tecniche di redazione del contratto: i testi sono voluminosi, dettagliati e generalmente affidati a clausole predisposte²² (*boilerplate clauses*²³) o comunque formulate secondo un gergo commerciale ricorrente.

I modelli contrattuali diffusi nei vari Paesi europei sono fortemente influenzati dallo schema descritto; conseguentemente, anche nel nostro ordinamento si trovano contratti che, pur avendo come diritto applicabile quello italiano, sono pensati e redatti sulla base di modelli di *common law* (i cosiddetti «contratti alieni», secondo un'efficace espressione coniata da Giorgio De Nova)²⁴.

Ebbene, la circolazione di clausole siffatte pone diverse problematiche, risultando difficile conciliare la particolare struttura di un contratto con i principi che caratterizzano il singolo ordinamento che viene in rilievo²⁵. Nel caso in cui le «clausole

l'aspirazione delle parti è quella di costruire un contratto: i) all'interno del quale sono disciplinati tutti i profili della relazione commerciale ("completo"); ii) privo di lacune che possano essere colmate o integrate facendo riferimento alle clausole del contratto stesso ("autosufficiente"); iii) il cui contenuto sia il più possibile chiaro ed univoco».

²¹ Il termine è utilizzato da LANDINI, *La riassicurazione nella teoria e prassi dei contratti del commercio internazionale*, in *Dir. comm. intern.*, 2015, 1005. L'A. rileva come nei contratti internazionali siano concessi maggiori spazi all'autonomia privata rispetto ai contratti che vedono parti di uguale nazionalità, per «evitare riferimenti concettuali e normativi propri di uno specifico ordinamento statale e, dall'altro, adottare soluzioni *widely accepted by national legal systems and by practice of International tribunals*».

²² Anche nei contratti internazionali «non standardizzati» (detti *tailor-made*, cioè costruiti su misura, in ragione della complessità delle tematiche coinvolte) si possono ritrovare *boilerplate clauses*. V., ancora, GALGANO-MARRELLA, op. cit., 111.

²³ Per una descrizione delle clausole più diffuse nella prassi del commercio internazionale e dei problemi legati alla loro applicazione cfr. ALPA (a cura di), *Le clausole dei contratti del commercio internazionale, Seminario del 20 giugno 2014*, Milano, 2016; CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses*, cit., 49 ss., ove vengono menzionate, tra le altre, le clausole di *Entire agreement* (sul tema, ampiamente, FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Torino, 2015), *No waiver, No oral amendments, Severability, Conditions/fundamental terms, Sole remedy, Subject to contract*.

²⁴ G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., 48: «[...] circolano in Italia con sempre maggiore frequenza contratti che di recente ho provato a chiamare "contratti alieni", dove il termine "alieni" ha come calco "*alius*", e quindi "altro, straniero", ma anche "*alien*", e quindi "extraterrestre"». Sul tema v., altresì, G. IUDICA, *L'influenza della globalizzazione nel diritto italiano dei contratti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 143 ss.; ID., *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. e impr.*, 2008, 867 ss.; FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, cit., 52 ss., che parla di «contratti atipici, senza territorio né nazionalità, creati dagli "uffici legali delle multinazionali", scritti in inglese e concepiti nell'ottica della prassi contrattuale nordamericana».

²⁵ Il fenomeno è ampiamente indagato da CORDERO-MOSS, *Does the use of common law contract models give rise to a tacit choice of law or to a harmonized, transnational interpretation?*, in *Boilerplate clauses. International Commercial Contracts and the Applicable Law*, cit., 35: «*The circumstance that international contracts are drafted without taking into particular consideration the requirements and assumptions of any particular contract law may seem hard to reconcile with the necessity of interpreting and applying international contracts with a particular law*»; con riferimento al particolare contesto dello scioglimento del contratto v. DE LY, *Les clauses mettant fin aux contrat internationaux*, in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1997, 802 ss.

aliene» interferiscano con istituti disciplinati dall'ordinamento italiano, si rende necessario procedere ad una valutazione circa la loro compatibilità. Tale operazione è stata compiuta, recentemente, con riferimento alle *merger clauses*²⁶, *severability clauses*²⁷, clausole di *hardship*²⁸, di *take or pay*²⁹.

Minore attenzione è stata rivolta, invece, alle clausole disciplinanti il diritto di sciogliere il rapporto giuridico nascente dal contratto³⁰. Si vuole dunque verificare se tali tendenze all'«autoregolamentazione» possano riscontrarsi nell'ambito della risoluzione per inadempimento, saggiando se le parti di un contratto commerciale tendano a costruire, anche con riguardo a tale profilo, un contratto «chiuso» ed «autosufficiente».

In un volume curato da Giuditta Cordero Moss e dedicato alle clausole dei contratti internazionali, sono state analizzate alcune *boilerplate clauses* disciplinanti la risoluzione del contratto per inadempimento³¹. Il testo individua due differenti tipologie di clausole: i c.d. «*conditions/fundamental terms*», che tendono a consentire la risoluzione per «*minor breaches*» e le clausole di «*sole remedy*»³², volte a limitare il ricorso ai rimedi previsti dalla legge³³.

Le prime precisano quali sono le obbligazioni a cui le parti attribuiscono carattere di particolare importanza ed il cui inadempimento fa sorgere il diritto allo scioglimento del contratto³⁴, sulle quali si è soffermata la trattazione condotta nel capitolo precedente. Le seconde mirano invece ad escludere la possibilità di esperire determinati rimedi contro l'inadempimento contrattuale³⁵.

²⁶ V., recentemente, FOGLIA, *Il contratto autoregolato*, cit.

²⁷ *Inter alia*, LUCCHINI GUASTALLA, *Riflessioni sulla severability clause*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 735 ss.

²⁸ V. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in ALPA (a cura di), *Le clausole dei contratti del commercio internazionale*, cit., 30 ss.

²⁹ V. BRUTTI, *Take-or-pay clauses e destination clauses nei contratti di vendita internazionale del gas*, in ALPA (a cura di), *Le clausole dei contratti del commercio internazionale*, cit., 7 ss.

³⁰ Alcuni spunti si trovano in DE LY, *Les clauses mettant fin aux contrat internationaux*, in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, cit.

³¹ CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses*, cit., 25.

³² Cfr. CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses*, cit., 119.

³³ La contrapposizione è ben messa in rilievo da CESHIRE-FIFOOT & FURMSTON'S, *Law of contract*, Oxford, 2012, 691.

³⁴ Il testo della formula *standard* della clausola è riportato in CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses*, cit., 119: «*The obligations regulated in this Section are fundamental and any breach thereof shall amount to a fundamental breach of this contract*». Clausole analoghe sono quelle in cui viene previsto che «*[t]ime is of the essence*».

³⁵ Essa potrebbe essere contenuta in un contratto di compravendita: «*Liquidated damages paid in accordance with the foregoing provisions shall be the Buyer's sole remedy for any delay in delivery for which the Seller is responsible under this Agreement*»; oppure nell'ambito di un contratto di cessione di pacchetto azionario di maggioranza di una società: «*L'acquirente rinuncia a qualsiasi rimedio previsto dalla legge in tema di risoluzione e di annullamento e accetta il seguente impegno di indennizzo quale unico e idoneo strumento utilizzabile per soddisfare qualsiasi aspettativa e pretesa nascente da questo contratto*» (il testo di quest'ultima è tratto da SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 393).

L'autrice individua due nodi problematici derivanti dalla diffusione, nell'ambito di diversi sistemi giuridici, di simili clausole. Il primo è legato alla circostanza che gli ordinamenti di *common law*, a fronte di un inadempimento, tendono a privilegiare il rimedio del risarcimento del danno e a limitare l'opportunità di ottenere coattivamente l'esecuzione specifica³⁶, mentre quelli di *civil law* guardano con maggior favore all'adempimento in natura.

L'affermazione risulta particolarmente opportuna rispetto alla tradizione del diritto francese, che si caratterizza per una preferenza gerarchica del rimedio dell'adempimento coattivo rispetto a quello della risoluzione del contratto³⁷.

Giova ricordare che l'ordinamento giuridico italiano tende invece, almeno parzialmente, a discostarsi da tale impostazione³⁸.

³⁶ Nel diritto inglese l'esercizio della *specific performance* è previsto solo in casi eccezionali, quando il rimedio del risarcimento del danno non appare adeguato. Inoltre, la *specific performance* è un rimedio di *equity* e, pertanto, può essere concesso dalle Corti a loro discrezione, ma non costituisce un'azione sempre esperibile. V., sul punto, TREITEL, *Remedies for breach of contract*, cit., 63 ss.; MCKENDRICK, *Contract Law*, cit., 917 ss.: «*Specific performance is a remedy which orders the defendant to perform his obligations under the contract. It is an equitable remedy which is available in the discretion of the court. [...] Traditionally, specific performance has been perceived as a secondary remedy, only available where damages would be inadequate. This restrictive perception of the role of specific performance has come under challenge recently. An alternative perception of specific performance is that is available when it is the most appropriate remedy on the facts of the case*». Si esprime in senso favorevole all'adozione di un approccio più liberale nei confronti del rimedio della *specific performance* SCHWARTZ, *The case for specific performance*, 1979, 89 *Yale Law Journal*, 271: «*[...] the compensation goal implies that specific performance should be routinely available. This is because damage awards actually are undercompensatory in more cases than is commonly supposed; the fact of a specific performance request is itself good evidence that damages would be inadequate; and courts should delegate to promises the decision of which remedy best satisfies the compensation goal*». Per una descrizione della posizione del diritto inglese nei confronti del rimedio dell'esecuzione specifica v. anche CARTWRIGHT, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract and the Civil Lawyer*, Oxford, 2016, 275 ss., spec. 279.

³⁷ Si sofferma su tale profilo DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, spec. 317 ss.; nella dottrina francese, in una prospettiva critica rispetto a tale impostazione, LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, cit., 217 ss. In senso favorevole ad una preferenza gerarchica del rimedio dell'adempimento in natura v. GENICON, *Contre l'introduction du «cout manifestement déraisonnable» comme exception à l'exécution forcée en nature*, in *Droit et patrimoine*, 2014, n° 240, 63 ss., il quale ritiene che l'introduzione del limite del costo eccessivo si risolverebbe in una notevole riduzione dei diritti del creditore, reclamando la superiorità dell'adempimento in natura rispetto agli altri rimedi: «*[L]'exécution forcée n'est pas une sort de dispositif judiciaire naissant, par contingence, de l'inexécution, comme c'est le cas de la résolution ou des dommages-intérêts; ce n'est pas une mesure spécifique du juge méritant pour cela d'être contrôlée par lui, c'est le droit contractuel préexistant du créancier, la prestation elle-même que le débiteur s'est engagé à fournir, simplement «mis en force» au cours d'un procès*». L'A. osserva inoltre che «*les dommages-intérêts ne sont pas souvent une compensation satisfaisante et très rarement une compensation couvrant exactement le préjudice*».

³⁸ Sulle ragioni per cui nell'ordinamento italiano è più frequente il ricorso all'istituto della risoluzione rispetto all'azione di manutenzione v. D'AQUILA, *La ratio della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 836 ss.: «*[...] il ricorso assai più frequente all'istituto della risoluzione, rispetto all'azione di manutenzione, è certamente dovuto al fatto che i mezzi di coazione in grado di costringere il debitore ad eseguire la prestazione sono divenuti nel corso del tempo via via più deboli ed inefficaci, di guisa che spesso il creditore preferisce porre termine ad un rapporto dal quale ritiene di non poter trarre alcuna utilità, e la cui sopravvivenza costituisce per lui solo un incomodo ostacolo nella sua vita di relazione con gli altri soggetti di diritto*». Ritiene che l'essenza del rimedio sinallagmatico debba situarsi

In primis, l'art. 1453, comma 3° preclude al debitore di adempiere dopo che sia stata proposta domanda di risoluzione del contratto³⁹; inoltre, diversamente da quanto previsto nel *code civil* (anche nella formulazione di cui alla recente *Réforme*⁴⁰), non è data al giudice l'opportunità di concedere un termine supplementare per rimediare all'inadempimento.

Ciò considerato, poiché la *specific performance* potrebbe comportare costi ben più elevati rispetto a quelli derivanti dal mero risarcimento del danno⁴¹, una delle parti del contratto potrebbe avere interesse ad inserire, nel testo contrattuale, una clausola di *sole remedy* nella quale si precisa che l'unico rimedio disponibile nel caso di inadempimento del contratto è il risarcimento del danno.

La seconda problematicità deriva dalla tendenza, propria degli ordinamenti di *common law* (e conseguentemente, dei contratti che a tale modello si ispirano), di specificare all'interno del testo contrattuale tutti i rimedi che spettano alla parte fedele nell'ipotesi di inadempimento del contratto. A testimonianza di una simile inclinazione, talora le parti contraenti si preoccupano di precisare, all'interno del testo contrattuale, qualcosa che per il giurista di *civil law* apparirebbe superfluo, ovvero che i rimedi contro l'inadempimento non si limitano a quelli espressamente regolati nell'ambito del testo contrattuale⁴².

Diversamente, nel contesto italiano la materia della risoluzione del contratto per inadempimento risulta disciplinata dalle norme di cui agli artt. 1453 e ss. c.c. Ciò si è tradotto nella stesura di testi contrattuali che, sino a pochi decenni fa, concepivano l'esercizio dell'autonomia privata nel senso della mera regolazione del presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento.

Nella prospettiva descritta, invece, l'autonomia privata persegue scopi ulteriori rispetto a quelli tipici di una clausola *ex art. 1456 c.c.*: non solo ridurre la discrezionalità del

nell'azione di adempimento, piuttosto che nell'azione di risoluzione, DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, 2015, 4 ss.

³⁹ V. il testo dell'art. 1453, comma 3°, c.c.: «Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempimento non può più adempiere la propria obbligazione».

⁴⁰ Cfr. il testo dell'art. 1228 del Code: «*Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts*».

⁴¹ Lo rileva CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses*, cit., 25: «*Specific performance can be expensive with respect to payment of damages (i.e., needing to reorganize the production in order to achieve the order of performance). Payment of damages can be less expensive*».

⁴² Talora, nei testi contrattuali, si può ritrovare una clausola così formulata: «*The exercise of the right of a party to terminate the agreement, as provided herein, does not preclude the party from exercising other remedies that are available at law*».

giudice, ma creare una disciplina *ad hoc* che deroghi e prevalga rispetto a quella prevista dal codice civile.

4.3 Circolazione di *boilerplate clauses* nei singoli ordinamenti giuridici. Alcuni profili problematici.

(a) Nel common law inglese/nordamericano.

Anche nel diritto inglese, seppur in misura inferiore rispetto a quanto non accada nei sistemi di *civil law*, la circolazione di clausole standardizzate e diffuse nella prassi del commercio internazionale pone alcune problematiche di integrazione con il diritto vigente.

Con riferimento alle clausole con cui si precisa che un determinato inadempimento presenta carattere essenziale (*fundamental*)⁴³, una prima criticità è rappresentata dalla circostanza che il *common law* inglese non ha confidenza con la nozione di essenzialità distinguendo, invece, tra *conditions*, *warranties* ed *intermediate terms*⁴⁴.

Quest'ultima non si esaurisce in una questione meramente terminologica perché, in base alle regole di *common law*, occorre distinguere l'ipotesi in cui il diritto alla risoluzione trova il proprio fondamento in un *repudiatory breach* da quella in cui vi sia una *express termination clause*⁴⁵.

Solo nel primo caso si concede la possibilità di ottenere un ammontare tale da comprendere tanto la perdita subita, quanto il mancato guadagno⁴⁶, idoneo a riportare la parte nella situazione in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato adempiuto. Se il *right to terminate* sorge, invece, in forza di quanto previsto da una pattuizione

⁴³ Si consideri una clausola così formulata: «*The obligations regulated in this section are fundamental and any breach thereof shall amount to a fundamental breach of this contract*».

⁴⁴ Sul punto, cfr. le parole di ANDREWS-CLARKE-TOTTENBORN-VIRGO, *Contractual duties*, cit., 185: «*There are three types of promissory obligations: conditions; innominate (or "intermediate") terms, and warranties. There is non fourth category of "fundamental term"*». V. altresì *Chitty on contracts*, Volume I, General Principles, London, 2012, paragraph 24.041: «*the expression "fundamental breach" would seem to be no more than a restatement, in differing terminology, of the principle that a particular breach or breaches may be such as to go to the root of the contract and entitle the other party to treat such breach or breaches as a repudiation to the whole contract*».

⁴⁵ Sul punto, *amplius supra*, cap. III.

⁴⁶ Cfr. ANDREWS-CLARKE-TOTTENBORN-VIRGO, *Contractual duties*, cit., 175 ss.; *Chitty on contracts*, Volume I, General Principles, London, 2012, paragraph 22-049: «*where a contracting party terminates further performance of the contract pursuant to a term of the contract, and the breach which it has caused it to exercise that power is not a repudiatory breach, the party exercising the right to terminate may only be entitled to recover damages in respect of the loss which it has suffered at the date of termination and not for the loss of bargain damages*».

convenzionale, il risarcimento dei danni è limitato alla perdita subita, e non al «*loss of the remaining period of the contract*»⁴⁷.

La diffusione di clausole che qualificano come essenziale un determinato inadempimento può dunque determinare l'impossibilità, per la parte creditrice, di ottenere un «integrale» risarcimento del danno.

Come si è accennato, le parti potrebbero poi prevedere delle clausole con cui si determina in via convenzionale ed anticipata l'ammontare del risarcimento dei danni, escludendo, contestualmente, la rilevanza di altri rimedi (clausole c.d. di *sole remedy*, strutturate sul modello seguente: «*Liquidated damages paid in accordance with the foregoing provision shall be the Buyer's sole remedy for any delay in delivery for which the Seller is responsible under this Agreement*»⁴⁸).

La giurisprudenza inglese si è espressamente pronunciata nel senso della loro validità, affermando che «*It is, of course, open to parties to a contract to exclude by express agreement a remedy for its breach which would otherwise arise by operation of law [...]. But in construing such a contract one starts with the presumption that neither party intends to abandon any remedies for its breach arising by operation of law, and clear express words must be used in order to rebut this presumption*»⁴⁹.

In sostanza, le limitazioni ai rimedi contro l'inadempimento incontrano, quale unico limite, la chiarezza e non equivocità della clausola contrattuale; nel dubbio, si presume che le parti non abbiano voluto rinunciare anticipatamente ai rimedi generali previsti dal *common law*⁵⁰.

Non solo; deve essere dato atto della presenza di ulteriori elementi che potrebbero ostacolare la circolazione di *sole remedy clauses*.

In primis, la giurisprudenza ritiene che la clausola di rimedio esclusivo non possa operare quando l'inadempimento abbia carattere doloso⁵¹.

⁴⁷ Si esprime in tal senso *Lombard North Central v. Butterworth*, [1987] 1 All ER 267. Critica tale orientamento RANDALL, *Express termination clauses in contracts*, cit., il quale richiama una decisione della *Supreme Court of Canada* secondo la quale l'ammontare dei danni andrebbe liquidato a prescindere dalla natura *repudiatory* dell'inadempimento.

⁴⁸ La clausola si legge in CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses*, cit., 49 ss. e 119 ss.

⁴⁹ *Leading case* in materia è rappresentato da *Gilbert-Ash (Northern) Ltd v. Modern Engineering (Bristol) Ltd*. [1974] AC 689.

⁵⁰ Si giunge così ad affermare che «*[a]s a matter of the common law, with few exception, the parties are free to determine the availability and extent of remedies as they are to determine their primary obligations*». Così PEEL, *Boilerplate clauses under English law*, 154, in CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses*, cit.

⁵¹ V., in tal senso, *HIH Casualty & General Insurance v. Chase Manhattan Bank* [2003] UKHL 6, [2003] 2 Lloyd's Rep. 61.

Altra limitazione significativa è rappresentata dalla cosiddetta «*rule against penalty*». Presso le Corti di *common law* si suole infatti distinguere tra *liquidated damages clauses* e *penalty clauses*: mentre le clausole del primo tipo sono ammesse, quelle del secondo tipo risultano inefficaci⁵². Gli indici per distinguere le due tipologie di clausole sono numerosi⁵³, ma sostanzialmente riconducibili alla necessità di effettuare un confronto tra l'ammontare previsto nella clausola e il risarcimento del danno prevedibile al momento della stipulazione del contratto.

Ne consegue che, ove unico rimedio esperibile sia il risarcimento del danno, la clausola di *exclusive remedy* potrebbe ritenersi inammissibile perché contemplante una somma sproporzionata ed eccessiva se confrontata con la perdita che potrà ragionevolmente scaturire dall'inadempimento.

L'ammissibilità di clausole di rimedio esclusivo dipende anche dal coordinamento con alcune *statutory provisions*.

Al di là di quanto previsto dall'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation* del 1999, che prevede l'inefficacia di tali clausole quando esse siano contenute in un contratto concluso tra professionista e consumatore⁵⁴, deve rammentarsi che esse vengono considerate alla stregua di *exemption clauses*, soggette al controllo di cui all'*Unfair Contract Terms* del 1977⁵⁵. Pertanto, se una clausola di *sole remedy* è contenuta in un contratto concluso tra due imprenditori, ma non risulta essere stata oggetto di un'espressa negoziazione tra le parti, essa potrebbe venire disapplicata in sede giudiziale, nel caso in cui non riesca a superare uno vaglio positivo di ragionevolezza.

Altro interessante spunto proviene dalle disposizioni dello *Uniform Commercial Code* americano. L'impostazione ivi accolta è analoga a quella adottata dalla giurisprudenza inglese, ma la peculiarità è rappresentata dalla scelta di introdurre una disciplina positiva che regoli espressamente la problematica. Nella sezione seconda dedicata al

⁵² Sulla distinzione tra *penalty clauses* e *liquidated damages clauses* v. *Chitty on contracts*, cit., paragraph 26-171; nella dottrina italiana F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., 301 ss.

⁵³ Nella giurisprudenza, *inter alia*, *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v. New Garage & Motor Co. Ltd*, [1915] AC 79. Nella dottrina italiana v. F.P. PATTI, op. cit., 304 s.

⁵⁴ *Amplius* STANNARD-CAPPER, *Termination for breach of contract*, 112 ss.

⁵⁵ La sezione terza dell'*Unfair Contract Terms Act* del 1977 prevede infatti che: «(1) *This section applies as between contracting parties when one of them deals on the other's written standard terms of business. (2) As against that party, the other cannot by reference to any contract term (a) when himself in breach of contract, exclude or restrict any liability of his in respect of the breach; or (b) claim to be entitled (i) to render a contractual performance substantially different from that which was reasonably expected of him, or (ii) in respect of the whole or any part of his contractual obligation, to render no performance at all, except in so far as (in any of the cases mentioned above in this subsection) the contract term satisfies the requirement of reasonableness*».

contratto di vendita commerciale si prevede (§ 2-719, comma 1°) che le parti possano pattuire rimedi contro l'inadempimento ulteriori o sostitutivi rispetto allo stesso *code*, oltre a clausole di rimedio esclusivo⁵⁶.

A ben vedere, però, il comma successivo si preoccupa di temperare gli effetti di tali pattuizioni, prevedendo che «*where circumstances cause an exclusive or limited remedy to fail of its essential purpose, remedy may be had as provided in this Act*».

Nel caso in cui il rimedio esclusivo non risulti concretamente esperibile, la clausola sarebbe dunque disapplicata e la parte non inadempiente potrebbe tornare ad esperire i consueti rimedi previsti dallo *Uniform Commercial Code*.

(b) Nel panorama francese.

Nell'ordinamento francese, l'interesse della dottrina⁵⁷ ha tradizionalmente riguardato le clausole che mirano ad agevolare lo scioglimento del contratto (*in primis*, le *clauses résolutoires*⁵⁸), ma rilevanti indicazioni si trovano anche con riferimento a pattuizioni che tendono ad «irrigidire» il rapporto contrattuale.

Il riferimento è sia alle «tradizionali» clausole di irresolubilità⁵⁹, sia a clausole tipiche dell'esperienza di *common law* (ad esempio, quelle presenti in contratti di compravendita commerciale, che prevedono quale rimedio esclusivo la mera «riparazione o sostituzione del prodotto»⁶⁰).

⁵⁶ Così il testo del § 2-719, UCC, *Contractual Modification or Limitation of Remedy*: «1. Subject to the provisions of subsections (2) and (3) of this section and of the preceding section on liquidation and limitation of damages, (a) the agreement may provide for remedies in addition to or in substitution for those provided in this Article and may limit or alter the measure of damages recoverable under this Article, as by limiting the buyer's remedy to return of the goods and repayment of the price or to replay and replacement of non-conforming goods or parts; and (b) resort to a remedy as provided is optional unless the remedy is expressly agreed to be exclusive, in which case it is the sole remedy». Per alcuni commenti sulla disposizione v. MURTAGH, *UCC Section 2-719: Limited Remedies and Consequential Damage Exclusions*, 74 *Cornell Law Review* 359, 1989; EDDY, *On the Essential Purposes of Limited Remedies: The Metaphysics of UCC Section 2-719(2)*, 65 *California Law Review* 28, 1977.

⁵⁷ V., *inter alia*, LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, cit., 339 ss., il quale esordisce affermando che «L'article 1184 du Code civil (ora abrogato ad esito della recente *Réforme*, nda) est une disposition supplétive. Les parties et le juge peuvent s'en écarter».

⁵⁸ Oltre alle clausole risolutive, LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, cit., 339, considera le cosiddette «*clauses de résolution judiciaire*», ossia quelle clausole che non consentono di prescindere dalla pronuncia giudiziale, ma che limitano la discrezionalità del giudice fissando il livello di importanza non scarsa dell'inadempimento.

⁵⁹ V., per tutti, GENICON, *La résolution du contrat*, cit., 242 ss.; in giurisprudenza, Cass. civ. 3e, 3 nov. 2011, n° 10-26.204; *Bull. civ. III*, n° 178, su cui *amplius infra*.

⁶⁰ V. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, cit., 339; HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, Paris, 2012, 83 ss. *Amplius infra*, ove la questione verrà affrontata in relazione all'art. 2-719(2) dello *Uniform Commercial Code*.

La recente riforma del *code civil* ha poi stimolato ulteriori riflessioni⁶¹ circa la possibilità di apportare deroghe convenzionali alle norme in tema di risoluzione per inadempimento.

Pur non avendo recepito le soluzioni del *Projet Terré*, che all'art. 102 contemplava espressamente la possibilità, per le parti contraenti, di limitare o escludere i rimedi previsti in favore del creditore nel caso di inadempimento del contratto⁶², rilevanti indicazioni provengono dal *Rapport au Président de la République* relativo all'*Ordonnance*, che ha chiarito che l'art. 1227 del *code*⁶³ non intende esprimere un principio di imperatività delle norme sulla risoluzione per inadempimento né mettere in discussione l'*arrêt* del 2011⁶⁴ che ha propeso per la validità di una clausola di irresolubilità.

Nonostante tale netta affermazione, la dottrina francese continua ad interrogarsi circa la natura dispositiva piuttosto che imperativa delle norme di cui alla recente *Réforme*⁶⁵ e sulla validità di pattuizioni che implicano deroghe a rimedi diversi dalla risoluzione per inadempimento: ad esempio, l'eccezione di inadempimento, la riduzione del prezzo, l'adempimento in natura⁶⁶.

(c) Nel diritto italiano.

Con riguardo alla diffusione delle descritte clausole nell'ambito del sistema italiano, si deve innanzitutto rilevare come i c.d. «*conditions/fundamental terms*» siano, in via di approssimazione, assimilabili a delle clausole risolutive espresse *ex art.* 1456 c.c.

⁶¹ Cfr., da ultimo, DELEBECQUE, *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat*, in *Droit et patrimoine*, 2016, n° 259, 63 ss., il quale rileva che «[l]e texte de l'article 1217 ne dit rien de l'aménagement par les parties contractantes des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. On peut en déduire, tout ce qui n'est pas interdit restant permis, que les parties conservent la possibilité de stipuler des clauses relatives aux sanctions de l'inexécution du contrat».

⁶² V. art. 102 del *Projet Terré*: «Sauf disposition légale contraire, les parties peuvent limiter ou exclure les remèdes offerts au créancier en cas d'inexécution. Ces clauses n'auront point d'effet en cas de dol ou de faute lourde du débiteur». La norma è commentata da REMY, *L'inexécution du contrat*, in *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de François Terré, Paris, 2009.

⁶³ Così il testo dell'art. 1227 del *code civil*: «La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice». Il *Rapport au Président de la République* afferma, con riferimento alla disposizione, che «[L]'article rappelle la possibilité de saisir le juge pour solliciter la résolution du contrat, même si une clause résolutoire a été prévue au contrat, ou même si une procédure de résolution par notification a été engagée, conformément à la jurisprudence. Le texte n'entend pas remettre en cause la jurisprudence validant les clauses de renunciation judiciaire: en effet ces clauses ne font en principe que limiter les modalités de l'exécution de l'obligation sans priver le créancier du droit d'obtenir l'exécution de sa créance pas l'un des autres remèdes énumérés par l'article 1217 de l'ordonnance. Il appartiendra donc aux juridictions saisies de vérifier au cas par cas que la restriction ainsi consentie ne porte pas atteinte à la substance même du droit et au droit d'agir en justice».

⁶⁴ Il riferimento è a Cass. civ. 3e, 3 nov. 2011, n° 10-26.204; *Bull. civ.* III, n° 178, su cui *amplius infra*.

⁶⁵ V. l'indagine di PÉRÈS, *Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats*, *JurisClasseur Périodique*, 2016, 454 ss.

⁶⁶ V. lo studio di DELEBECQUE, *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat*, cit., 63 ss.

In tale contesto può essere individuata, quale criticità rappresentata dalla diffusione dei modelli internazionali, la tendenza ad attribuire carattere di gravità non a singole obbligazioni determinate, bensì a corposi elenchi di «Eventi di risoluzione» (*Events of default*) che, pur individuando in concreto una serie di obbligazioni, tendono ad includere tutte quelle cui le parti sono tenute in base al contratto stipulato.

Clausole così congegnate rischiano, dunque, di comportare una deroga *in toto* al requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento, della cui ammissibilità si potrebbe forse dubitare al pari delle clausole generiche che stabiliscono che «qualsiasi inadempimento comporterà la risoluzione del contratto»⁶⁷.

Quanto alle clausole di *sole remedy*, l'elaborazione giurisprudenziale⁶⁸ e dottrinale italiana risulta ad uno stadio embrionale⁶⁹ rispetto alle riflessioni compiute negli ordinamenti di *common law*, ma anche rispetto al maggior approfondimento che, nel panorama francese, è stato rivolto alla tematica.

In Italia, la dottrina si è perlopiù sforzata nel superare l'assunto dalla pretesa inderogabilità dell'art. 1453 c.c., sostenuta in forza della concezione che correla alla risoluzione una funzione sanzionatoria⁷⁰, soffermandosi unicamente sulla possibilità di

⁶⁷ *Amplius supra*. In giurisprudenza v., *inter alia*, Cass., 26 luglio 2002, n. 11055, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1364 ss.: «Per la configurabilità della clausola risolutiva espressa, le parti devono aver previsto la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'inadempimento di una o più obbligazioni specificamente determinate, costituendo clausola di stile quella redatta con generico riferimento alla violazione di tutte le obbligazioni contenute nel contratto».

⁶⁸ Nella giurisprudenza italiana non si riscontrano dei veri e propri precedenti sulla tematica delle clausole di rimedio esclusivo, ma alcuni *obiter dictum* paiono propendere per l'inammissibilità di una clausola di irresolubilità. Parte della dottrina trae indicazioni da Cass., 4 febbraio 1988, n. 1086, inedita ma citata da VITUCCI, *Ogni ritardo sarà considerato di non scarsa importanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 577 ss. La decisione ha ritenuto risolubile per ritardo un contratto in cui era contenuta una clausola del seguente tenore: «i termini di consegna sono sempre indicativi e mai essenziali per l'acquirente, per cui la loro inosservanza da parte della venditrice non sarà in alcun caso fonte di responsabilità per la stessa né causa di risoluzione del contratto, precisando che ogni ritardo sarà comunque considerato dal compratore di non scarsa importanza agli effetti dell'art. 1455 c.c.». V. altresì Cass., 9 maggio 2012, n. 7054, con nota di SICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*, in *Giur. it.*, 2012, 11 ss., la quale contiene però solo un *obiter dictum* («La clausola di rinuncia alla risoluzione del contratto per inadempimento è nulla per violazione dell'art. 1229 c.c.») inutile al fine della decisione. Cfr., infine, Cass., 30 ottobre 1964, n. 2324, in *Foro It.*, 1966, I, 1459 ss., in cui veniva dichiarata la nullità di una clausola con cui un compratore di macchine aveva rinunciato preventivamente ed incondizionatamente alle azioni di risoluzione e di risarcimento dei danni per ogni ipotesi di inadempimento del venditore.

⁶⁹ Tale limite è evidenziato anche da AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 22: «L'approccio della dottrina al problema dei limiti imposti all'autonomia dei contraenti, in ordine alla disciplina legale della risoluzione, si traduce usualmente nell'interrogarsi nella validità della c.d. "clausola di irresolubilità"; tutt'al più, il discorso prosegue, affrontando la derogabilità dei presupposti di attivazione del rimedio risolutorio, con particolare riguardo al requisito dell'imputabilità dell'inadempimento».

⁷⁰ Propende per una concezione sanzionatoria della risoluzione AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, spec. 490 ss. *Contra* DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 853 s.: «[...] la risoluzione del contratto per inadempimento non sembra produrre conseguenze obiettivamente punitive nei confronti dell'inadempiente giacché, come s'è visto, opera in modo equidistante tra i contraenti i quali, dopo che essa ha prodotto i propri effetti, si

escludere, in via preventiva, la possibilità di domandare la risoluzione per inadempimento⁷¹.

Gli argomenti formulati dalla dottrina favorevole alla validità dei patti di irresolubilità sono numerosi, ma essenzialmente riconducibili:

- alla tesi che confuta la pretesa funzione sanzionatoria della risoluzione⁷², affermando conseguentemente che le norme in tema di risoluzione per inadempimento hanno natura dispositiva, e non imperativa⁷³;

- alla tesi secondo la quale l'esclusione della risoluzione non impedisce la realizzazione del vincolo contrattuale, se persistono il risarcimento del danno e/o del rimedio manutentivo con funzione di «garanzia» del sinallagma contrattuale⁷⁴;

- alla tesi che ritiene applicabile, in tale contesto, la disciplina delle clausole di esonero della responsabilità, con conseguente ammissibilità della clausola di irresolubilità laddove siano rispettati i presupposti di cui all'art. 1229 c.c. Conseguentemente, ove l'infedeltà contrattuale sia gravemente colposa o dolosa, dovrebbe comunque essere riconosciuta, al contraente non inadempiente, la possibilità di risolvere il rapporto⁷⁵.

Ciò premesso, deve rilevarsi che le clausole più diffuse nella prassi dei contratti internazionali escludono sia la possibilità di domandare la risoluzione del contratto che

trovano in una situazione identica, e cioè quella in cui erano anteriormente alla nascita del rapporto contrattuale».

⁷¹ Tra coloro che propendono per l'ammissibilità di una clausola di irresolubilità v. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit.; AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit. Nella dottrina più risalente v. MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 263, il quale ritiene in linea di principio valida la rinuncia preventiva alla risoluzione, anche in considerazione del disposto degli artt. 1490, comma 2° e 1579 c.c., che rappresentano un significativo esempio di rinuncia preventiva all'azione di risoluzione del contratto ammessa dalla legge.

⁷² V già MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 22, secondo cui la risoluzione non avrebbe carattere sanzionatorio proprio perché l'art. 1453 c.c. «già espressamente prevede il risarcimento del danno, cioè la sanzione caratteristica della colpa».

⁷³ *Amplius* DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 36 ss.

⁷⁴ Così G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Milano, 2011, 243 ss. La tesi è stata poi sviluppata da DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 45: «Non mi pare che sino ad oggi ci si sia posti con sufficiente attenzione il problema se la corrispettività delle prestazioni importi necessariamente l'applicabilità di *tutti* i rimedi sinallagmatici o se, piuttosto, per mantenere il contratto commutativo sia sufficiente che le parti non li abbiano esclusi tutti». Da segnalare altresì la posizione di AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 25 il quale attribuisce rilievo alla persistenza della possibilità di opporre l'eccezione di inadempimento.

⁷⁵ In tal senso DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit.; favorevole all'applicazione dell'art. 1229 c.c. nell'ipotesi della rinuncia all'azione di risoluzione è anche D'ADDA, *Le clausole di esonero da responsabilità*, cit., 362:«[...] non può invero negarsi che sovente la tutela del creditore si esaurisce proprio nella restituzione delle prestazioni anticipatamente corrisposte alla controparte rivelatasi poi inadempiente; sicché, superando una valutazione solo formale, davvero clausole siffatte, se operanti per il caso di inadempimento doloso o gravemente colposo, finirebbero per compromettere l'ordinario impegno diligente del debitore; così ricadendo nella *ratio* sottesa all'art. 1229 c.c., meritandone il trattamento». La norma veniva richiamata già da MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 263.

l'adempimento in natura⁷⁶, facendo residuare il mero diritto al risarcimento del danno, eventualmente liquidato preventivamente in via anticipata.

Si pensi alla seguente esemplificazione. Due società, A (*common law oriented*) e B (*civil law oriented*) concludono un contratto di compravendita commerciale di beni mobili, precisando che esso deve intendersi regolato dalla legge italiana. Nel contratto è contenuta una clausola in cui vengono esclusi rimedi diversi dal mero risarcimento del danno⁷⁷.

La clausola implica una rinuncia anticipata all'azione di adempimento⁷⁸ o la società B potrà insistere per la manutenzione del contratto, ai sensi dell'art. 1453 c.c.?

Al quesito si darà risposta nel corso del prosieguo della trattazione.

4.4 Le «clausole aliene» tipiche dei contratti di finanziamento bancario: spunti in merito alle possibili direzioni dell'autonomia privata.

Per comprendere quali possano essere le esigenze di conformazione convenzionale del rimedio risolutorio in sede di conclusione del contratto è necessario discostarsi, momentaneamente, dal paradigma del contratto in generale prendendo in considerazione singole operazioni economiche. Oggetto di interesse sono, in particolare, quelle operazioni che subiscono l'influenza del diritto anglosassone, circostanza che si riflette sulle tecniche di redazione dei relativi contratti, modellati su *standard* ispirati al *common law* inglese o anglo-americano.

⁷⁶ La dottrina italiana, invece, si è soffermata unicamente sull'ipotesi di rinuncia alla domanda di risoluzione per inadempimento, contestualmente alla permanenza della possibilità di domandare l'esecuzione dell'obbligazione inadempita e/o il risarcimento del danno. Alcuni cenni sulla problematica si ritrovano in GALLARATI, *Il contratto irrisolvibile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola «exclusive remedy» nell'economia delle parti*, cit. L'A. rileva come alcune clausole prevedano il diritto del contraente «ad esperire i rimedi previsti dal contratto e limitati al ristoro monetario». Tuttavia, con riferimento alla conformazione convenzionale dell'azione di adempimento in natura si afferma piuttosto sinteticamente che «come il creditore è in grado di rinunciare alla risoluzione, dovrebbe poter rinunciare all'adempimento del contratto. In favore di tale conclusione parrebbe inequivocabilmente deporre l'art. 2932 c.c., che, in relazione ai contratti suscettibili di adempimento coattivo, consente ai contraenti di escludere nel titolo l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre».

⁷⁷ Si pensi, ad esempio, ad una clausola contenuta nell'ambito di un contratto di cessione di pacchetto azionario di maggioranza di una società: «L'acquirente rinuncia a qualsiasi rimedio previsto dalla legge in tema di risoluzione e di annullamento e accetta il seguente impegno di indennizzo quale unico e idoneo strumento utilizzabile per soddisfare qualsiasi aspettativa e pretesa nascente da questo contratto». L'esempio è riportato da SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 393.

⁷⁸ In senso favorevole alla possibilità di stipulare una clausola di esclusione dell'esecuzione in forma specifica v. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 47 ss., il quale si sofferma sul dato legislativo rappresentato dall'art. 2932 c.c. Alcuni spunti si ritrovano altresì in AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., 26 ss., il quale rileva che «[a]ttenzione di gran lunga minore è stata dedicata all'ammissibilità [...] di una deroga al sistema dei rimedi sinallagmatici, volta ad escludere non la risoluzione del contratto, ma la possibilità dell'adempimento coattivo».

Gli studi che in passato si sono occupati del tema della limitazione della disciplina legale della risoluzione hanno preso in considerazione fenomeni diffusi nella prassi del commercio internazionale, ove la principale finalità di tali clausole consiste nella stabilizzazione del rapporto contrattuale: il riferimento è al *project financing*, alle operazioni di *engineering*, a quelle di *outsourcing*⁷⁹.

Nella presente indagine si cercherà di verificare se alcuni spunti possano pervenire dalla prassi dei contratti di finanziamento bancario⁸⁰, i quali ricorrono nell'ambito delle operazioni di *project finance*⁸¹, *real estate finance*⁸², *acquisition finance*⁸³, *corporate finance*⁸⁴. L'indagine si è concentrata su tali contratti sia per la loro frequente ricorrenza nella prassi della contrattazione tra imprese, sia perché esemplificativi delle diverse direzioni che, nel contesto in esame, l'autonomia privata può assumere.

⁷⁹ Cfr. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 11: «[...] il patto di irrisolubilità può assolvere a significativi interessi delle parti, pur senza costituire abuso di una parte sull'altra. Si pensi, in ambito internazionale, alle operazioni di *project financing*, laddove gli enti finanziatori del progetto contano, per il rientro del prestito, sulla redditività del progetto medesimo: redditività assicurata da contratti di fornitura di beni o servizi che devono poter essere mantenuti fermi anche in caso di controversie nella fase esecutiva, per garantire quel flusso di reddito in capo alla società titolare del progetto, che consente di rispettare il piano di rimborso del finanziamento concesso; ovvero, ancora, ai contratti di *engineering*, ove le associazioni di categoria hanno predisposto una analitica disciplina, volta ad evitare lo scioglimento del vincolo, quale strumento per la gestione delle inattuazioni del contratto o delle sopravvenienze. Si pensi, in ambito interno, o comunque non necessariamente transnazionale, alle operazioni di *factoring*, laddove sono ceduti [...] crediti derivanti da contratti non ancora eseguiti, che comunque devono, nell'interesse del cessionario, mantenere efficacia anche a fronte di patologie del sinallagma (funzionale). [...] Ancora, si pensi alle operazioni di *outsourcing*, nelle quali entrambi i soggetti coinvolti, committente ed *outsourcer*, hanno un interesse prioritario al mantenimento del rapporto: il primo perché, per concentrarsi sul c.d. *core business*, ha dismesso funzioni, spesso critiche (si pensi alla gestione dei servizi informatici), per le quali originariamente ricorreva a risorse interne e tale strada non è più immediatamente percorribile a ritroso; l'*outsourcer* perché, per assolvere con professionalità e stabilmente a tali compiti, ha dimensionato la propria organizzazione aziendale in relazione a tale precipuo scopo, riducendo così la propria flessibilità e non essendo più in grado, nel breve periodo, di adattarsi ad una eventuale repentina e prematura interruzione del rapporto contrattuale con il committente».

⁸⁰ Per un inquadramento generale v. GIANNI-ORIGONI-GRIPPO-CAPPELLI & PARTNERS (a cura di), *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, Milano, 2016. In giurisprudenza, v. Cass., 3 dicembre 2007, n. 25180, in *Vita not.*, 2008, 161 ss.; Cass., 19 maggio 2003, n. 7773, in *Contratti*, 2003, 1131 ss.; Cass., 21 luglio 1998, n. 7116, in *Contratti*, 1999, 373 ss., in cui il contratto di finanziamento viene definito quale «contratto consensuale, oneroso e atipico che assolve una funzione creditizia».

⁸¹ Il *project finance* consiste in un'operazione di finanziamento di opere con la quale uno o più soggetti progettano di realizzare un'opera e un servizio affidando sulla capacità del soggetto di produrre flussi di cassa. Nell'ambito di questa operazione le banche possono finanziare tutto o parte del progetto attraverso l'erogazione di finanziamenti a favore della SPV (società di scopo), i cui unici cespiti sono costituiti dai beni costituenti il progetto e il cui unico scopo è la costruzione del progetto. V., a tal riguardo, ARECCO E DALL'O', *Energia sostenibile e fonti rinnovabili. Soluzioni tecniche, economiche, giuridiche*, Milano, 2012, 312 ss.

⁸² Si tratta delle operazioni attraverso le quali l'acquisto o lo sviluppo di immobili da parte di società o fondi comuni di investimento viene effettuato mediante il ricorso a varie forme di indebitamento.

⁸³ Il riferimento è a quei contratti attraverso i quali le banche sostengono operazioni di acquisto di determinati beni (quali una partecipazione societaria, un'azienda, un ramo d'azienda).

⁸⁴ Con l'espressione *corporate financing* ci si riferisce a tipologie di finanziamenti a società operative che non siano destinati ad una specifica acquisizione o ad un progetto di investimento, ma siano genericamente destinati allo sviluppo delle attività di impresa ed al finanziamento del circolante.

Il contratto di finanziamento consente il ricorso a capitale di debito nell'esercizio dell'impresa, ma tale figura ha preso le distanze dalle fattispecie espressamente tipizzate dall'ordinamento come il contratto di mutuo *ex art. 1813 ss. c.c.* (il mutuo è un contratto reale, mentre il contratto di finanziamento è un contratto consensuale⁸⁵) e il contratto di apertura di credito *ex art. 1842 ss.* (che non ha come obbligazione la consegna di una somma di denaro, ma la messa a disposizione, da parte dell'accreditante, di una somma di denaro⁸⁶).

I soggetti beneficiari dei finanziamenti sono solitamente rappresentati da società di capitali o gruppi di imprese⁸⁷. Abilitati all'erogazione del credito sono invece banche, intermediari finanziari e, al ricorrere di determinate circostanze, anche soggetti che non rivestano tali forme, come nel caso dei finanziamenti effettuati tra società appartenenti al medesimo gruppo⁸⁸.

Per quanto riguarda le obbligazioni contrattuali, da un lato il finanziatore si impegna ad erogare il finanziamento pattuito; dall'altro il beneficiario si obbliga ad impiegare la somma erogata per le finalità pattuite e a rimborsare il finanziamento, a rate secondo un piano di ammortamento predefinito o in un'unica soluzione, pagando solo gli interessi di volta in volta maturati⁸⁹.

Le clausole regolanti lo scioglimento del contratto sono volte a garantire un'estrema agilità nell'affrancazione dal vincolo contrattuale; in particolare, si consente alla parte finanziatrice di risolvere il contratto a fronte di una serie molto diversificata di eventi.

La trasposizione dei modelli di *common law* in contratti regolati dal diritto italiano pone alcune difficoltà di integrazione ed in particolare di compatibilità con gli istituti propri del codice civile italiano.

⁸⁵ In tal senso Cass., 3 dicembre 2007, n. 25180, *cit.*: «[...] A differenza di quanto si verifica nel mutuo regolato dal codice civile, la consegna di una determinata quantità di denaro costituisce l'oggetto di un'obbligazione del finanziatore anziché elemento costitutivo del contratto. In altri termini, la caratteristica di questo contratto va ravvisata nel fatto che con l'incontro dei consensi delle parti si perfeziona il contratto consensuale del finanziamento, ma non si trasferisce in capo al soggetto finanziato la proprietà delle somme oggetto del finanziamento stesso».

⁸⁶ Cfr. GIANNI-ORIGONI-GRIPPO-CAPPELLI & PARTNERS (a cura di), *Contratti di finanziamento bancario*, cit., 7.

⁸⁷ Nel corso della presente trattazione non si prende in considerazione l'ipotesi in cui beneficiario sia un consumatore (inteso come soggetto che agisce per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale). In tal caso egli potrebbe beneficiare, infatti, dell'applicazione di una serie di disposizioni, poste a sua disposizione, in quanto considerato contraente debole.

⁸⁸ *Amplius* GIANNI-ORIGONI-GRIPPO-CAPPELLI & PARTNERS (a cura di), *Contratti di finanziamento bancario*, cit., 8 ss.

⁸⁹ *Amplius* GIANNI-ORIGONI-GRIPPO-CAPPELLI & PARTNERS (a cura di), *Contratti di finanziamento bancario*, cit., 29.

Per tale motivo, è bene premettere alcuni cenni alla struttura del contratto di finanziamento diffuso nell'ordinamento anglosassone. Esso si caratterizza per una lunga lista di *events of default* (eventi rilevanti), intesi come eventi patologici che fanno sorgere il diritto alla restituzione dell'ammontare residuo in linea capitale del finanziamento, oltre agli interessi maturati sullo stesso.

Al verificarsi di uno di tali eventi, la parte finanziatrice può chiedere il rimborso anticipato della somma attraverso la cosiddetta *acceleration*⁹⁰, così nominata perché il termine finale del finanziamento subisce un'«accelerazione» rendendo il finanziamento immediatamente esigibile dal finanziatore.

All'interno dei cosiddetti *events of default* sono ricomprese circostanze di natura molto varia: alcune sono qualificabili come veri e propri inadempimenti degli obblighi contrattuali (ad esempio, il mancato rimborso dell'importo erogato in linea capitale, il mancato pagamento degli interessi, l'utilizzo del finanziamento per scopi diversi da quelli indicati nel contratto di finanziamento)⁹¹; altre sono circostanze che, pur non dando luogo alla violazione di un obbligo contrattuale, influiscono negativamente sulle condizioni finanziarie, il patrimonio o l'attività societaria del beneficiario (c.d. *Material Adverse Change*⁹², assimilabili a delle clausole di recesso per giusta causa); altre ancora sono circostanze che comportano il venir meno di uno dei presupposti che hanno fondato la decisione di concessione del finanziamento (ad esempio, un'ipotesi di cambio di controllo, ossia una modifica della compagine societaria).

La problematica principale insita in una simile impostazione consiste nel disciplinare promiscuamente tutte le cause che conducono allo scioglimento del contratto, senza distinguere le cause di risoluzione da altre circostanze che non possono essere qualificate come inadempimenti, ma piuttosto come eventi che determinano una minor

⁹⁰ V. anche, per una definizione di *acceleration clause* nel panorama statunitense, LEAF, *Acceleration clauses in sales and secured transactions: the debtor's burden under Section 1-208 of the U.C.C.*, in *Boston College Law Review*, 1970, Volume 11, 531 ss.: «Under common law, acceleration clauses were categorized on the basis of the occasion which gave rise to the creditor's right to accelerate. One form of acceleration clause allowed the creditor to accelerate when the debtor defaulted, and enumerated the instances or situations that constituted default. Although a default usually occurred upon a non-payment of principal or interest, other reasons could be enumerated. A second form of acceleration clause allowed a creditor to accelerate at will or when he deemed himself insecure».

⁹¹ Per una più ampia elencazione dei cosiddetti *events of default* v. GIANNI-ORIGONI-GRIPPO-CAPPELLI & PARTNERS (a cura di), *Contratti di finanziamento bancario*, cit., 40 s.

⁹² Solitamente, le clausole di *material adverse change* sono formulate in modo molto ampio, così da attribuire al finanziatore un'ampia discrezionalità «Any event or circumstance occurs which the Majority Lenders reasonably believe has or is reasonably likely to have a Material Adverse Effect».

sicurezza del finanziamento e che aumentano il rischio di un futuro inadempimento (si pensi alla notifica di un decreto ingiuntivo o all'iscrizione di un'ipoteca giudiziale⁹³).

Quando il modello descritto viene trasposto in contratti regolati dal diritto italiano, l'effetto è quello di determinare un notevole ampliamento dei margini di operatività dello strumento risolutorio, perché l'autonomia privata tende a far collimare le cause di risoluzione con cause che, al più, potrebbero determinare la decadenza del beneficio del termine *ex art.1186 c.c.*⁹⁴

Più nello specifico, la prassi dei contratti di finanziamento conclusi in Italia⁹⁵ suole comprendere, nell'ambito dei cosiddetti *Events of default*, tanto gli «*Eventi di decadenza dal beneficio del termine*», quanto gli «*Eventi di risoluzione*».

Gli eventi facenti parte della prima categoria sono parificati alle circostanze di cui all'art. 1186 c.c.: al verificarsi di uno di essi il finanziatore può far valere la decadenza del beneficio del termine attraverso l'invio di una lettera raccomandata, al ricevimento della quale il finanziamento deve essere integralmente restituito⁹⁶.

Ebbene, una clausola siffatta pone diverse problematiche.

In primis, l'autonomia privata non sembra potersi spingere sino al punto di giustificare la decadenza dal beneficio del termine a fronte di circostanze che, di per sé, non manifestano una situazione di insolvenza. Sarebbe dunque più appropriato invocare la decadenza dal beneficio dal termine ad esito dell'apprezzamento di una effettiva situazione di dissesto, e non automaticamente al semplice verificarsi della fattispecie prevista dalla clausola⁹⁷.

⁹³ Si vedano, a tal proposito, le riflessioni in GIANNI-ORIGONI-GRIPPO-CAPPELLI & PARTNERS (a cura di), *Contratti di finanziamento bancario*, cit., 44, secondo cui l'elevazione di un protesto, la notifica di un decreto ingiuntivo o l'iscrizione di un'ipoteca giudiziale possono giustificare l'esercizio del rimedio della decadenza dal beneficio del termine solo nel caso in cui tali eventi siano collegati a circostanze prodromi che rispetto ad una situazione di insolvenza.

⁹⁴ Una simile problematica viene evidenziata, con riguardo ai contratti di mutuo, da FAUSTI, *Questioni in tema di scioglimento unilaterale del contratto di mutuo bancario*, in *Notariato*, 2001, 63 ss.

⁹⁵ Spesso comunque redatti in lingua inglese, in ragione dello Stato di nazionalità di una delle parti.

⁹⁶ In questo senso le clausole diffuse nella prassi: «- Efficacia della decadenza. La banca agente informerà il debitore circa l'intenzione dei finanziatori di esercitare i diritti di cui alla clausola disciplinante gli eventi di decadenza a mezzo di una comunicazione inviata al debitore con raccomandata e la decadenza dal beneficio del termine del presente contratto di finanziamento diventerà efficace a partire dalla data di ricevimento da parte del debitore di tale comunicazione. - Restituzione del finanziamento. Dal momento in cui la decadenza dal beneficio del termine divenga efficace ai sensi della clausola di cui sopra: (i) tutti gli impegni saranno immediatamente revocati; e (ii) il debitore dovrà immediatamente rimborsare ogni importo del finanziamento non ancora rimborsato insieme agli interessi maturati e gli interessi di mora, fino al giorno dell'effettivo rimborso, spese, costi e commissioni nonché ogni ulteriore importo dovuto ai sensi della documentazione finanziaria».

⁹⁷ Considerazioni analoghe, con riferimento al contratto di mutuo, sono svolte da FAUSTI, *Questioni in tema di scioglimento unilaterale del contratto di mutuo bancario*, cit., 63: «È evidente, pertanto, che clausole che consentono alla banca, ad es., di considerare "risolto" il contratto nel caso in cui il mutuatario subisca un protesto, un decreto ingiuntivo, ecc., risultano illegittime sia per la carenza del

Non solo; non può condividersi, infatti, la sovrapposizione operata tra gli istituti della risoluzione stragiudiziale e della decadenza dal beneficio del termine. Com'è noto, la prima presuppone un inadempimento, mentre la seconda una mera situazione di difficoltà nell'adempiere alle proprie obbligazioni. Conseguentemente, la decadenza dal beneficio del termine non può automaticamente condurre all'estinzione del rapporto contrattuale, provocando piuttosto l'esecuzione anticipata del contratto⁹⁸.

Ulteriore profilo problematico è rappresentato dai contenuti dell'elenco dei cosiddetti "Eventi di risoluzione". Può osservarsi infatti che le clausole di tali contratti elencano singole ed individuate fattispecie di inadempimento, che tendono però a corrispondere a tutte le obbligazioni discendenti dal contratto. L'effetto sostanziale, dunque, risulta essere il medesimo di una clausola giudicata tendenzialmente reputata inammissibile dalla giurisprudenza italiana, ossia quella volta a derogare in astratto il requisito della non scarsa importanza⁹⁹.

L'osservazione risulterebbe confermata dal tenore della seguente clausola, sovente presente nella prassi negoziale: «*Salvo ogni rimedio permesso ai sensi della legge applicabile, il presente contratto di finanziamento si risolverà di diritto, ad iniziativa della banca agente per conto dei finanziatori, ai sensi degli articoli 1454 e/o 1456 del codice (a scelta della banca agente), con gli effetti della successiva clausola (restituzione del finanziamento), al verificarsi di una qualsiasi delle seguenti circostanze: [...]*». Vengono quindi elencati, all'interno della medesima clausola, sia inadempimenti che giustificerebbero lo scioglimento del contratto *ex art. 1456 c.c.* (e, pertanto, ritenuti di particolare rilevanza) sia inadempimenti che, normalmente, presupporrebbero l'inutile decorrenza del termine supplementare al fine di provocare la risoluzione di diritto del contratto.

Accomunare l'istituto della clausola risolutiva espressa con quello della diffida ad adempiere è apertamente contrastante con l'impostazione del nostro codice civile: perché attraverso il primo strumento risolutivo le parti dovrebbero soppesare quali inadempimenti sono così rilevanti da giustificare l'inadempimento del contratto; mentre il secondo non presuppone un atto di autonomia privata, trattandosi di un atto di volontà

presupposto necessario alla risoluzione, sia perché, in tal modo, si prescinde dalla valutazione di rilevanza ai fini della insolvenza, la quale ultima costituisce l'unico presupposto legalmente valido per potersi avvalere della decadenza del beneficio del termine».

⁹⁸ Ciò comporta che, a differenza dell'ipotesi della risoluzione, che implica lo scioglimento del contratto, nel caso della decadenza dal beneficio del termine è configurabile, per iniziativa del creditore, una riammissione in termini.

⁹⁹ V. le riflessioni condotte *supra*.

unilaterale che viene in rilievo proprio nel caso in cui le parti non abbiano avuto l'avvedutezza di cautelarsi preventivamente attraverso la stipulazione di una clausola risolutiva.

La sovrapposizione tra i due istituti si riscontra anche con riferimento al loro meccanismo operativo. Infatti, sia che il creditore agisca *ex art. 1456 c.c.* sia che agisca *ex art. 1454 c.c.* viene imposta la preventiva assegnazione di un termine di grazia, deviando dal modello tipico previsto dall'*art. 1456 c.c.*¹⁰⁰. L'impiego dell'autonomia privata in tale direzione non sembra, però, da disapprovare. Tale impostazione è infatti stata accolta da ordinamenti giuridici diversi da quello italiano: ad esempio, da quello francese, in cui la preventiva intimazione di un termine di grazia è elemento costitutivo della fattispecie della *clause résolutoire*, salvo pattuizioni in senso contrario¹⁰¹.

Se sinora è stata messa in rilievo la diffusione di clausole volte ad agevolare lo scioglimento del contratto, opposta tendenza è invece riscontrabile in alcune tipologie di accordi collegati ai descritti contratti di finanziamento, ed in particolare nell'ambito delle cosiddette operazioni di *project finance*.

Il riferimento è ai c.d. «accordi di contribuzione», i quali vedono come parti la società finanziata, la banca finanziatrice e la società controllante della finanziata. Attraverso tali accordi la società capogruppo assume una serie di obbligazioni nei confronti della società finanziatrice, consistenti nell'obbligo di mantenere una certa capitalizzazione, di versare *equity* ulteriore rispetto a quello esistente (mediante un aumento di capitale) od effettuare una serie di finanziamenti a favore della società al verificarsi di determinate circostanze precisate nell'accordo di contribuzione.

Ebbene, in tali accordi sono previste clausole di rimedio esclusivo che, in caso di inadempimento di una delle parti dell'accordo, limitano la gamma di rimedi esperibili sia da parte della società finanziata, sia della relativa capogruppo.

Tra gli impegni gravanti sul beneficiario del finanziamento, viene sovente incluso quello «*di non richiedere la risoluzione per inadempimento né agire, anche giudizialmente, per ottenere l'esecuzione in caso di inadempimento del socio* (cioè della

¹⁰⁰ Così prevedono le clausole che disciplinano l'efficacia della risoluzione: «La Banca Agente informerà il debitore circa l'intenzione dei finanziatori di esercitare la facoltà di risolvere il presente contratto di finanziamento ai sensi della clausola sugli eventi di risoluzione mediante una comunicazione inviata al debitore con raccomandata. La risoluzione del presente contratto di finanziamento avrà effetto a partire dal quindicesimo giorno successivo al ricevimento da parte del debitore della comunicazione inviata dalla banca agente».

¹⁰¹ Cfr. art 1225 del *code civil*: «*La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire*».

società capogruppo, nda) *alle obbligazioni del contratto*». L'esclusione riguarda, pertanto, tanto il rimedio risolutorio quanto l'esecuzione forzata, lasciando unicamente la possibilità di chiedere, nei confronti della società capogruppo, il risarcimento del danno subito. Ancor più penetranti risultano essere le limitazioni previste in capo alla società capogruppo. In particolare, possono trovarsi clausole del seguente tenore: «*[i]l socio rinuncia espressamente ed irrevocabilmente, nell'interesse della società, nonché dell'interesse e a beneficio della banca finanziatrice, al diritto di risolvere il presente contratto sia per inadempimento di una delle parti, sia ai sensi e per gli effetti dell'art. 1467 del codice civile*». Spesso si include, altresì, la rinuncia ad eccipere l'inadempimento di una delle parti: «*[i]l socio rinuncia a far valere in via d'eccezione o altrimenti l'inadempimento di alcune delle parti per rifiutare o ritardare il tempestivo adempimento degli impegni assunti con il presente contratto, espressamente derogando all'art. 1460 del Codice Civile*».

L'analisi qui condotta consente di svolgere alcune osservazioni.

La tematica rilevante non è unicamente quella delle difficoltà che si incontrano nell'adattare contratti strutturati sulla base del diritto anglosassone con il diritto italiano. Per evitare le incongruenze più evidenti (sovrapposizione tra gli istituti della decadenza dal beneficio del termine e la risoluzione di diritto, tra risoluzione per effetto di una clausola risolutiva espressa e di una diffida ad adempiere) soccorrerebbe senz'altro una maggior cura nella fase della stesura del contratto, onde evitare un acritico «copia e incolla» di clausole diffuse nell'ambito di una certa operazione economica.

Il più importante nodo da sciogliere consiste, piuttosto, nella tendenza ad impiegare, per alcune operazioni di finanziamento (come il *project financing*) contratti fortemente asimmetrici, che se in favore di una parte determinano un considerevole ampliamento del diritto di affrancarsi dal rapporto contrattuale, a svantaggio dall'altra rendono particolarmente difficile (e, fors'anche, impossibile) reagire all'inadempimento della controparte.

Gli sforzi devono pertanto concentrarsi nella prospettiva della delineazione dei limiti all'esercizio dell'autonomia privata nella materia della risoluzione per inadempimento.

4.5 Clausole che ampliano la portata del rimedio risolutivo. Criticità e coordinamento con le clausole di recesso discrezionale.

Si è discusso delle perplessità generate dall'inserimento, nel testo contrattuale, di una clausola risolutiva espressa che consenta lo scioglimento per inadempimenti di lievissima importanza e si è ritenuta non condivisibile l'affermazione secondo la quale la fattispecie della clausola risolutiva espressa consentirebbe di «derogare *in toto*» al presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento.

Il discorso deve essere completato prendendo in considerazione le *acceleration clauses* di derivazione anglosassone, ponendo esse problematiche sostanzialmente analoghe a quelle sollevate da clausole risolutive che attribuiscono rilievo ad inadempimenti di natura «lieve».

Le *acceleration clauses*¹⁰² risultano sovente utilizzate nell'ambito di contratti di mutuo o altri contratti che prevedono pagamenti a rate, consentendo di rendere esigibili a favore del creditore tutte le obbligazioni a scadere a fronte di una serie diversificata di eventi.

Esse possono essere formulate in modo specifico, prevedendo l'obbligo per il debitore di rimborsare l'intero importo del finanziamento a fronte del susseguirsi di una serie di pagamenti tardivi o dell'inadempimento di una singola rata; oppure possono caratterizzarsi per formulazioni più generiche, riconoscendo la possibilità di invocare la cosiddetta *acceleration* quando le circostanze siano tali da ritenere ormai «compromessa la fiducia nell'adempimento»¹⁰³.

Tali clausole vengono generalmente ritenute assimilabili a delle clausole di decadenza dal beneficio del termine¹⁰⁴, anche se difficilmente il mancato pagamento di una somma dovuta ai sensi del contratto (ad esempio, una singola rata) o il ripetuto ritardo nel pagamento delle rate può considerarsi condizione sufficiente per il verificarsi della decadenza *ex art.* 1186 c.c.¹⁰⁵. Congegnate in tal modo, esse paiono piuttosto

¹⁰² Per una descrizione di tali clausole v. CHITTY, *On contracts*, I, *General Principles*, a cura di CHITTY-BEALE, London, 2012, § 26-122, ove sono definite come «*a term in a loan agreement that requires the borrower to pay off the loan immediately under certain conditions*»; v. anche CHESHIRE-FIFOOT-FURMSTON'S, op. cit., 691 s.: «*The common law rules can operate indulgently to some classes of contract breakers, especially law payers. In practice, those who make a habit of paying slowly seldom make repudiatory statements. More commonly their delays are accompanied by protestations of good will and a wide range of more or less plausible excuses. Creditors often find it prudent therefore to insert contractual counter-measures. This is particularly so in contracts which call for a series of periodic payments where it is common to have an "acceleration clause", making all the payments due on failure of timely payments of any*».

¹⁰³ Clausole simili si trovano nell'ambito dei contratti di finanziamento *supra* descritti.

¹⁰⁴ In tal senso, F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, 228 ss.; v. anche BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*, cit., 86: «[...] diffuse sono le cosiddette *acceleration clauses* [...], strumento similare alla decadenza del beneficio del termine».

¹⁰⁵ In tal senso, recentemente, Cass., sez. lav., 11 novembre 2016, n. 23093, nella banca dati *Pluris – Leggi d'Italia*: «Ai fini dell'operatività della decadenza del beneficio del termine, l'interruzione dei pagamenti rateali non integra le condizioni previste dall'art. 1186 c.c., essendo necessario che ricorra

inquadrabili alla stregua di clausole risolutive espresse che attribuiscono il diritto di risolvere il contratto (e, conseguentemente, l'anticipata restituzione di quanto dovuto dal debitore) a fronte di precise fattispecie di inadempimento dedotte nell'ambito del testo contrattuale.

Posto che le *acceleration clauses* vengono inserite dalle parti di un contratto di durata, in assenza di un preventivo accordo la parte creditrice potrebbe risolvere il contratto al verificarsi delle condizioni previste dall'art. 1564 c.c.¹⁰⁶, ossia: (i) a fronte di una notevole importanza dell'inadempimento (la quale si caratterizza per un *quid* in più rispetto alla non scarsa importanza dell'inadempimento)¹⁰⁷; (ii) in presenza di un inadempimento tale da menomare la fiducia nei successivi adempimenti.

Deve ricordarsi, poi, che nell'ambito di tali tipologie di contratti numerose sono le disposizioni che perseguono la *ratio* di impedire che il vincolo possa essere sciolto a fronte di un inadempimento minimo.

Si pensi all'articolo 1525 c.c. in tema di vendita con riserva di proprietà, ove si prevede che «nonostante patto contrario, il mancato pagamento di una sola rata, che non superi l'ottava parte del prezzo, non dà luogo alla risoluzione del contratto»; ed ancora all'art. 5 della L. 27 luglio 1978, n. 392, relativo al contratto di locazione di immobili urbani adibiti ad uso di abitazione, che consente la risoluzione del contratto solo se l'importo scaduto e non pagato dal conduttore supera quello di due mensilità del canone. Infine, anche l'art. 40 del Testo Unico Bancario¹⁰⁸ prevede che la banca possa invocare come

l'insolvenza o la diminuzione o il mancato conferimento delle garanzie date dal debitore. (Nella specie, la S.C. ha escluso che il mancato pagamento da parte del lavoratore delle rate, oggetto di una conciliazione, costituisca di per sé una condizione sufficiente per il verificarsi della decadenza e per esigere l'intera prestazione»).

¹⁰⁶ Per la tesi che ritiene applicabile a tutti i contratti di durata il disposto dell'art. 1564 c.c. v. GIAMPICCOLO, voce «Mutuo», in *Enc. del dir.*, Milano, 1977, 456 ss. V. anche LUCCHINI GUASTALLA, *Il contratto e il fatto illecito*, Milano, 2012, 373 s.; ID., *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, 180 ss. Per completezza, giova ricordare che l'art. 1819 c.c. in tema di contratto di mutuo prevede che «Se è stata convenuta la restituzione rateale delle cose mutate e il mutuatario non adempie l'obbligo del pagamento di una sola rata, il mutuante può chiedere, secondo le circostanze, l'immediata restituzione dell'intero». Secondo parte della dottrina, tuttavia, la disposizione non precluderebbe una valutazione del giudice circa la non scarsa importanza dell'inadempimento (in tal senso, GIAMPICCOLO, op. cit., 456 ss.)

¹⁰⁷ V. GIANNATTASIO, *Permuta, estimatorio, somministrazione*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, 1974, 235 ss.

¹⁰⁸ V. art. 40, c. 2, del D. Lgs. 01/09/1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: «La banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive. A tal fine costituisce ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata». Sulla *ratio* della disposizione v. GALLARATI, *Il contratto irresolubile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola «exclusive remedy» nell'economia delle parti*, cit.: «Nel caso del contratto di mutuo, infatti, la risoluzione e la richiesta dell'intero pagamento delle somme dovute potrebbe incidere sulla posizione finanziaria del debitore, determinandone la crisi, con evidenti e nefaste conseguenze non soltanto per la banca creditrice ma anche per i restanti creditori».

causa di risoluzione il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive.

Le disposizioni citate si ispirano al principio di conservazione del contratto che informa anche i sistemi giuridici più liberali, compresi quello inglese e anglo-americano.

Ed infatti, limitazioni alle *acceleration clauses* sono previste dallo *Uniform Commercial Code* al § 1-309¹⁰⁹, ove si prevede che esse, se formulate in modo generico¹¹⁰, devono essere interpretate in modo tale da consentire al creditore di invocarle solamente quando le circostanze siano tali da indurlo a ritenere che la capacità del debitore di adempiere sia definitivamente compromessa.

Tornando al nostro ordinamento giuridico, deve ritenersi che le *acceleration clauses* possano spiegare la propria efficacia quando correlano il diritto alla restituzione anticipata ad inadempimenti descritti in modo preciso e puntuale, mentre alcune perplessità sorgono nel caso in cui le clausole attribuiscono il diritto di invocare l'*acceleration* a fronte del ritardato pagamento di qualsiasi somma dovuta¹¹¹.

In questi casi, non pare possa escludersi un giudizio *ex post* sulla serietà del ritardo nell'adempimento, onde evitare che il creditore possa risolvere il contratto a fronte di un inadempimento di natura lievissima e trascurabile.

Ove trasposte nel nostro ordinamento, le *acceleration clauses* potrebbero dunque, al pari delle clausole risolutive che consentono di sciogliere il contratto per inadempimenti di lieve entità, contrastare con la stessa *ratio* dell'art. 1455 c.c., che consiste nel salvaguardare il vincolo contrattuale contro tentativi di scioglierlo in modo pretestuoso e ingiustificato¹¹².

Tale principio, ribadito in tutti gli ordinamenti (*repudiatory breach* nel *common law* inglese; *inexécution suffisamment grave* nel nuovo art. 1224 del *code civil*, *fundamental breach* nei principi internazionali), mira ad evitare comportamenti opportunistici del creditore e di consentire al creditore di liberarsi da un contratto non più gradito, ledendo l'affidamento della controparte.

¹⁰⁹ V. *Uniform Commercial Code*, § 1-309: «A term providing that one party or that party's successor in interest may accelerate payment or performance or require collateral or additional collateral "at will" or when the party "deems itself insecure", or words of similar import, means that the party has power to do so only if that party in good faith believes that the prospect of payment or performance is impaired».

¹¹⁰ Si pensi ai casi in cui viene riconosciuto il *right to accelerate* a fronte di una «generica compromissione della fiducia nell'adempimento».

¹¹¹ Si pensi ad una clausola così formulata, che può trovarsi nell'ambito nei descritti contratti di finanziamento: «Il presente contratto si risolverà di diritto [...] al verificarsi di una delle seguenti circostanze: il debitore non adempia al pagamento di qualsiasi somma dallo stesso dovuta ai sensi del presente Contratto di Finanziamento».

¹¹² Le parole sono di ROPPO, *Il contratto*, cit., 899 s.

Un'obiezione all'affermazione secondo la quale non possono reputarsi ammissibili quelle clausole che consentono lo scioglimento del contratto per inadempimenti trascurabili potrebbe essere rappresentata dalla circostanza che deve invece ritenersi valida una clausola che prevede a favore di una o di entrambe le parti il diritto di sciogliere il contratto discrezionalmente, ossia con una mera manifestazione di volontà e senza necessità di esprimerne il motivo (recesso discrezionale o *ad nutum ex art. 1373 ss.*)¹¹³.

Ebbene, alcune precisazioni devono essere compiute.

In primis, recesso discrezionale e risoluzione per effetto di una clausola risolutiva espressa sono istituti che debbono essere adeguatamente distinti: nel primo caso le parti acconsentono espressamente, attraverso un atto di autonomia privata, di derogare al disposto dell'art. 1372 c.c.; nel secondo caso, invece, lo scioglimento del contratto presuppone comunque un inadempimento. Se quest'ultimo è concretamente irrilevante ai fini della realizzazione degli scopi dell'operazione economica, non sembra che il contratto possa ritenersi risolto per effetto di una formalistica applicazione dell'art. 1456 c.c.

Inoltre, l'obiezione può essere superata considerando che, al di là dello scioglimento del contratto in sé e per sé considerato, i due strumenti risolutivi (clausola di recesso immotivato e clausola risolutiva espressa) producono diverse conseguenze sul piano degli effetti giuridici.

Infatti, in forza del disposto dell'art. 1373, c. 1, il recesso viene concepito come rimedio privo di effetti retroattivi, potendo essere esercitato solo finché non vi sia stato un principio di esecuzione, salvo i casi di contratti ad esecuzione continuata o periodica. Si consideri poi che l'esercizio del diritto di recesso non comporta, salvo eccezioni previste dal legislatore per contratti tipici¹¹⁴, l'obbligo di indennizzare la controparte delle conseguenze negative che subirebbe per effetto dello scioglimento anticipato dal rapporto contrattuale, proprio perché il pregiudizio derivante dallo scioglimento, che

¹¹³ Sulle clausole di recesso convenzionale v., *inter alia*, ROPPO, *Il contratto*, cit., 513 ss.; SACCO-DE NOVA, *Il Contratto*, Tomo II, nel *Trattato di Diritto Civile* diretto da R. Sacco, 731 ss.; CIMMINO, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Milano, 2000, 13 ss. Tali clausole sono diffuse anche negli ordinamenti di *common law* (*termination for convenience clauses* o *without cause*). Per una panoramica del panorama statunitense e australiano v. LOVRANES, *Termination for convenience clauses*, in *14 U. Notre Dame Austl. L. Rev.*, 2012, 103 ss.; per il panorama inglese cfr. CHESHIRE-FIFOOT-FURMSTON'S, *Law of Contract*, 692 s.

¹¹⁴ Sui recessi immotivati previsti nel codice civile v. lo studio monografico di DELLACASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008, 7 ss. Si pensi, ad esempio, all'art. 1671 c.c. del codice civile, che consente al committente di recedere pur se sia iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno.

avvenga prima del principio di esecuzione od entro un breve periodo di tempo¹¹⁵, risulta normalmente ridotto¹¹⁶.

Infine deve ricordarsi che, nonostante l'inserimento nel testo contrattuale di una clausola di recesso *ad libitum*, l'attuale orientamento giurisprudenziale ritiene che le parti non possano recedere dal contratto in modo arbitrario e pretestuoso¹¹⁷.

In conformità alle più recenti posizioni giurisprudenziali, si è dunque affermato che le clausole di recesso discrezionale potrebbero trovare applicazione solo con modalità e tempi rispettosi del principio di buona fede¹¹⁸, come nell'ipotesi in cui sopravvengano circostanze tali da rendere l'attuazione del rapporto pregiudizievole per gli interessi del recedente¹¹⁹: presupposti che non sembra possano reputarsi integrati quando causa dello scioglimento del contratto sia rappresentata da un inadempimento lievissimo o trascurabile.

4.6 Clausole che, viceversa, tendono alla «stabilizzazione» del contratto.

La prassi negoziale si caratterizza per la diffusione di numerose clausole volte a disincentivare il ricorso alla risoluzione per inadempimento. Esse, perlopiù, trovano la propria origine nell'ambito di sistemi di *common law*, ma risultano sovente riprodotte

¹¹⁵ Si pensi, ad esempio, ai casi di recesso previsti nel codice del consumo, in cui gli inconvenienti della retroversione dell'effetto reale sono contenuti in considerazione dei limiti cronologici del diritto di recesso.

¹¹⁶ Vero è che il disposto dell'art. 1373, c. 4° permette alle parti di atteggiare il recesso nel modo più vario: ad esempio, le parti potrebbero prevedere la possibilità di esercitare la facoltà di recesso quando l'esecuzione sia già iniziata, anche in un contratto ad effetti reali. In tal senso, *inter alia*, SIRENA, *Effetti e vincolo*, nel *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, *Effetti*, a cura di COSTANZA, Milano, 2006, 123 ss.; ROPPO, *Il contratto*, cit., 513 s.; ROSELLI, *Recesso dal contratto*, in *Il contratto in generale*, Tomo V, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, XIII, Torino, 2002, 262; CIMMINO, *Il recesso unilaterale dal contratto*, 15 ss. *Contra* GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 1042: «[S]i deve escludere la possibilità di un recesso in caso di contratti traslativi quando l'effetto reale si sia prodotto (non quindi, ad esempio, in caso di vendita ad effetti obbligatori), non potendo valere nemmeno un eventuale patto contrario».

¹¹⁷ Sul punto, cfr. CASS., 18.9.2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 95 ss., con nota di PALMIERI-PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Contratti*, 2010, 5 ss., con nota di D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Danno resp.*, 2010, 347 ss., con nota di MASTRORILLI, *Abuso del diritto e terzo contratto*; in *Giur. comm.*, 2010, II, 834 ss., con nota di DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*; in *Giur. comm.*, 2011, II, 286 ss., con nota di BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*; in *Giust. civ.*, 2010, 2547 ss., con nota di NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto*.

¹¹⁸ V. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 1041

¹¹⁹ In tal senso DELLACASA, *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in *Riv. dir. priv.*, 13 ss., secondo cui «Il recesso è arbitrario se risponde a interessi estranei all'operazione economica prefigurata dal contratto e non è giustificato da un mutamento delle circostanze conosciute o conoscibili dal recedente al momento della formazione dell'accordo».

anche nella contrattazione interna, testimoniando una crescente tensione alla conformazione convenzionale del rimedio risolutorio.

Seguendo un percorso progressivo, la trattazione principia con l'analisi delle pattuizioni che tendono ad «irrigidire» i presupposti per azionare la risoluzione, per poi giungere alla disamina di quelle convenzioni che mirano all'ablazione totale del rimedio.

a) Le «anti-technicality clauses».

Nell'ambito del *common law* inglese e nordamericano, con particolare riferimento a contratti che prevedono pagamenti a rate (ad esempio, nell'ambito di contratti di noleggio di imbarcazioni - *time charters*), si ritrovano clausole del seguente tenore: «Where there is any failure to make punctual and regular payment due to errors or omissions of Charterers' employees, bankers or agents or otherwise for any reason where there is absence of intention to fail to make payment as set out, Charterers shall be given by owners 3 banking days notice to rectify the failure and where so rectified the payment shall stand as punctual and regular payment»¹²⁰.

Tale clausola prevede l'obbligo di concedere al debitore un breve termine per l'adempimento tardivo, quando il mancato pagamento del canone sia dovuto a circostanze che non corrispondono ad un'effettiva volontà del debitore di non adempiere. Se il pagamento viene eseguito entro il termine così concesso, esso deve considerarsi effettuato in modo «puntuale e regolare».

La validità ed efficacia di una simile clausola è stata recentemente confermata da una pronuncia della sezione commerciale della Corte Suprema del Regno Unito¹²¹. A seguito di ripetuti pagamenti tardivi, ma comunque effettuati entro il termine «di grazia» di tre giorni previsto dalla clausola, il proprietario dell'imbarcazione optava per la risoluzione del contratto «istantanea».

Egli sosteneva, in particolare, che la persistenza del ritardo nel pagamento del canone di nolo fosse indice della natura essenziale dell'inadempimento ed indicativa della scarsa propensione del debitore ad effettuare puntuali adempimenti. La *High Court*, invece, riteneva che il diritto di risolvere il contratto di nolo fosse stato esercitato illegittimamente, in assenza della prova dell'intenzionalità del noleggiante di non adempiere l'obbligazione.

¹²⁰ La clausola è la n. 62 del contratto oggetto del caso *Owneast Shipping Ltd v Qatar navigation QSC (Qatar Star)* [2010] EWHC 1663 (Comm). V. altresì, in tema di *anti-technicality clauses*, *North Range Shipping Co Ltd v Seatrans Shipping Corp (The Western Triumph)* [2002] EWCA Civ 405 [2002] 1 WLR 2397; *Afovos Shipping Co SA v Pagnan & Flli (The Afovos)* [1983] 1 WLR 196 (HL). In dottrina, sul tema, CARTER, *Termination clauses*, in *Journal of Contract Law*, 1990, 100 ss.

¹²¹ *Owneast Shipping Ltd v Qatar navigation QSC (Qatar Star)*, cit.

Ratio analoga rivestono altresì alcune clausole che si trovano in contratti regolati dal diritto italiano. Il riferimento è, in particolare, ai contratti di finanziamento *supra* descritti, nella parte in cui vengono elencate le diverse cause di risoluzione: «*Il presente contratto di finanziamento si risolverà di diritto [...] quando il debitore non adempia al pagamento di qualsiasi somma dallo stesso dovuta ai sensi del presente contratto di finanziamento, ovvero non adempia puntualmente alle altre obbligazioni pecuniarie previste dalla documentazione finanziaria nel tempo, nei termini, nella valuta e nel modo specificato nella documentazione finanziaria, a meno che tale inadempimento non dipenda da mero errore amministrativo e non venga sanato nei 2 (due) giorni lavorativi successivi alla data prevista per il relativo pagamento*».

Lo scopo perseguito è, evidentemente, quello di evitare che un minimo ritardo nel pagamento di una singola rata possa giustificare la risoluzione del contratto; sarebbe infatti contrario al principio di buona fede e lesivo dell'affidamento del debitore far seguire la restituzione del finanziamento ad inadempimenti minimi e di natura trascurabile.

Le *anti-technicality clauses*, pertanto, rappresentano una forma di temperamento in quei contratti di durata che attribuiscono il diritto di risoluzione anche a seguito dell'inadempimento di una singola obbligazione a scadere, con lo scopo di arginare ipotesi «draconiane» di risoluzione.

b) Le clausole con cui si prevedono limiti temporali all'esercizio del diritto di risoluzione.

Nei contratti regolati dal diritto inglese ed anglo-americano¹²² ci si può poi imbattere in clausole che mirano a sottoporre l'esercizio del rimedio risolutorio a stringenti limiti temporali.

Tali pattuizioni prevedono che, una volta verificato l'inadempimento, il creditore possa esercitare il proprio diritto di risoluzione entro un breve termine di tempo, decorso il quale si presume egli abbia perduto l'interesse a sciogliere il rapporto contrattuale. La *ratio* di una simile clausola è quella di evitare ripensamenti e comportamenti opportunistici del creditore, posto che l'esercizio del diritto di risoluzione ad una rilevante distanza di tempo dall'inadempimento può essere considerato indice della scarsa rilevanza soggettiva di esso per la parte fedele al contratto.

¹²² Nel diritto inglese v. STANNARD-CAPPER, op. cit., 108: «*The right (to terminate, n.d.a.) is cut in some way, for instance by making it subject to certain conditions, for instance [...] by setting a time limit for its exercise*». Nel panorama statunitense v., invece, EDDY, *On the "Essential" Purposes of Limited Remedies*, cit., 29.

Nel panorama italiano¹²³, la questione relativa alla validità di una clausola siffatta è stata sollevata con particolare riferimento al meccanismo operativo della caparra confirmatoria *ex art. 1385 c.c.* In particolare, ci si è chiesti se le parti possano fissare limiti all'esercizio del diritto di recesso previsto dal secondo comma dell'art. 1385 c.c., prevedendo che la decorrenza del termine previsto nel contratto precluda la possibilità di sciogliere il rapporto contrattuale, lasciando al creditore unicamente la disponibilità del rimedio manutentivo e/o del risarcimento dei danni.

Sebbene tale pattuizione debba, in linea di massima, reputarsi ammissibile (perseguendo la *ratio* di garantire un rapido esercizio del diritto e di tutelare l'affidamento del debitore), si rendono necessarie alcune precisazioni. Verificatosi l'inadempimento, potrebbe accadere che il termine fissato decorra perché la parte non inadempiente abbia interesse alla conservazione del vincolo contrattuale (ad esempio, in virtù della difficoltà di ottenere una prestazione sostitutiva) e intenda dunque promuovere un'azione di manutenzione. In tale ipotesi non può in seguito essere precluso, alla parte fedele, di mutare le proprie determinazioni e domandare la risoluzione del contratto: opportunità che d'altronde viene concessa, nell'ipotesi della risoluzione giudiziale, dall'art. 1453, c. 2°¹²⁴.

Diversamente, nel caso in cui la parte fedele al contratto risulti inerte ad esito dell'inadempimento, la clausola esaminata spiegherà i propri effetti e precluderà l'esercizio dell'azione di risoluzione.

c) La clausola di «obbligatoria concessione dell'opportunità di adempiere».

Tra le clausole ritenute restrittive del diritto alla risoluzione del contratto può includersi quella con cui si prevede, in capo al contraente non inadempiente, l'obbligo di intimare un termine di grazia all'altra parte anche in presenza di una clausola risolutiva espressa¹²⁵. Ne consegue che qualsiasi violazione del contratto, anche riferita alle obbligazioni precisate nella clausola, deve essere segnalata alla parte inadempiente, in modo tale da consentirle di porre rimedio all'inadempimento.

¹²³ V. DE BIASE, *La derogabilità della disciplina legale della caparra confirmatoria*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 633 ss., spec. nt. 17: «L'infruttuoso decorso del termine per il recesso potrebbe attestare lo scarso interesse del contraente fedele per la definizione della vicenda e, conseguentemente, anche la scarsa importanza dell'inadempimento. Non può negarsi che, anche in assenza di un termine, l'esercizio del recesso a distanza di tempo dall'infruttuoso decorso del termine fissato per l'obbligazione di controparte potrebbe indurre il giudice, chiamato ad accertare lo scioglimento del vincolo, a dichiararne l'insussistenza dei presupposti, per carenza del requisito prescritto dall'articolo 1455 c.c.».

¹²⁴ In tal senso il tenore letterale dell'art. 1453, comma 2°: «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».

¹²⁵ Così STANNARD-CAPPER, *op. cit.*, 108.

Oltre ad essere espressamente accolta dal «nuovo» art. 1225 del *code civil*, tale soluzione viene sovente adottata nella prassi negoziale quando per il perfezionamento della fattispecie risolutoria si reputa necessaria, oltre alla dichiarazione di volersi avvalere della clausola, la preventiva concessione di un termine di grazia¹²⁶.

Se la volontà delle parti si esprime nel senso di concedere tale opportunità di adempimento tardivo al debitore, deve ritenersi che la disciplina convenzionale prevalga rispetto a quella legale *ex art.* 1456 c.c.

d) Effetti derivanti dall'inserimento di «clausole di rinegoziazione» per mancato rispetto di target minimi di vendita.

L'esercizio dell'autonomia negoziale delle parti, nell'ambito di contratti di durata conclusi tra imprese, può concretizzarsi attraverso la stipulazione di «clausole di rinegoziazione» (dette anche *hardship clauses*)¹²⁷ che possono produrre un adeguamento delle reciproche prestazioni, ad esito di una successiva (e nuova) espressione dell'autonomia contrattuale, quando durante l'esecuzione del rapporto si verificano «sopravvenienze»¹²⁸. Nella concezione prevalente e tradizionale, la rinegoziazione viene concepita come reazione rispetto ad una situazione di eccessiva onerosità, mentre in alcune relazioni commerciali la rinegoziazione si impone a fronte del mancato raggiungimento di una massa critica che le giustifichi¹²⁹.

Sebbene tali clausole non incidano direttamente né sui presupposti della risoluzione per inadempimento, né sul relativo meccanismo operativo, si vuole verificare se la loro presenza nell'ambito di un testo contrattuale possa condizionare il diritto della parte non inadempiente a provocare la risoluzione del contratto.

¹²⁶ Come si è visto, è questo il modello adottato dall'art. 1225, comma 2°, del *Code*, eventualmente derogabile dalle parti: «*La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire*».

¹²⁷ Il tema è troppo ampio e complesso per essere qui, anche solo superficialmente, trattato. Si segnalano, *inter alia*, gli scritti di LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza nelle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2016, 179 ss.; CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; 207 ss.; GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in AA.VV., *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi. Quaderni per l'arbitrato e per i contratti internazionali*, Milano, 1992, 37 ss.; FRIGNANI, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil law e di common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 680 ss.

¹²⁸ Con il termine ci si riferisce a quelle circostanze che, verificandosi nell'intervallo temporale tra il perfezionamento dell'accordo e la completa esecuzione della prestazione dovuta, sono in grado di modificare l'originario equilibrio contrattuale stabilito dalle parti. Sul punto, cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., 2011, 943.

¹²⁹ Per alcune riflessioni sulle clausole di minimo garantito v. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, 239 ss.

Si pensi, ad esempio, ad un contratto di agenzia che preveda, nel caso in cui «l'Agente non raggiunga determinati target di vendita», che «si deciderà di comune accordo se ci sarà una rinegoziazione del Territorio e/o delle commissioni da pagare all'agente»¹³⁰. Una clausola siffatta considera alla stregua di sopravvenienza una circostanza («il mancato rispetto di quantitativi minimi di vendita») tale da rendere particolarmente gravoso l'adempimento della prestazione da parte del preponente: la sua presenza nel testo contrattuale implica un certo affidamento delle parti sulla conservazione del rapporto e sul fatto che a ciascuna di esse sia lasciata la facoltà di addivenire ad una negoziazione prima di intraprendere la via dello scioglimento del contratto.

Le riflessioni qui svolte sono state confermate in un caso deciso dalla Camera Arbitrale e Internazionale di Milano¹³¹. In presenza di una simile clausola, accadeva che l'agente non raggiungesse i *target* di vendita prestabiliti e che, conseguentemente, il preponente risolvesse il contratto di agenzia senza alcun preavviso e prescindendo dall'assumere la decisione relativa alla rinegoziazione del territorio e/o delle commissioni. Nella decisione, il Tribunale affermava l'inefficacia della dichiarazione di risoluzione del preponente ritenendo che non potesse ravvisarsi un inadempimento di natura essenziale ai sensi dell'art. 7.3.1 dei Principi *Unidroit*.

In particolare, si argomentava che attraverso la stipulazione di una clausola di rinegoziazione le parti precisano, in via implicita, ciò che *non* è per loro un serio inadempimento; pertanto, una situazione espressamente e precisamente prevista dalle parti del contratto come suscettibile di rinegoziazione non potrebbe essere considerata alla stregua di inadempimento di natura essenziale.

La presenza di tali clausole, pertanto, parrebbe determinare un implicito irrigidimento del rimedio risolutorio: la condotta della parte che agisce direttamente per la risoluzione, senza tentare un preventivo procedimento di rinegoziazione, può infatti essere presa in considerazione dal giudice nell'ambito della valutazione relativa alla natura essenziale dell'inadempimento.

e) Le clausole di «necessario accertamento giudiziale».

Nell'ambito degli ordinamenti giuridici presi in considerazione nel presente lavoro di ricerca solo quello italiano e francese lasciano permanere, a fianco delle risoluzioni di diritto, il modello «classico» della risoluzione per effetto di sentenza costitutiva.

¹³⁰ Una simile convenzione è stata oggetto di una controversia esaminata dalla Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano e decisa sulla base dei Principi *Unidroit*. V. lodo arbitrale 1.12.1996, Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano, A-1795/51.

¹³¹ V. lodo arbitrale 1.12.1996, Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano, A-1795/51, *cit*.

Ciò non toglie che la volontà delle parti possa esprimersi nel senso di consentire la risoluzione solo per il tramite di una pronuncia costitutiva, prevedendo ad esempio che «*The Contractor shall not be entitled to terminate his Contract, unless the Owner is judged to be in default by arbitration in accordance with the rules of arbitration specified under the Clause herein*»¹³².

Il meccanismo della risoluzione giudiziale verrebbe dunque scelto dalle parti in via convenzionale, escludendo anticipatamente l'operatività delle risoluzioni di diritto.

Sebbene tale clausola determini un notevole irrigidimento del rimedio risolutivo, l'esercizio dell'autonomia privata in tale direzione non può essere inibito alle parti di un contratto, considerato che esse potrebbero optare per forme di limitazione del rimedio ancor più invasive: si pensi all'inserimento di una clausola di irresolubilità, di cui si approfondirà nel prosieguo.

4.7 (Segue) *Limited remedy clauses*.

Le parti potrebbero manifestare l'esigenza di escludere il ricorso al rimedio risolutivo in una prospettiva di conservazione del vincolo contrattuale, attraverso la stipulazione di una clausola, c.d. *di irresolubilità*, di cui si è ampiamente occupata anche la dottrina italiana¹³³.

Nel corso della trattazione si utilizzerà l'espressione *limited remedy clauses* per riferirsi a quelle clausole che escludono la risolubilità per inadempimento del contratto, lasciando però permanere la possibilità di ricorrere agli alternativi rimedi del risarcimento del danno e dell'azione di adempimento¹³⁴.

Diversamente, si parlerà di *exclusive remedy clauses* o *sole remedy clauses* con riferimento a quelle pattuizioni che, a fronte di un inadempimento, tendono a far residuare la mera possibilità di ottenere un ristoro monetario.

¹³² La clausola si legge in DE LY, *Les clauses mettant fin aux contrats internationaux*, cit., 815.

¹³³ Il tema è stato affrontato, *inter alia*, da AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 173 ss. e 490 ss.; SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 391 ss.; DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit.; ID., *Il patto di irresolubilità per inadempimento: questioni attuali in tema di validità e disciplina*, cit., 501 ss.; CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit., 31 ss.; BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., spec. 1309 ss.; DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 243; SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 616; D'AURIA, *Il patto di irresolubilità: profili problematici*, in *Giust. civ.*, 1738 ss.; GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, 193 ss.; GALLARATI, *Il contratto irresolubile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola di exclusive remedy nell'economia delle parti*, cit.; BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*, cit., 240 ss.; ID., *Sulla validità di una clausola di irresolubilità del contratto per inadempimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, cit., 536 ss.

¹³⁴ V., ad esempio, l'analisi condotta da G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Milano, 2011, 243 ss.

Si è già accennato al dibattito, sorto in seno alla dottrina italiana, relativo all'ammissibilità di una clausola che escluda la possibilità di risolvere il contratto per inadempimento.

Se in Italia gli indici giurisprudenziali sono scarni¹³⁵, una clausola di tale tenore è stata recentemente oggetto di una pronuncia della *Cour de Cassation*¹³⁶. Il caso riguardava una coppia di coniugi acquistava un immobile pattuendo, con il venditore, che quest'ultimo non avrebbe mai esercitato alcuna azione risolutoria in caso d'inadempimento dei compratori. Nella sentenza, la *Cour de Cassation* riteneva che la clausola di rinuncia anticipata della risoluzione dovesse ritenersi valida. Nella motivazione, si affermava che la disposizione allora regolante la risoluzione per inadempimento (art. 1184, ora abrogato) non potesse essere considerata di ordine pubblico e che pertanto potesse essere derogata da una clausola formulata in modo chiaro e non equivoco. Nulla si diceva, invece, in merito alla necessità di garantire, al creditore, la tutela consistente nei rimedi del risarcimento del danno e dell'azione di adempimento.

Ciò premesso, si ritiene opportuno analizzare le conseguenze concrete che deriverebbero dall'applicazione di una clausola di irresolubilità, distinguendo diverse ipotesi.

(i) La ***prima ipotesi rilevante*** è quella di una clausola che prevede la rinuncia all'azione di risoluzione da parte del creditore di un corrispettivo pecuniario.

Un'esemplificazione può chiarire la problematica. Tra A e B intercorre un contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto un immobile sito in un edificio costruito da B. A, per ragioni lavorative, viene trasferito presso un'altra città; pertanto dichiara a B che non intende stipulare il rogito e versare il prezzo.

In presenza della clausola descritta, B non potrà domandare la risoluzione del contratto, ma potrà insistere per l'adempimento dello stesso, imponendo il trasferimento della proprietà ed esigendo il pagamento del prezzo.

¹³⁵ V., da ultimo, Cass., 9 maggio 2012, n. 7054, in *Giur. it.*, 2012, 11 ss., con nota di SICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*, in *Giur. it.*, 2012.

¹³⁶ Cass. civ. 3e, 3 nov. 2011, n° 10-26.204; *Bull. civ.* III, n° 178, su cui v., *inter alia*, le considerazioni di SIZAIRE, *Validité de la renonciation anticipée à la mise en oeuvre de l'action résolutoire dès la conclusion du contrat*, in *Construction-Urbanisme* n°4, Avril 2012, comm. 74. Nella dottrina italiana, sulla pronuncia francese si sofferma ampiamente BERTINO, *Sulla validità di una clausola di irresolubilità del contratto per inadempimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 536 ss.

Nell'esempio descritto il rimedio dell'adempimento in natura sembra poter garantire, al venditore, una tutela adeguata¹³⁷. *In primis*, perché non si pone un problema di concreta impossibilità dell'azione di adempimento, trattandosi di una prestazione pecuniaria; inoltre, il contratto si presta ad essere facilmente eseguito in forma specifica in virtù della previsione di cui all'art. 2932 c.c.

Maggiori complessità sorgono, invece, nei casi in cui la risoluzione non possa essere domandata dal creditore della prestazione in natura.

Si pensi ad un contratto di vendita all'ingrosso di capi di abbigliamento concluso tra A (produttore e venditore) e B (compratore). Nel contratto è contenuta una clausola in cui si prevede che B rinunci alla possibilità di domandare la risoluzione per inadempimento. Nel caso di grave inadempimento delle obbligazioni contrattuali, B non potrà domandare la risoluzione del contratto, bensì insistere per l'adempimento della prestazione e per il risarcimento del danno.

Al di là delle problematiche connesse alle tempistiche processuali, alcune criticità emergono quando la domanda di adempimento non possa essere esperita: com'è noto, infatti, per domandare l'adempimento di un'obbligazione è necessario che esso sia ancora possibile¹³⁸. Il riferimento è, ad esempio, ai casi in cui la prestazione dell'obbligazione risulti materialmente impossibile¹³⁹ (ad esempio perché i beni oggetto della prestazione siano periti per colpa del debitore) o in cui il debitore abbia espressamente dichiarato di non voler adempiere.

In entrambe le fattispecie non viene offerta la possibilità di domandare l'esecuzione della prestazione, ma mentre nel primo caso si concede la facoltà di convertire la domanda di adempimento in natura in quella di adempimento per equivalente

¹³⁷ Su posizione analoga v. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit., 29, secondo cui «[i]l contraente che ha diritto a ricevere una prestazione pecuniaria non risente di un grave pregiudizio da una sua rinuncia preventiva alla risoluzione. Invero, se la controparte non adempie, egli ha interesse a mantenere il contratto e ad agire per l'adempimento e per i danni. Non ha invece interesse a risolvere e, qualora abbia già adempiuto, a recuperare la sua prestazione [...]»

¹³⁸ Ampiamente, sul tema, ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, 2008, spec. 58 ss.

¹³⁹ V., sempre, ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, cit., 58 ss. e 119 ss. Il limite dell'impossibilità è stato espressamente codificato in Francia, con riferimento al nuovo art. 1221 del *code civil*: «*Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier*». Si prevede, quindi, che il giudice non possa riconoscere il rimedio dell'adempimento in natura quando la prestazione risulti impossibile e risulti una manifesta sproporzione tra il costo che l'esecuzione ha per il debitore e l'interesse del creditore. A differenza di quanto previsto nell'ordinamento francese, il diritto italiano non prevede limiti all'esercizio dell'azione quando l'esecuzione della prestazione caratteristica sia particolarmente onerosa (condivide l'impostazione del legislatore italiano DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit. 470 ss., il quale ritiene che non sia necessario limitare espressamente l'azione di adempimento, perché eventuali abusi nell'attivazione del rimedio trovano un correttivo adeguato nel principio di buona fede).

pecuniario (art. 1218 c.c.)¹⁴⁰, nel secondo è dubbio se possa essere proposta una domanda di risarcimento del danno svincolata sia dalla domanda di risoluzione (che è esclusa in virtù della clausola di irresolubilità), sia dalla domanda di adempimento (che non è concretamente proponibile).

Se è un dato assodato quello per cui la domanda di risarcimento del danno può essere proposta autonomamente sia rispetto alla domanda di risoluzione¹⁴¹, sia rispetto a quella di adempimento¹⁴², deve ricordarsi che le tradizionali funzioni del risarcimento del danno non includono né la restituzione di quanto eseguito, né la liberazione dall'obbligo di eseguire la prestazione.

Sulla base di tali considerazioni, si è ritenuto che il problema della validità di una clausola di irresolubilità non potrebbe trovare risposta nel semplice permanere del diritto al risarcimento del danno¹⁴³.

Chi scrive ritiene invece che il risarcimento del danno in via autonoma possa garantire un'adeguata tutela al creditore. Nei casi in cui non è percorribile il rimedio dell'azione di adempimento, infatti, il creditore deve ritenersi ammesso a pretendere, a titolo di danno emergente, anche l'equivalente del valore della controprestazione inadempita¹⁴⁴.

Si pensi al contratto descritto *supra*, riportante una clausola di irresolubilità.

Poniamo che il valore dei capi di abbigliamento sia pari a 50.000 euro e che il compratore (B) abbia già versato il prezzo. Alla scadenza del termine per l'adempimento, A dichiara a B di non voler adempiere. Conseguentemente, B provvede ad acquistare capi di abbigliamento da un altro produttore, ad un prezzo superiore rispetto a quello originariamente pattuito con A (60.000 euro). B, inoltre, subisce una

¹⁴⁰ Sul punto CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit., 29 s.; ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, cit., 59.

¹⁴¹ V. *inter alia*, Cass., 24 marzo 2014, n. 6886; Cass., 24 novembre 2010, n. 23820, in *Mass. Giust. civ.*, 2010; Cass., 19 luglio 2008, n. 20067, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1, 156 ss.; Cass., 23 luglio 2002, n. 1074. In dottrina, per tutti, CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit., 36 s.: «Si pensi al caso di una prestazione di *facere* (di carattere professionale o comunque di lavoro autonomo) eseguita con imperizia: il cliente può astenersi dal chiedere la risoluzione del contratto d'opera professionale o del contratto d'opera, e agire solo per ottenere il risarcimento del danno».

¹⁴² V. Cass., 2 novembre 1998, n. 10961, in *Rep. Foro it.*, voce «Contratto in genere», n. 424; Cass., 12 ottobre 2000, n. 13598, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce «Contratto in genere», n. 560. In dottrina v., ancora, CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit., 32: «Si pensi al caso in cui uno dei contraenti adempia con ritardo o inesattamente: l'altro contraente potrà limitarsi a chiedere giudizialmente il risarcimento del danno da ritardo o per l'inesattezza della prestazione. Nel caso, poi, in cui la prestazione di uno dei contraenti è divenuta impossibile per fatto a costui imputabile, l'altro potrà chiedere solo il risarcimento del danno».

¹⁴³ In tal senso si esprime SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 409.

¹⁴⁴ Conformemente, nel caso di domanda di risarcimento proposta in via autonoma, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 359: «A fronte di un inesatto adempimento il creditore può pretendere il risarcimento del danno prescindendo dalla risoluzione del contratto e dalla riduzione del prezzo. Il danno risarcibile in via autonoma è costituito dal lucro cessante e dal danno emergente derivanti dall'inadempimento senza detrarre il valore della controprestazione».

riduzione dei guadagni, causata dalla mancata consegna dei capi, per un ammontare pari a 20.000 euro.

Se oltre al risarcimento del danno venisse chiesta la risoluzione¹⁴⁵, dall'ammontare del danno risarcibile dovrebbe detrarsi l'ammontare della prestazione a cui B è tenuto: (60.000 + 20.000) euro – 50.000 euro = 30.000 euro.

Considerando però che la prestazione, per stessa dichiarazione di A, non sarà eseguita e che B non potrà giovare dell'effetto restitutorio, deve ritenersi che il creditore sia ammesso a pretendere anche il valore della controprestazione che in futuro non potrà essere conseguita. Pertanto il risarcimento deve ritenersi pari a (50.000+30.000) euro = 80.000 euro.

Tale ricostruzione permette di porre il creditore nella stessa situazione che si sarebbe determinata se non vi fosse stato inadempimento e appare ragionevole anche al di là dei casi di mera impossibilità della prestazione, in tutti quei casi in cui sia consentito al creditore di rifiutare un eventuale adempimento tardivo del debitore¹⁴⁶.

Pertanto, nei casi in cui non sia possibile esercitare né l'azione di adempimento né l'azione di risoluzione, la clausola di irrisolvibilità deve ritenersi valida laddove si reputi che il creditore sia ammesso a pretendere, a titolo di risarcimento del danno, anche l'equivalente del valore della controprestazione inadempita. In altre parole, la clausola può trovare applicazione solo se si ammette che il risarcimento del danno consenta di recuperare anche quanto versato.

(ii) La ***seconda ipotesi rilevante*** è quella di una clausola che esclude la possibilità di domandare l'adempimento coattivo, ossia un patto con cui i contraenti prevedono, quali uniche forme di tutela, la risoluzione e/o il risarcimento del danno. Si negherebbe, così, la facoltà di scelta tra adempimento e risoluzione, in un'ottica opposta a quella di conservazione del contratto.

Una clausola siffatta potrebbe essere inserita in uno spirito di *favor* nei confronti del debitore di una prestazione caratteristica, quando l'esecuzione della prestazione rischia

¹⁴⁵ V. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit., 33, secondo cui il danno del contraente che agisce in risoluzione deve essere «diminuito del valore della prestazione dal cui adempimento egli è liberato in conseguenza della risoluzione del contratto (e che invece nella prospettiva dell'ipotetica esecuzione del contratto sarebbe andata definitivamente a beneficio dell'altro contraente)».

¹⁴⁶ Ciò vale, in particolar modo, nei casi di obbligazioni di *facere* infungibili. Per queste ultime, infatti, la volontà del debitore di non volere adempiere renderebbe inutile *ab origine* un'eventuale pronuncia di condanna del giudice, perché «la pronuncia del giudice può essere utile solo come coazione indiretta verso il debitore. Ma tale funzione può essere esplicata laddove non vi sia certezza della determinazione del debitore di non voler adempiere» In tal senso ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, cit., 65 s.

di risultare per lui particolarmente gravosa o comportante costi significativamente superiori rispetto al valore che il creditore attribuisce all'adempimento¹⁴⁷.

Il tema della modificazione convenzionale dell'azione di adempimento è stato, nel panorama italiano, tendenzialmente trascurato¹⁴⁸.

Le riflessioni sull'argomento, infatti, si sono limitate a rilevare che lo schema dell'art. 2932, c. 2, c.c. rappresenta un indice a favore della possibilità di escludere preventivamente il rimedio risolutivo¹⁴⁹. Inoltre, la dottrina che ritiene ammissibile la stipulazione di una clausola risolutiva automatica¹⁵⁰ ammette, implicitamente, che il creditore possa in via anticipata rinunciare al rimedio manutentivo.

Alcuni interessanti spunti si ritrovano nell'elaborazione sviluppatasi con riferimento al nuovo art. 1221 del *code civil*¹⁵¹, il quale dispone che «[l]e créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier».

La disposizione si caratterizza per l'introduzione di alcuni limiti all'esercizio dell'azione di adempimento, rendendo il rimedio maggiormente conforme rispetto a quanto previsto dai progetti di uniformazione¹⁵² e dai principi internazionali¹⁵³. In

¹⁴⁷ Nella prassi negoziale italiana, l'esclusione preventiva dell'azione di adempimento in natura si può trovare nell'ambito della contrattazione immobiliare, con riferimento alla figura del cosiddetto «preliminare di preliminare», trovandosi proposte d'acquisto del seguente tenore: «La presente proposta, una volta controfirmata dalla proprietà dell'immobile, sarà vincolante tra le parti ai sensi dell'art. 1351 cod. civ., con esclusione della tutela in forma specifica di cui all'art. 2932 cod. civ., e obbligherà le stesse a sottoscrivere un contratto preliminare di compravendita». Sulla validità del c.d. «preliminare di preliminare» v. Cass., sez. un., 6.3.2015, n. 4628 che può leggersi, tra le altre riviste, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 619 ss.; in *Foro it.*, 2015, I, 2016 ss., con nota di GIOVANELLA; in *Rivista del Notariato*, 2015, II, 597 ss., con nota di CICERO.

¹⁴⁸ Lo rileva, *inter alia*, AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 26 ss.: «Attenzione di gran lunga minore è stata dedicata all'ammissibilità dell'ipotesi opposta (alla clausola di irresolubilità, *ndr*), quella cioè di una deroga al sistema dei rimedi sinallagmatici, volta ad escludere non la risoluzione del contratto, ma la possibilità dell'adempimento coattivo: in altri termini, della legittimità del patto con cui i contraenti prevedano, quali uniche forme di tutela, azionabile in caso di inattuazione dello scambio, la risoluzione e l'eventuale risarcimento del danno». Alcuni cenni sulla derogabilità dell'azione di adempimento, se pur con esclusivo riferimento alle norme del diritto dei consumatori, si ritrovano in ROMEO, *I presupposti sostanziali dell'azione di adempimento*, cit., 246 ss.

¹⁴⁹ Lo rileva, puntualmente, AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 27.

¹⁵⁰ In tal senso C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 347: «La parte non inadempiente ha l'onere di comunicare all'altra la volontà di risolvere il contratto anche in mancanza di una specifica previsione del contratto in ordine a tale comunicazione».

¹⁵¹ DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., 488 ss.; DELEBECQUE, *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat*, cit., 65 ss.

¹⁵² V. art. 3:302 del DCFR, in cui si fissano i seguenti limiti alla *specific performance*: «(a) *performance would be unlawful or impossible*; (b) *performance would be unreasonably burdensome or expensive*; or (c) *performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it*».

¹⁵³ In tal senso l'art. 7.2.2 dei PICC: «Where a party owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance, unless (a) *performance is impossible in law or in fact*; (b) *performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive*; (c) *the*

particolare, l'elemento di modernità consiste nel prevedere che l'azione non possa trovare accoglimento a fronte di una sproporzione tra il costo che l'esecuzione avrebbe per il debitore e l'interesse del creditore¹⁵⁴.

Tale elemento determina una riduzione della sfera di operatività dell'azione di adempimento, andando almeno in parte a scalfire¹⁵⁵ l'orientamento tradizionale secondo il quale il rimedio manutentivo deve porsi al vertice dei rimedi contro l'inadempimento del contratto¹⁵⁶.

party entitled to performance may reasonably obtain performance from another source; (d) performance is of an exclusively personal character; or (e) the party entitled to performance does not require performance within a reasonable time after it has, or ought to have, become aware of non-performance». In senso analogo anche l'art. 9:102 dei *Principles of European Contract Law*.

¹⁵⁴ L'attuale testo dell'art. 1221 del *Code* differisce rispetto all'equivalente disposizione contenuta nel *Projet d'Ordonnance* e risulta più equilibrato e rispettoso del diritto del creditore a ricevere l'adempimento della prestazione, dovendo il giudice effettuare un giudizio di proporzionalità tra costo dell'adempimento coattivo e interesse del creditore, mentre la precedente formulazione prevedeva che «*[l]e créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est déraisonnable*». Si esprimono in senso contrario all'introduzione di limiti all'azione di adempimento DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., 479 ss., il quale ritiene che la scelta del legislatore italiano sia stata opportuna, in quanto eventuali abusi nell'attivazione del rimedio possono essere efficacemente neutralizzati grazie al rimedio della buona fede. Nella dottrina francese esprime criticità nei confronti della novella GENICON, *Contre l'introduction du coût manifestement déraisonnable comme exception à l'exécution forcée en nature*, cit., 63 ss., secondo cui «*en introduisant une nouvelle exception à l'exécution forcée en nature tenant au coût manifestement déraisonnable de la mesure, le projet fait reculer les droits des créanciers contractuels et opère un changement d'orientation notable du droit des contrats, d'autant plus regrettable qu'il est subreptice et nourri d'un économisme mal-à-propos*». *Contra* LAITHIER, *Le droit à l'exécution en nature: extension ou réduction?*, in STOFFEL-MUNCK (Sous la direction de), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Paris, 2015, 100.

¹⁵⁵ Ad uno sguardo più attento, infatti, può notarsi come l'assetto scaturente dalla recente *Réforme* privilegi il rimedio manutentivo rispetto alla risoluzione del contratto: ad esempio l'art. 1217, nell'elencare i rimedi contro l'inadempimento, fa precedere l'esecuzione forzata rispetto alla risoluzione (v. CHANTEPIE-LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, cit., 547: «*L'exécution forcée en nature est placée, au sein de la liste des sanctions visées par l'article 1217 du Code civil, devant la réduction du prix ou la résolution du contrat. Serait ainsi confortée, au moins symboliquement, la primauté du droit à l'exécution en nature offert au créancier*»); inoltre, l'art. 1228 del *code civil* mantiene la possibilità, per il giudice, di concedere al debitore un termine supplementare anche dopo che il creditore abbia proposto la domanda di risoluzione (in tal senso l'art. 1228: «*Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts*»).

¹⁵⁶ In senso contrario a tale impostazione LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, cit., 297 ss. L'A. critica una simile «gerarchia di rimedi» perché presenterebbe il rischio di danneggiare l'interesse del creditore vittima dell'inadempimento, avvantaggiando il debitore che potrebbe contare sulla «benevolenza» del giudice. In giurisprudenza, espressione di tale orientamento tradizionale è Civ. 3e, 17 janv 1984, n° 82-15.982. Il caso era il seguente: un committente ordinava ad un appaltatore la costruzione di una piscina, concordando che l'accesso ad essa dovesse essere composto da quattro gradini; al momento della consegna, l'accesso presentava soli tre gradini. La domanda di adempimento proposta dal committente veniva rigettata dal giudice di merito. La *Cour de Cassation* riformava, invece, la decisione valorizzando il disposto dell'art. 1134 del *code civil* in forza della «supremazia» dell'esecuzione forzata rispetto alla risoluzione. In base alla decisione, dovrebbe in ogni caso essere data preferenza all'esecuzione del contratto, a prescindere dall'eccessività del costo. In senso conforme v. anche Civ. 3e, 11 mai 2005, n° 03-21-136; Civ. 1re, 1er déc. 1987, n° 85-12.046.

Ciò precisato, ci si chiede se da tale circostanza possano trarsi alcune indicazioni circa la possibilità di ampliare, o viceversa escludere, la possibilità di ricorrere all'adempimento in natura del contratto.

Se si dovesse ritenere che la riforma si orienti nel senso di depotenziare l'adempimento in natura, negando la sua prevalenza rispetto al binomio risoluzione-risarcimento, si potrebbe affermare che le clausole di rinuncia anticipata dell'azione di adempimento siano ammissibili quando rispettino le medesime condizioni fissate dalla giurisprudenza¹⁵⁷ per la validità di una clausola di rinuncia anticipata alla risoluzione.

In tale direzione sembra porsi la più recente dottrina d'oltralpe¹⁵⁸, la quale ritiene valida una clausola di preventiva esclusione del rimedio dell'adempimento in natura quando essa sia formulata in modo chiaro e preciso e permanga la possibilità di domandare la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni¹⁵⁹.

Le clausole che, viceversa, tendono ad ampliare la sfera di operatività del rimedio in esame sembrano porre maggiori criticità. In particolare, ci si è chiesti se sia possibile pattuire una clausola che consenta di domandare l'adempimento in natura a prescindere dal costo che essa comporti, derogando al disposto del «nuovo» art. 1221 del *code civil*.

Al quesito si è data, sinora, risposta negativa: al più le parti potrebbero evidenziare, nell'ambito del testo contrattuale, i particolari interessi di natura non patrimoniale che verrebbero pregiudicati dall'inadempimento e che rendono preferibile la tutela in forma specifica rispetto al risarcimento del danno¹⁶⁰. Ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, quando il creditore non è in grado di procurarsi la prestazione caratteristica mediante la conclusione di un contratto definitivo.

Le riflessioni di cui si è dato conto sembrano potersi condividere.

¹⁵⁷ Il riferimento è a Cass. civ. 3e, 3 nov. 2011, n° 10-26.204; *Bull. civ.* III, n° 178. Corte ha affermato che una clausola di irresolubilità deve reputarsi valida ed efficace quando è redatta in modo chiaro e preciso e che l'art. 1184 *code civil* non può considerarsi una norma di ordine pubblico e come tale può essere derogata dall'autonomia negoziale.

¹⁵⁸ V. DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, 488; DELEBECQUE, *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat*, cit., 65 ss.

¹⁵⁹ V. DELEBECQUE, *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat*, cit., 65: «S'agissant de l'exécution forcée en nature, on ne voit pas pourquoi les parties ne pourraient pas stipuler une clause qui priverait le créancier, en cas de défaillance du débiteur, du droit d'agir en exécution ou encore de son diminutif qui est la faculté de remplacement. Cette renonciation n'a rien d'illicite si elle est claire et précise et si le créancier conserve une action, le droit de demander la résolution ou encore le droit d'engager la responsabilité de son cocontractant».

¹⁶⁰ In tal senso DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit., 488: «[P]lutôt que d'écarter la limite légale frontalement, ce qui en l'état d'une efficacité incertaine, un moyen de l'aménager consiste à souligner, par une clause claire qu'un juge ne peut dénaturer, l'intérêt que le créancier attend de l'exécution en nature afin que le rapport de proportionnalité – en l'occurrence du second terme du rapport qu'est "l'intérêt pour le créancier" ne soit pas abandonné à la libre appréciation du juge».

L'esclusione dell'adempimento in natura non lascia privo di tutela il creditore quando permanga la possibilità di domandare la risoluzione del contratto contestualmente al risarcimento del danno: semplicemente, la scelta tra rimedio risolutorio e rimedio manutentivo viene anticipata dal tempo dell'inadempimento a quello della stipulazione del contratto¹⁶¹.

A fronte di un inadempimento che sia considerato di natura non scarsa, allora, il contraente che subisce l'inadempimento può avvalersi della risoluzione del contratto e dell'eventuale risarcimento del danno; se l'inadempimento è lieve, invece, il contratto viene temporaneamente conservato e l'unico rimedio disponibile risulta essere il risarcimento del danno¹⁶².

4.8 (Segue) *Sole remedy clauses*.

Con i termini *sole remedy clauses* o *exclusive remedies clauses* ci si riferisce a quelle pattuizioni che riconoscono, in capo alla parte non inadempiente, un unico rimedio contro l'inadempimento del contratto, tipicamente rappresentato dal versamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno¹⁶³.

A titolo meramente esemplificativo tali clausole possono trovarsi, oltre che in contratti di compravendita di beni mobili¹⁶⁴, in contratti di acquisizione di partecipazioni societarie¹⁶⁵, così come in quelli di finanziamento aventi una struttura trilaterale e volti a realizzare operazioni di *project finance*¹⁶⁶.

¹⁶¹ V. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 25.

¹⁶² Com'è noto, i presupposti della risoluzione per inadempimento non coincidono con quelli dell'azione di adempimento, che non presuppone l'importanza non scarsa dell'inadempimento. Sui presupposti dell'azione di adempimento v., per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 263 ss.

¹⁶³ Per alcuni cenni relativi a tale tipologia di clausola v. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 411 ss.

¹⁶⁴ V. il *leading case Robert A Munro & Co Ltd v Meyer* [1930] 2 KB 312 (Wright J).

¹⁶⁵ Si pensi alla clausola riportata da SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 393, relativa ad un contratto di cessione di pacchetto azionario di maggioranza di una società: «L'acquirente rinuncia a qualsiasi rimedio previsto dalla legge in tema di risoluzione e di annullamento e accetta il seguente impegno di indennizzo quale unico e idoneo strumento utilizzabile per soddisfare qualsiasi aspettativa e pretesa nascente da questo contratto». Sulle clausole di rimedio esclusivo inserite nei contratti di acquisizione di partecipazioni societarie, alcuni cenni si ritrovano in GALLARATI, *Il contratto irresolubile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola di exclusive remedy nell'economia delle parti*, cit.; F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, 293 ss.

¹⁶⁶ V. la clausola riportata *supra*: «In caso di inadempimento da parte del Socio alle obbligazioni assunte in base al seguente contratto, la Società si impegna a non richiedere la risoluzione per inadempimento del seguente contratto ed agire, anche giudizialmente, per ottenerne anche l'esecuzione».

In tale ambito, vero e proprio banco di prova è rappresentato dall'interpretazione della volontà delle parti, in quanto solo attraverso un'adeguata esegesi del testo contrattuale è possibile ricostruire le funzioni delle *exclusive remedy clauses*.

Ciò è confermato dalle indicazioni offerte dallo *Uniform Commercial Code* al § 2-719 (*Contractual Modification or Limitation of Remedy*). Tale disposizione prevede che quando una clausola precisa la possibilità di ricorrere ad un determinato rimedio, questo deve presumersi come cumulativo rispetto a quelli generalmente previsti contro l'inadempimento, e non come esclusivo¹⁶⁷.

Pertanto, può affermarsi che solo una clausola formulata in modo chiaro e non equivoco possa eleggere un «rimedio esclusivo». Principio che, d'altronde, è stato espressamente formulato anche nel citato *arrêt* della *Cour de Cassation*, che ha affermato la validità di una clausola di irresolubilità contenuta in un contratto di compravendita immobiliare¹⁶⁸. La diversità di funzioni perseguite dalle *exclusive remedy clauses* è testimoniata dalla molteplicità di formulazioni che si riscontrano nella prassi negoziale.

(i) L'interprete può imbattersi, ad esempio, in clausole di simile tenore: «*Liquidated damages paid in accordance with the foregoing provision shall be the Buyer's sole remedy for any delay in delivery for which the Seller is responsible under this Agreement*»¹⁶⁹.

Ad una prima lettura, potrebbe ritenersi che la clausola implichi una rinuncia preventiva sia dell'azione di risoluzione, sia dell'azione di adempimento, lasciando permanere unicamente la possibilità di domandare il risarcimento del danno, liquidato in via anticipata e convenzionale.

Il riferimento testuale al «ritardo nella consegna» («*delay in delivery*»), tuttavia, parrebbe comportare una rinuncia anticipata al rimedio della risoluzione nei soli casi di ritardo semplice. La problematica principale posta da un simile patto, allora, risiede nella situazione di incertezza che si realizza nel caso di ritardo non lieve, ponendosi alcune difficoltà in relazione all'individuazione del momento a partire dal quale è possibile agire per domandare la risoluzione del contratto.

Pare cioè opportuno distinguere il caso del ritardo minimo da quello del ritardo gravissimo, tale da far venir meno l'interesse ad ottenere l'adempimento.

¹⁶⁷ V. § 2-719. (1) (b): «*Subject to the provisions of subsections (2) and (3) of this section and of the preceding section on liquidation and limitation of damages, [...] (b) resort to a remedy as provided is optional unless the remedy is expressly agreed to be exclusive, in which case is the sole remedy*».

¹⁶⁸ V. Cass. civ. 3e, 3 nov. 2011, n° 10-26.204, *cit*.

¹⁶⁹ La clausola si legge in CORDERO-MOSS (Edited by), *Boilerplate clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, *cit.*, 119.

Nella prima ipotesi, il compratore potrà soddisfare la propria pretesa domandando il risarcimento dei danni convenzionalmente liquidati nella clausola: ad esempio, a fronte di un adempimento effettuato con pochi giorni di ritardo rispetto alla scadenza, il compratore non potrà risolvere il contratto, ma sarà legittimato a domandare il risarcimento del danno nella misura determinata in via convenzionale ed anticipata.

Diversamente, quando vi siano elementi tali da far ritenere che la parte creditrice non abbia più interesse all'adempimento o che la parte debitrice non sia più nelle condizioni di poter adempiere, la parte fedele potrà affrancarsi dal rapporto contrattuale.

Pertanto, sebbene il patto analizzato sia sovente individuato quale esemplificazione di «clausola di rimedio esclusivo», il tenore letterale della clausola induce ad escludere che debba ritenersi in ogni caso precluso il ricorso al rimedio risolutivo.

A ben vedere, una convenzione non dissimile da quella analizzata è stata oggetto di una risalente pronuncia della Corte di Cassazione, che ha però ritenuto nullo il patto in considerazione dell'inderogabilità dell'art. 1455 c.c., ritenuto «impermeabile alla volontà delle parti»¹⁷⁰.

(ii) Maggiori problematiche sono invece poste da quelle clausole che in modo non equivoco eleggono, quale rimedio esclusivo, la possibilità di domandare un indennizzo, sovente determinato in via convenzionale ed anticipata o comunque limitato attraverso la previsione di massimali di responsabilità.

A tal riguardo, particolare rilievo assumono le clausole di *exclusive remedy* che si trovano nell'ambito di contratti di compravendita di partecipazioni azionarie¹⁷¹, le quali dispongono che i diritti e i rimedi previsti e disciplinati nel contratto (e rappresentati, appunto, dal riconoscimento di indennizzi) sostituiscano ed escludano l'applicabilità di ogni diritto o rimedio previsto dalla legge in relazione a qualsiasi violazione delle garanzie¹⁷² o di altre obbligazioni contenute nel contratto (es.: «L'acquirente rinuncia a qualsiasi rimedio previsto dalla legge in tema di inadempimento accettando il seguente

¹⁷⁰ Cass., 4.2.1998, n. 1086, inedita ma citata da VITUCCI, *Ogni ritardo sarà considerato di non scarsa importanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 577 ss. Alcune considerazioni sulla pronuncia si trovano anche in BERTINO, *Sulla validità di una clausola di irrisolvibilità del contratto per inadempimento*, cit., 539 ss.

¹⁷¹ Per una definizione analoga v. F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, cit.

¹⁷² Nei contratti di compravendita di partecipazioni azionarie sono contenute espresse clausole di garanzia circa la consistenza e le caratteristiche del patrimonio sociale (c.d. *Business Warranties*), al fine di proteggere l'acquirente da un acquisto non conforme alle aspettative. Le più rilevanti sono le clausole di garanzia del patrimonio netto e di «verità» del bilancio, le clausole di garanzia relative a crediti, immobilizzazioni, ambiente, contratti e controversie (per una sintetica descrizione delle principali clausole di garanzia v. F. BONELLI, *Acquisizione di società e di pacchetti azionari di riferimento*, cit.; per una più ampia trattazione IORIO, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2006, 6 ss.)

diritto di indennizzo quale unico strumento utilizzabile per soddisfare qualsiasi pretesa nascente dal contratto»).

I rimedi alla violazione delle clausole di garanzia vengono quindi fissati attraverso la previsione di clausole di indennizzo¹⁷³, con le quali si prevede l'obbligo del venditore di corrispondere una somma di denaro nel caso di violazione di una o più clausole di garanzia.

L'interpretazione di tali clausole non pone, diversamente da quelle in precedenza esaminate, particolari criticità, posto che sovente si prevede, quale rafforzativo, l'espressa esclusione del diritto del compratore di avvalersi dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), delle garanzie per vizi o mancanze di qualità (artt. 1490, 1495 e 1497 c.c.) e della risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.).

L'esclusione della risoluzione si giustificerebbe in ragione delle gravi conseguenze cui darebbe origine l'applicazione di rimedi restitutori, soprattutto quando questi avvengano dopo uno svariato periodo di tempo, risultando ardua la retrocessione dell'azienda dopo mesi di gestione da parte del compratore, che può nel frattempo aver provveduto all'integrazione della società acquisita nel proprio gruppo¹⁷⁴.

Si è osservato, inoltre, che le peculiarità proprie dell'operazione negoziale lascerebbero margini residui al rimedio risolutorio: difficilmente, infatti, la violazione di una garanzia (la cui assenza non impedirebbe la realizzazione del risultato traslativo delle partecipazioni sociali) può essere considerata di gravità tale da determinare la risoluzione dell'intero contratto, per mancanza del presupposto della rilevante gravità dell'inadempimento *ex art. 1455 c.c.*¹⁷⁵

Deve però essere valutata l'ipotesi nella quale il patrimonio della società risulti notevolmente alterato tra la data del primo accordo ed il c.d. *closing*¹⁷⁶. Se si applicasse

¹⁷³ Ampiamente, sul tema, SPERANZIN, *Vendita delle partecipazioni di «controllo» e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, spec. 297 ss. Sulle differenze tra indennizzo e risarcimento del danno SPERANZIN, op. cit., 156 ss.

¹⁷⁴ V., con particolare riguardo all'esclusione dell'azione di risoluzione nella compravendita di partecipazioni azionarie, SPERANZIN, *Vendita di partecipazioni di «controllo» e garanzie contrattuali*, cit., 302. Secondo l'A., tuttavia, le parti non potrebbero efficacemente escludere del tutto altri rimedi, diversi dall'indennizzo, per il caso di violazione delle clausole di garanzia: «l'autonomia privata non può impedire che la violazione della buona fede nelle trattative o eventuali dichiarazioni dolose comportino un'obbligazione al risarcimento del danno» (306).

¹⁷⁵ Così SPERANZIN, *Vendita di partecipazioni di «controllo» e garanzie contrattuali*, cit., 184. In senso contrario v. però IORIO, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, cit., 251, secondo cui «le garanzie legali, nel contratto di compravendita, non possono essere intese come prestazioni accessorie, ponendosi invece come criterio di riferimento per valutare l'esattezza del risultato traslativo; tanto che la violazione delle garanzie *ex lege* attribuisce al compratore il potere di sciogliere il contratto, per inadempimento della prestazione principale».

¹⁷⁶ L'operazione di trasferimento delle partecipazioni azionarie è solitamente strutturata in due accordi: il vero e proprio contratto definitivo di vendita delle partecipazioni ed il *closing*, ossia l'esecuzione delle

letteralmente la *exclusive remedy clause*, la divergenza anche sostanziale tra le garanzie rilasciate dal venditore e la situazione reale non giustificerebbe né l'esercizio dell'eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.*, né l'esercizio del diritto di risoluzione, obbligando in ogni caso il compratore a versare il prezzo¹⁷⁷. L'unico rimedio disponibile, allora, sarebbe rappresentato dal diritto di ottenere l'indennizzo previsto da contratto, che potrebbe però risultare di ammontare notevolmente inferiore rispetto al danno subito.

A ben vedere, però, un'effettiva e consistente discordanza tra dichiarazioni rese ed effettiva consistenza patrimoniale è indice di un comportamento gravemente colposo, o fors'anche doloso, del venditore. Oltre ad ipotizzare l'eventuale annullabilità del contratto per dolo *ex art. 1439 c.c.*, si può allora richiamare l'opinione di chi ritiene che la clausola di irrisolvibilità non possa essere invocata nei casi di inadempimento doloso o gravemente colposo¹⁷⁸.

Non solo; qualora il danno subito dal compratore sia nettamente inferiore rispetto all'ammontare previsto dall'indennizzo, la clausola potrebbe essere privata di efficacia potendosi ritenere avente natura di penale di importo irrisorio¹⁷⁹.

In tali ipotesi si ricadrebbe infatti, secondo l'insegnamento della giurisprudenza della Suprema Corte¹⁸⁰, nella fattispecie dell'invalidità per contrasto con il disposto dell'art. 1229 c.c. (non essendo invece prevista la possibilità, per il giudice, di aumentarne l'ammontare)¹⁸¹.

ulteriori obbligazioni nascenti dal contratto. Questo periodo consente l'esperimento della *due diligence*, ossia dell'esame di tutta la documentazione che riguarda la società le cui partecipazioni vengono cedute. Sulla struttura dell'operazione di vendita di partecipazioni azionarie v., per tutti, SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 26 ss.

¹⁷⁷ La possibilità di eccepire l'inadempimento dell'altro contraente consente, pur in misura inferiore rispetto alla domanda di risoluzione, di mantenere la logica dello scambio (in tal senso AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 25). Conseguentemente, devono tendenzialmente essere disapprovate quelle clausole che escludono tanto la possibilità di risolvere il contratto, quanto quella di eccepire l'inadempimento dell'altro contraente (clausole *solve et repete*).

¹⁷⁸ Cfr. PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for an European Law*, cit., 200, secondo cui si deve propendere «per una generale liceità, fermo il divieto per i vizi della volontà diversi dall'errore e per le clausole implicanti esonerazione da responsabilità per dolo o, fors'anche, colpa grave». La tesi è stata sostenuta, in precedenza, da DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., spec. 75 ss.

¹⁷⁹ Affronta la problematica della penale d'importo irrisorio LUCCHINI GUASTALLA, *Riflessioni in tema di clausola penale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 91 ss.

¹⁸⁰ V. Cass. 3 dicembre 1993, n. 12013, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1247 ss., con nota di CORSALE.

¹⁸¹ Diversamente da quanto avviene nel sistema francese, ove il giudice può aumentare la *peine manifestement dérisoire*. Cfr., a tal riguardo, l'art. 1231-5, commi 1° e 2°, del *Code*: «Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire».

Può concludersi che, nel contesto della vendita di partecipazioni sociali, una simile clausola nasce con lo scopo di mantenere stabilità all'operazione economica e, per tale motivo, ha la propria ragion d'essere a fronte della violazione di garanzie che non pregiudichino l'interesse del creditore alla prestazione; diversamente, quando le violazioni integrino un comportamento doloso o gravemente colposo del venditore, il compratore potrà invocare sia l'eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.*, sia la risoluzione del contratto.

iii) Ulteriore *sole remedy clause* è quella, diffusa nell'ambito di contratti di vendita commerciale, nella quale viene selezionato quale unico rimedio la riparazione o sostituzione del bene viziato, e dunque l'azione di esatto adempimento¹⁸².

Com'è noto, il dato normativo del codice civile in tema di contratto di vendita si limita a riconoscere la possibilità di domandare la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo; nulla si prevede invece con riferimento alla riparazione o sostituzione del bene, contemplati quali rimedi generali dalla disciplina che regola la vendita di beni di consumo¹⁸³.

Non è però raro che, in un contratto di vendita concluso tra professionisti, sia contenuta la seguente clausola: «*Il rimedio esclusivo dell'acquirente per ogni richiesta di garanzia o per qualsiasi richiesta relativa all'acquisto o all'uso del prodotto sarà la riparazione o la sostituzione del prodotto*»¹⁸⁴.

Soprattutto nell'ordinamento angloamericano, tali clausole si accompagnano ad una espressa esclusione della possibilità di richiedere il risarcimento del danno¹⁸⁵.

¹⁸² Secondo la dottrina prevalente, la riparazione e sostituzione del prodotto devono essere inquadrare in termini di azione di esatto adempimento: v., al riguardo, DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000, 256 ss.; ROMEO, *I presupposti sostanziali dell'azione di adempimento*, cit., 225 ss.; FREDA, *Adempimento o risarcimento in forma specifica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 276 ss., la quale puntualmente osserva che «[a] fronte della consegna di un bene non conforme a quello pattuito, invero, la richiesta del compratore di renderlo conforme, o di sostituirlo con uno adeguato, non mira all'eliminazione di conseguenze dannose, bensì al conseguimento in natura de risultato originariamente dovuto».

¹⁸³ Si afferma, comunemente, che la disciplina contenuta nel codice del consumo realizza una gerarchizzazione dei rimedi; in altre parole, i tradizionali rimedi della risoluzione e della riduzione del prezzo possono essere richiesti dal consumatore solo «a patto che la tutela specifica, assicurata dalla riparazione o dalla sostituzione, sia impossibile o troppo onerosa, ovvero non sia stata attuata entro un congruo termine o, ancora, abbia arrecato notevoli inconvenienti al consumatore». *Amplius* ROMEO, *I presupposti sostanziali dell'azione di adempimento*, cit., 242 ss.

¹⁸⁴ La clausola è riportata da GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, 193. Essa risulta particolarmente diffusa nell'ordinamento anglo-americano, ove si suole parlare di *limited repair warranties provisions*, cioè clausole in cui «*the remedy for breach of the express warranty is limited to a sole remedy of repair or replacement, at the seller's option*». *Amplius* EDDY, cit., 58 ss.

¹⁸⁵ V., a titolo esemplificativo, la clausola oggetto del caso *Jones & McKnight Corp. V. Birdsboro Corp.*, 320 F. Supp. 39, 40 & n. 2 (N.D. Ill. 1970): «*The Vendor warrants the equipment sold hereunder to be free from defects in material or workmanship [...]. In case of any such defects, Vendor's liability is*

Il patto pone diverse criticità nell'ipotesi in cui il venditore rifiuti o non possa provvedere alla restituzione o riparazione del prodotto, lasciando il compratore con dei beni viziati e senza la possibilità di esperire alcun rimedio.

Ed allora, si è ritenuto¹⁸⁶ che una clausola siffatta dovrebbe essere interpretata nel senso di consentire il ricorso alla risoluzione quando il venditore non provveda alla riparazione o sostituzione del prodotto. Il patto esulerebbe dunque dalla fattispecie della rinuncia preventiva alla risoluzione per inadempimento, perché il binomio risoluzione-risarcimento del danno potrebbe essere attivato in via secondaria¹⁸⁷.

La soluzione parrebbe confermata dalle disposizioni dello *Uniform Commercial Code* americano ove si prevede espressamente, all'art. 2-719(2)¹⁸⁸, che le parti possano modificare convenzionalmente i rimedi previsti, ma «*where circumstances cause an exclusive or limited remedy to fail of its essential purpose*¹⁸⁹, *remedy may be had as provided in this Act*».

In sostanza, quando il rimedio esclusivo non è concretamente esperibile, la clausola non può spiegare i suoi effetti e la parte non inadempiente deve ritenersi autorizzata ad esperire i consueti rimedi previsti dallo *Uniform Commercial Code*.

In giurisprudenza, l'articolo 2-719(2) dello UCC ha trovato applicazione nel caso *Adams v. J.I. Case Co.*¹⁹⁰, avente ad oggetto un contratto di vendita, in cui si è affermato che una *exclusive remedy clause* non può operare quando il venditore non provveda tempestivamente alla riparazione o sostituzione del prodotto o lo faccia in modo negligente. In tali ipotesi, infatti, deve comunque essere riconosciuto al compratore il diritto di domandare il risarcimento del danno (*consequential damages*).

limited to replacement [...] of any material, parts or equipment which may be defective [...]. Vendor assumes no liability for consequential damages of any kind».

¹⁸⁶ V., sul punto, LAITHIER, *Étude comparative*, cit., 339.

¹⁸⁷ V., ancora, LAITHIER, *Étude comparative*, cit., 339.

¹⁸⁸ Il commento ufficiale alla disposizione (v. *The American Law Institute, Uniform Commercial Code, Official Text*, 2014, art. 2-719) evidenzia che «*Under this section parties are left free to shape their remedies to their particular requirements and reasonable agreements limiting or modifying remedies are to be given effect. However, it is of the very essence of a sales contract that at least minimum adequate remedies be available. If the parties intend to conclude a contract for sale within this Article they must accept the legal consequence that there be at least a fair quantum of remedy for breach of the obligations or duties outlined in the contract. Thus any clause purporting to modify or limit the remedial provisions of this Article they must accept the legal consequence that there be at least a fair quantum of remedy for breach of the obligations or duties outlined in the contract. Thus any clause purporting to modify or limit the remedial provisions of this Article in an unconscionable manner is subject to deletion and in that event the remedies made available by this Article are applicable as of the stricken clause had never existed.*»

¹⁸⁹ Con l'espressione «*failure of essential purpose*» ci si riferisce ad un rimedio «*that, although initially fair, comes to operate unfairly under the circumstances to which it is later applied*».

¹⁹⁰ *Adams v. JI Case Co.*, 261 N.E.2d 1 (III.App.Ct.1970).

Nel sistema angloamericano non può quindi affermarsi, in via anticipata, la validità di una clausola di *sole remedy*, essendo ritenuto più opportuno procedere ad una valutazione concreta sia della fattispecie che si verifica al momento dell'inadempimento, sia della condotta tenuta dal contraente inadempiente.

Nell'ordinamento giuridico italiano, un simile approccio potrebbe tradursi nel ritenere che, in presenza di *exclusive remedies clauses*, possa intervenire un sindacato giudiziale *ex fide bona* che consenta, in via eccezionale, l'ingresso dei rimedi preventivamente esclusi, nel caso in cui quello previsto in via esclusiva non sia tale da garantire, al contraente, un livello minimo di tutela¹⁹¹.

Il ricorso alla buona fede *in executivis* sembra pertinente nel contesto in esame, in quanto l'invocazione della clausola di irrisolubilità da parte di un creditore che trattiene la prestazione resa senza contestualmente offrire la propria controprestazione integra senz'altro un comportamento abusivo e volto ad estorcere finalità ulteriori rispetto a quella propria della clausola di irrisolubilità.

La soluzione appare conforme, inoltre, al principio generale che vieta arricchimenti ingiustificati, prevenendo il rischio che il venditore, trattenendo la prestazione resa, trasformi il contratto in una sorta di donazione o di scommessa¹⁹².

È preferibile, tuttavia, optare per la soluzione dell'inefficacia della clausola per violazione del precetto *ex art. 1375 c.c.* piuttosto che per l'originaria invalidità del patto, perché solo nella fase attuativa del rapporto è possibile verificare se si realizzi un arricchimento senza causa, mentre l'invalidità andrebbe misurata *ex ante*¹⁹³.

4.9 Conclusioni del cap. IV: quali limiti alla derogabilità delle norme in tema di risoluzione per inadempimento?

¹⁹¹ Per una soluzione analoga v. PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for an European Law*, a cura di Vettori, Padova, 2008, 200 s., il quale propende «per la generale liceità, fermo il divieto per i vizi della volontà diversi dall'errore e per le clausole implicanti esonero da responsabilità per dolo o, fors'anche, colpa grave, e con l'esclusione dei contratti dei consumatori ed il limite del divieto di condotte abusive».

¹⁹² In questi termini si esprime SACCO, *Il contratto*, cit., 616.

¹⁹³ È infatti controversa l'ammissibilità della figura della nullità sopravvenuta, che viene riconosciuta dalla giurisprudenza soltanto a fronte di una previsione testuale di legge. Lo rileva puntualmente SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 405. In giurisprudenza cfr., *inter alia*, Cass., 5.4.2001, n. 5052, nella banca dati *Dejure*: «In ipotesi di nullità derivante da *ius superveniens*, a rapporto validamente instaurato, la norma sopravvenuta, in luogo di incidere sulla validità del contratto, priva il rapporto della capacità di produrre effetti ulteriori; pertanto, l'invalidità successiva può incidere su negozi che ancora non hanno iniziato a produrre effetti, mentre per gli altri resta priva di rilievo (se tutti gli effetti sono esauriti) ovvero si traduce in una perdita di ulteriore efficacia e cioè in un arresto della funzione negoziale dell'atto».

Nel corso dell'indagine è emersa l'opinione, ormai consolidata sia nel panorama interno¹⁹⁴ che in quello comparato¹⁹⁵ e sovranazionale¹⁹⁶, secondo la quale le norme in tema di risoluzione devono reputarsi di natura non imperativa.

Sostenere che le disposizioni in tema di risoluzione per inadempimento rientrino nell'area delle norme dispositive significa autorizzare, implicitamente, deroghe alla disciplina della risoluzione.

Ciononostante, l'indagine ha mostrato come sarebbe semplicistico ritenere che qualunque deroga alle disposizioni in tema di risoluzione per inadempimento sia ammissibile per il solo fatto che si tratti di norme non imperative.

A tal riguardo, deve essere richiamata una posizione sostenuta nella letteratura francese¹⁹⁷, secondo la quale occorrerebbe superare la tradizionale e rigida distinzione tra norme imperative e suppletive: con riferimento a queste ultime si è affermato, in particolare, che non sarebbe ammissibile qualsiasi deroga che sia espressione dell'autonomia privata delle parti, dovendo riscontrarsi un nucleo di natura inderogabile anche nel diritto comunemente ritenuto dispositivo. Nel panorama italiano, poi, la dottrina è giunta ad affermare che l'autonomia privata non può spingersi sino al punto di configurare una disciplina che contrasti con i valori fondanti l'ordinamento¹⁹⁸.

La ripartizione proposta tra patti sulla risoluzione che determinano una limitazione della sfera di operatività del rimedio risolutorio e patti che, al contrario, determinano un ampliamento di esso, risulta ora funzionale allo svolgimento di alcune riflessioni circa l'ammissibilità di clausole che deviano dalla disciplina legale di cui all'art. 1453 c.c.

A chi scrive sembra ammissibile rinunciare preventivamente alla risolubilità per inadempimento (derogando all'art. 1455 c.c. nella direzione della totale esclusione del rimedio), a patto però che la parte fedele possa reagire all'inadempimento attraverso il ricorso ad un differente rimedio. Esso può consistere anche in un *rimedio esclusivo* consistente nel diritto di ottenere un ristoro monetario, piuttosto che l'esatto

¹⁹⁴ In dottrina v., per tutti, CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit., 28: «La normativa in tema di risoluzione per inadempimento non si compone di norme inderogabili tali da giudicare automaticamente nulla qualunque rinuncia preventiva alla risoluzione».

¹⁹⁵ V. in particolare, nell'ordinamento francese, il *Rapport au President de la Republique* con riferimento all'art. 1227 del *code civil*.

¹⁹⁶ Per tutti, l'art. 8:109 dei PECL.

¹⁹⁷ V. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, Paris, 2004, 1 ss.

¹⁹⁸ Cfr. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, Torino, 2011, 13, ove ricorda che «è allora fisiologico (ma direi anche opportuno) che il giudizio individuale pratico vertente sulla validazione del contenuto della regola derogante al diritto dispositivo sia «influenzato» (...) dal contenuto i) della regola derogata e ii) dal contenuto della regola più ampia (derogabile o inderogabile che sia) o del principio generale (tendenzialmente inderogabile o soggetto ad un vincolo di derogabilità limitata) ai quali la norma dispositiva sia riferibile o riconducibile con riguardo agli interessi protetti».

adempimento in natura: pertanto, la validità della clausola non deve essere misurata sul mantenimento di tutti i rimedi diversi dalla risoluzione del contratto¹⁹⁹.

Attraverso una disamina di alcune delle principali operazioni economiche che presentano esigenze di stabilizzazione del rapporto contrattuale, si sono delineate alcune fattispecie nelle quali le clausole esaminate, tendenzialmente valide ed efficaci, non possono essere invocate nella fase attuativa del rapporto:

- una clausola che esclude la mera risoluzione per inadempimento non può essere eccepita quando l'azione di adempimento non risulti concretamente esperibile e, a fronte di un inadempimento totale, il risarcimento del danno non consenta di recuperare il valore della prestazione resa (ad esempio, perché convenzionalmente limitato in via anticipata);

- una clausola che prevede, quale rimedio esclusivo, il diritto al riconoscimento di una somma di denaro a titolo di indennizzo non può essere eccepita a fronte di un comportamento doloso/gravemente colposo del debitore; *a fortiori*, deve ritenersi inefficace una clausola che, nelle medesime condizioni, preveda un indennizzo di ammontare nettamente inferiore rispetto al danno effettivamente subito;

- una clausola che lascia permanere la mera possibilità di insistere per l'adempimento in natura non può essere invocata quando la parte inadempiente rifiuti di procedere all'esatta esecuzione della prestazione.

Le soluzioni proposte consentono di salvaguardare il principio che esige la giustificazione degli spostamenti patrimoniali e dunque vieta ingiustificati arricchimenti. A tal fine è stato individuato, quale strumento giuridico idoneo a privare di efficacia la clausola, il principio di buona fede, che consente una valutazione in concreto degli interessi in gioco e della condotta della parte inadempiente²⁰⁰.

Criticità diverse sono invece poste dai patti che si muovono nella direzione di agevolare lo scioglimento del rapporto contrattuale.

Con particolare riguardo alla disposizione di cui all'art. 1455 c.c., essa deve ritenersi *tendenzialmente dispositiva*, nel senso che eventuali pattuizioni in deroga consentono di definire *a priori* la misura dell'importanza dell'inadempimento, ma non di accordare la risoluzione per inadempimenti che presentino natura trascurabile. Allo stesso modo, la

¹⁹⁹ In senso contrario sembra porsi DELFINI, *Il patto di irresolubilità per inadempimento: questioni attuali di validità e disciplina*, cit.

²⁰⁰ In senso conforme v., altresì, CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit., 30 s.

disposizione non può essere derogata per effetto di clausole che siano formulate in modo generico.

La conclusione parrebbe confermata dalle soluzioni a cui pervengono gli ordinamenti giuridici esaminati e non sembra in contrasto con la possibilità, riconosciuta dal codice civile, di consentire lo scioglimento del contratto per effetto dell'inserimento di una clausola di recesso discrezionale.

SINTESI CONCLUSIVA

Il modello della risoluzione per atto di parte, ormai egemone nello scenario europeo ed ancor più in quello internazionale, consente rapidità ed efficacia nello scioglimento del rapporto contrattuale, ma la disamina dei presupposti e degli effetti della risoluzione unilaterale ha mostrato come le parti siano sovente incentivate a concludere, nella fase della formazione del contratto, accordi preventivi regolanti diversi aspetti della fattispecie risolutoria.

Ne è testimonianza la circostanza che, anche negli ordinamenti ove la risoluzione si fonda sull'atto unilaterale e che prevedono l'intervento giudiziale solo in fase eventuale e successiva (es.: Inghilterra), i contratti che realizzano complesse operazioni economiche sono caratterizzati dalla presenza di una gran varietà di clausole risolutive (*termination clauses*). Negli ordinamenti di *common law*, tale espressione viene impiegata in modo più fluido rispetto a quanto non avvenga nel panorama italiano e, nella sua accezione più estesa, indica sia le clausole che rivestono una funzione analoga alla clausola risolutiva espressa (consentendo la risoluzione per *minor breaches*), sia clausole che, più genericamente, tendono ad ampliare/escludere/ovvero ancora conformare in modo restrittivo il diritto alla risoluzione.

Tale utilizzo particolarmente esteso del termine può essere apprezzato soprattutto nella prassi della contrattazione internazionale, ove la *termination clause* non individua soltanto le circostanze a fronte delle quali sorge il diritto alla risoluzione del contratto, ma tende a voler disciplinare tutte le situazioni di incertezza legate allo scioglimento del vincolo contrattuale.

Compiendo uno sforzo di sistematizzazione, l'indagine ha delineato le diverse direzioni che l'accordo preventivo può assumere.

L'autonomia privata può anzitutto consentire alla parte fedele di affrancarsi dal contratto prescindendo dall'intimazione di un termine supplementare, quando l'inadempimento abbia già pregiudicato gravemente le aspettative che l'hanno indotta a contrarre. Esigenza che si manifesta in modo particolare nell'ordinamento italiano, ove la peculiare struttura della diffida ad adempiere impone, ai fini dello scioglimento del rapporto contrattuale, la preventiva concessione di un termine di grazia.

A fronte di tale circostanza, le parti sono incentivate ad inserire nel testo contrattuale una clausola risolutiva espressa *ex art. 1456 c.c.*, il cui meccanismo operativo è

svincolato dalla necessità di rispettare i requisiti *ex art.* 1454 c.c., compresa l'assegnazione di un congruo termine.

Diversamente, quando l'interesse all'adempimento sia definitivamente compromesso e la parte sia fortemente motivata alla risoluzione del contratto, l'unica strada percorribile è rappresentata dalla proposizione di una domanda giudiziale, a partire dalla quale l'inadempiente non potrà più adempiere la propria obbligazione, *ex art.* 1453, c. 3°.

Attraverso la stipulazione di una clausola risolutiva espressa, però, la «risoluzione immediata» viene accordata solo a fronte dell'inadempimento di specifiche obbligazioni dedotte nella clausola, considerate particolarmente rilevanti al momento della conclusione del contratto. Le parti, allora, potrebbero manifestare l'interesse a concedere il «diritto di risoluzione unilaterale immediata» in ogni caso, esercitando l'autonomia privata in modo dissimile rispetto ai limiti tracciati dal modello tipico *ex art.* 1456 c.c.

Si è visto come una simile opportunità sia concessa attraverso la pattuizione di una caparra confirmatoria *ex art.* 1385 c.c. e si è ritenuto che l'esercizio dell'autonomia privata possa porsi nel senso di derogare *ex ante* all'assegnazione del termine supplementare nel caso di qualsiasi violazione del vincolo contrattuale¹.

Con riguardo all'obbligo della necessaria assegnazione di un termine di grazia, l'ordinamento italiano sembra porsi in una situazione di isolamento rispetto agli altri sistemi giuridici presi in considerazione. Nel *common law* inglese non viene prescritto alcun meccanismo formale per poter risolvere il contratto, in Germania sono espressamente previste delle fattispecie di inadempimento al verificarsi delle quali si consente il recesso in via immediata dal contratto, in Francia un timido segnale di apertura sembra rappresentato dalla formulazione del nuovo art. 1226 del *code*, che consente che il contratto possa essere sciolto, senza necessità di intimazione del termine supplementare, nei casi di *urgence*.

Nonostante alcuni orientamenti dottrinali propendano per l'ammissibilità di una risoluzione con effetto immediato, la giurisprudenza italiana mostra di attestarsi ancora su posizioni tradizionali. Ad esempio, si è recentemente affermato che «[i]n difetto di clausola risolutiva espressa, la risoluzione del contratto per inadempimento può essere

¹ Si è visto invece come l'opinione ad oggi prevalente nel panorama francese non ritenga possibile derogare al nuovo art. 1226 c.c. dedicato alla risoluzione unilaterale, nella parte in cui si impone la necessità della preventiva intimazione di un termine di grazia.

ottenuta mediante intimazione ad adempiere *ex art. 1454 c.c.*, essendo privo di effetto l'atto unilaterale con cui la parte dichiara risolto il contratto»².

Si è mostrato come il presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento sia difficilmente adattabile rispetto alla peculiare struttura della diffida ad adempiere, anche se l'orientamento prevalente ritiene non sia possibile prescindere da esso.

In tale contesto, l'autonomia privata può consentire alle parti di limitare la discrezionalità del giudice nella valutazione relativa alla non scarsa importanza dell'inadempimento.

In particolare, attraverso la stipulazione di una clausola risolutiva espressa le parti procedono all'indicazione di quegli inadempimenti ritenuti così gravi da giustificare lo scioglimento del vincolo, determinando un ampliamento della sfera di operatività della risoluzione per inadempimento.

Tale effetto viene tradizionalmente collegato all'inserimento, nel testo contrattuale, di una clausola risolutiva espressa *ex art. 1456 c.c.* e si è mostrato che funzione analoga è svolta anche dalle *express termination clauses* tipiche dei sistemi di *common law* e dalle *clauses résolutoires* proprie dell'ordinamento francese.

L'indagine ha però reso necessario il riconoscimento di alcuni limiti all'ammissibilità di pattuizioni che tendano ad ampliare la portata del rimedio risolutivo.

In primis, non può essere attribuita efficacia a clausole risolutive formulate in modo generico e volte a determinare una deroga in astratto al presupposto *ex art. 1455 c.c.*, impedendo al giudice di effettuare qualsiasi controllo *ex post* sulla rilevanza dell'inadempimento.

Inoltre, si è data risposta negativa al quesito se l'agevolazione del rimedio risolutivo possa porsi nella direzione di consentire lo scioglimento per inadempimenti di natura minima o trascurabile. Pur condividendo l'esito sostanziale di una recente pronuncia della Corte di Cassazione, che ha impedito che una violazione molto trascurabile dell'obbligo dedotto nella clausola risolutiva potesse giustificare la risoluzione del rapporto contrattuale³, si è ritenuto non auspicabile un ingresso della buona fede *in executivis* nel contesto in esame.

Sembra infatti più opportuno, in simili fattispecie, consentire un ingresso eccezionale della valutazione sulla non scarsa importanza dell'inadempimento, seguendo

² V., da ultimo, Cass., 21.7.2016, n. 15070, nella banca dati *Dejure*.

³ V. Cass., 23.11.2015, n. 23868, *cit.*

l'insegnamento di chi ritiene che l'inserimento di una clausola risolutiva espressa escluda il sindacato del giudice sull'importanza che l'obbligazione inadempita ha nell'economia del contratto, ma non il sindacato circa l'entità dell'inadempimento riferito all'obbligazione⁴.

Si è poi sostenuto che l'art. 1455 c.c. sia una norma solo tendenzialmente derogabile da parte dell'autonomia privata, nel senso che eventuali pattuizioni in deroga consentono di definire *a priori* la misura dell'importanza dell'inadempimento, ma non di accordare la risoluzione a fronte di inadempimenti di natura trascurabile o di clausole risolutive formulate in via generica.

Un atteggiamento di prudenza nei confronti di pattuizioni che si pongono nella direzione dell'agevolazione della risoluzione si riscontra anche negli ordinamenti stranieri. In Francia, la formulazione del nuovo art. 1225 del *code civil* impedisce deroghe in astratto al principio dell'*inexécution suffisamment grave*; in Inghilterra, oltre ad essere affermata l'inefficacia di clausole che consentono lo scioglimento del contratto «*for any breach, other than trivial*», si ritiene che le *termination clauses* possano operare solo quando colleghino la risoluzione ad un inadempimento che, se non tale da assurgere a livello di gravità, sia quantomeno di natura non trascurabile.

L'autonomia privata può poi rivestire ulteriori funzioni diverse da quelle sinora descritte, ed in particolare restringere l'area della risoluzione per inadempimento o rendere direttamente inaccessibile il rimedio.

La tendenza riscontrata, soprattutto dietro l'influenza dei contratti internazionali che mirano a regolamentare minuziosamente i più vari aspetti dell'operazione economica, è quella di voler rendere la disciplina della risoluzione del vincolo contrattuale impermeabile rispetto a quella legale.

Tale prospettiva di deroga rispetto alla disciplina legale assume rilievo, soprattutto, negli ordinamenti italiano e francese, che si caratterizzano per una dettagliata e codificata disciplina della risoluzione per inadempimento; in misura inferiore nell'ordinamento anglosassone, ove non è prevista una *formal machinery* per la risoluzione del contratto e tipici rimedi contro l'inadempimento sono rappresentati dal *termination* e dal risarcimento del danno, mentre l'adempimento in natura risulta rimedio di natura eccezionale.

⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 905.

L'esigenza di escludere il rimedio risolutorio sorge in considerazione delle gravi conseguenze che sarebbero determinate dall'applicazione di rimedi restitutori: si è accennato, ad esempio, alle problematiche poste dalla risoluzione di un contratto di compravendita di partecipazioni azionarie, che determinerebbe la retrocessione dell'azienda anche dopo un periodo di gestione da parte del compratore.

In tale prospettiva, è parso necessario adottare un approccio che consideri le reazioni contro l'inadempimento come «sistema integrato di tutele», poiché le clausole diffuse nella prassi negoziale tendono ad escludere non solo il ricorso alla risoluzione per inadempimento, ma anche altri rimedi ed *in primis* l'azione di esatto adempimento.

Tra le varie pattuizioni volte alla conformazione convenzionale del rimedio risolutorio, la più estrema è rappresentata dalla *exclusive remedy clause*, che lascia residuare in capo alla parte non inadempiente la mera possibilità di domandare una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno, escludendo la possibilità di propendere per la risoluzione del contratto o per l'azione di adempimento.

Una volta accertata una chiara ed univoca volontà di rinunciare alla risoluzione del contratto (insieme, eventualmente, ad altri rimedi), non sembra sia possibile statuire, *ex ante*, l'invalidità di simili clausole, in quanto la valutazione di ammissibilità può essere compiuta solo nel momento della fase esecutiva del rapporto contrattuale.

In linea generale, deve ritenersi che la *exclusive remedy clause* non possa spiegare i propri effetti quando il rimedio esclusivo non sia idoneo a garantire un livello minimo di tutela al creditore. Ad esempio, un'eccessiva penalizzazione per il contraente fedele deriverebbe dal riconoscimento dell'operatività di una clausola che consenta alla controparte di trattenere la prestazione ricevuta senza contestualmente offrire la propria, in violazione del principio che vieta arricchimenti ingiustificati.

Si è ipotizzato infine che assuma rilievo, quale artificio giuridico teso a privare di efficacia la clausola di irrisolubilità/rimedio esclusivo, la buona fede *in executivis*.

Da tale punto di vista, l'applicazione della clausola generale di buona fede in presenza di una clausola di irrisolubilità si presenta diversa e più rispettosa dell'autonomia privata rispetto a quanto non lo sia l'indirizzo favorevole all'applicazione della buona fede alla clausola risolutiva espressa.

Nella fattispecie *ex art.* 1456 c.c il giudizio sulla buona fede può ritenersi assorbito dalla presenza di una norma quale l'art. 1455 c.c., che può essere letto come applicazione del principio generale della buona fede nell'esecuzione del contratto, di cui costituisce

specificazione. La disposizione, inoltre, fornisce rilevanti punti di riferimento con riferimento al successivo sindacato giudiziale sulla clausola: come si è detto, la possibilità di derogare all'art. 1455 c.c. non può ritenersi assoluta, nel senso che eventuali deroghe alla disposizione non possono comunque contrastare con la sua *ratio*. Diversamente, l'ingresso della buona fede nel contesto della clausola di irrisolvibilità è necessario per consentire al giudice di effettuare un giudizio di ammissibilità della clausola in relazione alle peculiarità che emergono nel caso concreto. Una simile valutazione non può avvenire *ex ante*: in questo stadio, infatti, la clausola può apparire meritevole di tutela (e, conseguentemente, essere ritenuta valida ed efficace). Tuttavia, nella fase attuativa del rapporto, la clausola potrebbe essere eccepita da una delle parti in circostanze tali da determinare un'inammissibile lesione di interessi indisponibili (ad esempio, quello di non subire un ingiustificato arricchimento altrui).

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ACHILLE, *Clausola risolutiva espressa, buona fede in executivis e controllo giudiziale sull'inadempimento*, in *Giur. it.*, 2016, 2367 ss.

AIELLO G. F., *La giurisprudenza e l'inadempimento di «non scarsa importanza». Criteri di valutazione e sfera di incidenza dell'art. 1455 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 731 ss.

ALPA (a cura di), *Le clausole dei contratti del commercio internazionale*, Seminario del 20 giugno 2014, Milano, 2016

AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996

AMADIO, *Atto dovuto ed evento condizionale*, in *Studium Iuris*, 1998, 1048 ss.

AMADIO, *Modello condizionale e tutela risolutoria*, in *Studium Iuris*, 1998, 1188 ss.

AMADIO, *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005

AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto* a cura di Roppo, vol. V, *I Rimedi*, Tomo 2, Milano, 2007, 22 ss.

ANDREWS-CLARKE-TOTTENBORN-VIRGO, *Contractual duties: performance, breach, termination and remedies*, London, 2011

ARAGONA, *In tema di diffida ad adempiere*, in *Dir. e giur.*, 1959, 441 ss.

ARECCO-DALL'O', *Energia sostenibile e fonti rinnovabili. Soluzioni tecniche, economiche, giuridiche*, Milano, 2012

AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942

AULETTA, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 655 ss.

AYNES, *Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction de prix)*, in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Paris, 2015, 118 ss.

AYNES, DELEBECQUE, STOFFEL-MUNCK, *Rupture unilatérale du contrat: vers un nouveau pouvoir*, in *Droit et patrimoine*, 2004, n°126, 55 ss.

BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 286 ss.

BARELA, *Risoluzione del contratto in Francia: nuove prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 385 ss.

BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010

BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001

BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1989, XL, 1307 ss.

BENATTI F., *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2016, I, 627 ss.

BERTINO, *Natura del patto sulla gravità dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, in *Integrazione non legislativa del contratto*, a cura di LUCCHINI GUASTALLA, Milano, 2013, 33 ss.

BERTINO, *Sulla validità di una clausola di irrisolvibilità del contratto per inadempimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 536 ss.

BERTINO, *La proporzionalità dei rimedi contro l'inadempimento del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2013, 988 ss.

BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*, Milano, 2016

BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.

BIANCA C.M., *La risoluzione del contratto per inadempimento: riflessioni sul confronto tra diritto italiano e Convenzione di Vienna*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, t. 1, Milano, 1991, 117 ss.

BIANCA C.M., *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 2012

BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, nel *Digesto IV ed.*, Disc. Priv., sez. civ., II, Torino, 1988, 155 ss.

BIRDS-BRADGATE-VILLIERS, *Termination of Contracts*, Manchester, 1995

BONELLI F., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, 293 ss.

BORRICAND, *La clause résolutoire express dans les contrats*, in *R. tr. dr. civ.*, 1957, 432, n° 9

BRÉS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Montpellier, 2009

BURROWS-PEEL (Edited by), *Contract Terms*, Oxford, 2009

BUSNELLI, voce «Clausola risolutiva», in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, 198

CALLEGARI, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Torino, 1939

CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003

CANNATA C. A., *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. 9, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1992, 109 ss.

CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in CARNEVALI-GABRIELLI-TAMPONI, *Il contratto in generale*, Tomo VII, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, 3 ss.

CARTER, *Termination clauses*, in *Journal of Contract Law*, 1990, 100 ss.

CARTWRIGHT, *An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford, 2016

CARBONE S.M., *I Principi UNIDROIT quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2012, 47 ss.

CASÀ, *In tema di applicabilità dell'art. 1455 c.c., nonostante la diffida prevista dal precedente art. 1454 c.c.*, in *Foro it.*, 1947, I, 262 ss.

CASTRONOVO C., *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 793 ss.

CASTRONOVO C., *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 1 ss.

CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015

CENINI-GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, 109 ss.

CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie. Unicità e pluralità di temi e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2012

CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000

CHAUVIRÉ (sous la direction de), *La réforme du droit des contrats: du projet a l'ordonnance*, Paris, 2016

CESHIRE-FIFOOT & FURMSTON'S, *Law of contract*, Oxford, 2012

CHANTEPIE-LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, 2016

CHEN-WISHART, *Contract Law*, London, 2010

CHITTY, *On contracts, I, General Principles*, a cura di CHITTY-BEALE, London, 2012

CIMMINO, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Padova, 2000

COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992

COESTER-WALTJEN, *The New Approach to Breach of Contract in German Law*, in *Comparative Remedies for Breach of Contract*, COHEN E MCKENDRICK (edited by), Oxford and Portland, 2005

COHEN-MCKENDRICK (edited by), *Comparative remedies for breach of contract*, Oxford and Portland, 2005

COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992

COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese dei contratti*, in *Contratto e impr. Europa*, 2016, 311 ss.

CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses. International Commercial Contracts and the Applicable Law*, edited by CORDERO-MOSS, Cambridge, 2011

COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Cod. civ.* fondato da Scialoja e Branca, diretto da Galgano, Bologna, 2007

CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995

CUBEDDU, *Profili attuali dello scioglimento del contratto nell'ordinamento tedesco tra modello italiano e diritto privati europeo*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, 2010, 601 ss.

D'ADDA, *Le clausole di esonero della responsabilità*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, Torino, 2014, 345 ss.

D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 5 ss.

D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 2011, 653 ss.

D'AURIA, *Il patto di irrisolubilità: profili problematici*, in *Giust. civ.*, 1738 ss.

DE BIASE, *La derogabilità della disciplina legale della caparra confirmatoria*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 633 ss.

DE MENECH, *Diffida ad adempiere e risoluzione "di diritto" ex art. 1454 c.c.*, in *Contratti*, 2013, 703 ss.

DE MENECH, *La preclusione dell'adempimento tardivo ex art. 1453, ultimo comma, c.c. nella giurisprudenza*, in *Contratti*, 2014, 573 ss.

DE NOVA G., *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994

DE NOVA G., *Il contratto alieno*, Torino, 2010

DE NOVA G., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Milano, 2011, 243 ss.

DE NOVA R., *Quando un contratto è «internazionale»?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, 665 ss.

DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 836 ss.

DELLACASA, *Il giudice e la risoluzione del contratto nell'esperienza italiana e nella prospettiva europea*, in *Studium Iuris*, 2006, 537 ss.

DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, nel *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, V, *Rimedi-2*, a cura di ROPPO, Milano, 2006, 282 ss.

DELLACASA, *Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione "atipica"*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 529 ss.

DELLACASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008

DELLACASA, *Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto di vista della giurisprudenza*, in *Danno e resp.*, 2008, 261 ss.

DELLACASA, *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 13 ss.

DELLACASA, *Inadempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013

DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 40 ss.

DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 834 ss.

DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998

DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999

DELFINI, *Il patto di irresolubilità per inadempimento: questioni attuali in tema di validità e disciplina*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, 2014, 501 ss.

DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, 2015

DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e e diritti del consumatore*, Padova, 2000

DE LY, *Les clauses mettant fin aux contrat internationaux*, in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1997, 802 ss.

DELEBECQUE, *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat*, in *Droit et patrimoine*, n° 259, Juin 2016, 63 ss.

DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2016

DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 13 ss.

DI MAJO, *La nuova disciplina della risoluzione del contratto*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: quale modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di Cian, Padova, 2004

DISSAUX-JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)*, Paris, 2016

DURAND, *La tendance a la stabilité du rapport contractuel*, Paris, 1960

EDDY, *On the Essential Purposes of Limited Remedies: The Metaphysics of UCC Section 2-719(2)*, 65 *California Law Review* 28, 1977, p. 28 ss.

ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, in *Commentario del codice civile* diretto da D'Amelio-Finzi, Libro delle obbligazioni, I, Firenze, 1948, 815 ss.

ERNST, *sub § 323*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*

FAGES, *En quoi peut consister le comportement grave de nature à justifier la rupture unilatérale du contrat à durée déterminée?*, in *R. tr. dr. civ.*, 2009, 320 ss.

FAUSTI, *Questioni in tema di scioglimento unilaterale del contratto di mutuo bancario*, in *Notariato*, 2001, 63 ss.

FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Torino, 2015

FRANZONI, *La correttezza e la buona fede*, in *Le obbligazioni*, a cura di Franzoni, I, *L'obbligazione in generale*, Torino, 2004, 59 ss.

FRENDI, *Adempimento o risarcimento in forma specifica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 276 ss.

FRIGNANI, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil law e di common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 680 ss.

FUSARO AN., *La risoluzione del contratto sulla via della codificazione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 315 ss.

GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, 743 ss.

GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985

GALGANO-MARRELLA, *Diritti e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2010

GALLARATI, *Il contratto irrisolvibile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola «exclusive remedy» nell'economia delle parti*, in *Contr. e impr.*, 2016, 1022 ss.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013

GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007

GENICON, *Contre l'introduction du «cout manifestement déraisonnable» comme exception à l'exécution forcée en nature*, in *Droit et patrimoine*, 2014, n° 240, 63 ss.

GIAMPICCOLO, voce «Mutuo», in *Enc. del dir.*, XXVII, 1977, 456 ss.

GIANNATTASIO, *La permuta, il contratto estimatorio, la somministrazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1974, 235 ss.

GIANNI-ORIGONI-GRIPPO-CAPPELLI & PARTNERS (a cura di), *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, Milano, 2016

GIROLAMI, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 181 ss.

GIROLAMI, *Modernità e tradizione nel diritto dei contratti: i progetti di riforma del Code Napoléon nella prospettiva del giurista italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 243 ss.

GONNELLI, *La clausola risolutiva espressa tra principio di buona fede e importanza dell'inadempimento*, in *Obbl. e contratti*, 2009, 713 ss.

GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in AA.VV., *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi. Quaderni per l'arbitrato e per i contratti internazionali*, Milano, 1992

GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998

GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, Torino, 2011

GRONDONA, *Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto*, in *Contratti*, 2013, 1031 ss.

GRÜNEBERG, *sub § 323*, in *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*

GUARINO, *La diffida ad adempiere e la gravità dell'inadempimento*, in *Studi in memoria di Vassalli*, II, Torino, 1960, 969 ss.

GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, 2016

GUERLIN, *La clause résolutoire doit être exécutée de bonne foi*, in *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 1er Octobre 2016

GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012

HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, Paris, 2012

IORIO, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2006

IORIO, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. Profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 657 ss.

IORIO, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. La prassi contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 49 ss.

IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milano, 2012

ISTITUTO INTERNAZIONALE PER LA PROMOZIONE DELLA CULTURA ARBITRALE, *Inadempimento contrattuale e limitazioni di responsabilità*, Milano, 1989

IUDICA G., *Risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 191 ss.

IUDICA G., *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. e impr.*, 2008, 867 ss.

IUDICA G., *L'influenza della globalizzazione nel diritto italiano dei contratti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 143 ss.

IUDICA G., *Fair dealing e contratto d'appalto*, in *Sette questioni in tema di appalto*, a cura di Iudica, Milano, 2016, 17 ss.

KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 28 ss.

LAITHIER, *The French Law of Remedies for Breach of Contract*, in *Comparative Remedies for Breach of Contract*, COHEN E MCKENDRICK (edited by), Oxford and Portland, 2005

LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, 2007

LAITHIER, *Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles*, in *La Semaine Juridique - Édition Générale - Supplément au N° 21*, 25 mai 2015, 47 ss.

LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza nelle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2016, 179 ss.

LEAF, *Acceleration clauses in sales and secured transactions: the debtor's burden under Section 1-208 of the U.C.C.*, in *Boston College Law Review*, 1970, Volume 11, 531 ss.

LOOSCHELDERS, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl., München, 2013

LORENZ, *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 93 ss.

LOVRANES, *Termination for convenience clauses*, in *14 U. Notre Dame Austl. L. Rev.*, 2012, 103 ss.

LOZUPONE, *La diffida ad adempiere*, Milano, 2007

LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano, 2002

LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 379 ss.

LUCCHINI GUASTALLA, *Il contratto e il fatto illecito*, Milano, 2012

LUCCHINI GUASTALLA, *Riflessioni in tema di clausola penale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 91 ss.

LUCCHINI GUASTALLA, *Riflessioni sulla severability clause*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 735 ss.

LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Cod. civ. fondato da Scialoja e Branca*, diretto da Galgano, Bologna, 1990

MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996

MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Napoli, 1988

MALAURIE, AYNÉS, STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Paris, 2015

MASTRORILLI, *Abuso del diritto e terzo contratto*, in *Danno resp.*, 2010, 347 ss.

MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte di diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 567 ss.

MAZEAUD D., *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 432 ss.

MCKENDRICK, *Contracts, the Common Law and the Impact of Europe*, in *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, 110 ss.

MCKENDRICK, *Contract Law. Text, cases and materials*, Oxford, 2014

MEKKI, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, in *Recueil Dalloz*, 2016, 494 ss.

MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, III ed., Milano, 1948

MIGNOT M., *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations (VI)*, in *Issu de Petites affiches*, n°67, 5 ss.

MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, III ed., Milano, 1948, 486 ss.

MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Napoli, 2012

MONGILLO, *Importanza dell'inadempimento e autonomia negoziale nella risoluzione di diritto*, in *Studium Iuris*, 2014, 831 ss.

MOSCATI, *La vendita di beni di consumo: un dilemma tra garanzia e responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, II, 346 ss.

MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1950

MURTAGH, *UCC Section 2-719: Limited Remedies and Consequential Damage Exclusions*, in *74 Cornell Law Review*, 1989, 359 ss.

MUTARELLI, *Per il superamento della colpa nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 256 s.

NATOLI, voce «Diffida», in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, 511 ss.

NOBILE DE SANTIS, *Sul ruolo della buona fede oggettiva in presenza di una clausola risolutiva espressa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 515 ss.

NOCERA, *Clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 242 ss.

ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 969 ss.

PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for an European Law*, a cura di Vettori, Padova, 2008, 179 ss.

PADOVINI, *Risoluzione e recesso*, in *Obbl e contr.*, 2012, 86 ss.

PADOVINI, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di Alpa e Zatti, Milano, 2003, 229 ss.

PADOVINI, *Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europeo della vendita*, in *Giust. civ.*, 2014, 495 ss.

PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006

PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura del rimedi risolutivi*, in *Persona e Mercato*, 2015, 1 ss.

PAGLIANTINI, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: a proposito degli artt. 1219, 1224, 1226 e 1227 c.c., per un'interpretazione evolutiva dell'art. 1453 c.c.*, in corso di pubblicazione in *Annuario del contratto*, 2017

PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013

PATTI F.P., *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015

PAULIN, *La clause résolutoire*, Paris, 1996

PEEL-TREITEL, *The law of contract*, London, 2011

PELLETTIER, *Rôle de la mise en demeure dans le mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier*, *R. des contrats*, 2010, 690 ss

PETRELLI, *Clausole condizionali e prassi notarile*, in *Notariato*, 2001, 274 ss.

PÉRÈS, *Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats*, *JurisClasseur Périodique*, 2016, 454 ss.

PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, Paris, 2004

PIRAINO, *La buona fede oggettiva*, Torino, 2015

PIRAINO, *Il controllo giudiziale di buona fede sulla clausola risolutiva espressa*, in *Contratti*, 2016, 662 ss.

PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011

PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 1019 ss.

PLAIA, *Risoluzione per mancanza di qualità e colpa del venditore*, in *Contratti*, 2010, 627 ss.

PUTIGNANO, *Clausola risolutiva espressa e risoluzione del contratto di locazione immobiliare*, in *Contratti*, 2016, 113 ss.

PUTORTÌ, *Diffida ad adempiere e gravità dell'inadempimento*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 975 ss.

RANDALL, *Express termination clauses in contracts*, in *Cambridge Law Journal*, 2014, Vol. 73, 113 ss.

REMY, *L'inexécution du contrat*, in *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de François Terré, Paris, 2009.

RICCIO, *Abuso del diritto di sfratto del locatore inadempiente*, in *Contr. e impr.*, 2011, 297 ss.

RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969

ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, 2008

ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011

ROSELLI, *Recesso dal contratto*, in *Il contratto in generale*, Tomo V, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, XIII, Torino, 2002

ROWAN, *Remedies for breach of contract. A comparative analysis of the protection of performance*, Oxford, 2012

SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Milano, 2016

SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, II, Milano, 1993

SACCO, voce *Clausola di stile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. V, Torino, 2010, 258 ss.

SALERNO, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principi"*, in *Giur. it.*, 2010, 4 ss.

SANGIOVANNI, *Risoluzione del contratto di credito al consumo per inadempimento del fornitore*, in *Contratti*, 2016, 17 ss.

SANTINI, *I contratti «divisibili»*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 3 ss.

SARTORI, *Contributo allo studio della clausola risolutiva espressa*, Napoli, 2012

SCAGLIONE, *L'abuso del diritto tra buona fede in executivis e causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 24 ss.

SCHWARTZ, *The case for specific performance*, 1979, 89 *Yale Law Journal*, 271

SIZAIRE, *Validité de la renonciation anticipée à la mise en oeuvre de l'action résolutoire dès la conclusion du contrat*, in *Construction-Urbanisme* n°4, Avril 2012, comm. 74

SPERANZIN, *Vendita delle partecipazioni di «controllo» e garanzie contrattuali*, Milano, 2006

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1972, 271 ss.

SICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*, in *Giur. it.*, 2012, 11 ss.

SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod. civ. fondato da Schlesinger*, diretto da Busnelli, Milano, 2007

SIRENA, *Effetti e vincolo*, nel *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, *Effetti*, a cura di COSTANZA, Milano, 2006, 123 ss.

SIRGIOVANNI, *Termine essenziale. Spunti per uno studio dello scioglimento del contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1359 ss.

SPALLAROSSA, *Importanza dell'inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, 458 ss.

STANNARD-CAPPER, *Termination for breach of contract*, Oxford, 2014

STOLL, *Zur Legitimität und normative Relevanz rechtsvergleichender Argumente im Zivilrecht*, in KOZIOL u. RUMMEL (Hrsg.), *Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für F. Bydlinski*, Wien-New York, 2002

STOFFEL-MUNCK (*Sous la direction de*), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Paris, 2015

STORCK M., *Jurisclasseur Civil Code*, 2016, *sub art.* 1184

STORCK M., *JurisClasseur Civil Code, Art. 1184, Fasc. 20: Contrats et obligations. - Obligations conditionnelles. - Dérogations à la résolution judiciaire: les clauses résolutoires, Date de la dernière mise à jour: 18 juillet 2016, 3 ss.*

TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, in CARNEVALI-GABRIELLI-TAMPONI, *Il contratto in generale*, Tomo VII, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, 125 ss.

TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, 2009

TERRÉ-SMILER-LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 2009, 644

THOMAS, *Specimen termination clauses*, in *Great escapes. Terminating a contract for breach*, in *Practical Law* (<http://uk.practicallaw.com/6-202-3921>), 2006

TREITEL, *Remedies for breach of contract, A Comparative Account*, Oxford, 1988

TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014

TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005

TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, 1997

VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013

VENTURELLI, *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinallagmatica "anticipata"*, in *Contratto e impr.*, 2015, 461 ss.

VENTURELLI, *Il momento preclusivo dell'adempimento ritardato*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 3 ss.

VIGLIONE F., *L'interpretazione del contratto nel common law inglese. Problemi e prospettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 143 ss.

VIGLIONE F., *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 148 ss.

VIGLIONE F., *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, Torino, 2011

VITUCCI, *Ogni ritardo sarà considerato di non scarsa importanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 577 ss.

VON BAR, CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR). Full Edition*, vol. I, Munich, 2009

VOGENAUER S., *Commentary on the UNIDROIT Principles*, II, Oxford, 2015, 919 ss.

WHITMAN, *Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*, in *Yale L. J.*, 1987, 156 ss.

WHITTAKER, *Termination clauses*, in *Contract Terms*, edited by *Burrows-Peel*, Oxford, 2007, 256 ss.

WHITTAKER, A *“Period of Grace” for Contractual Performance*, in ANDENAS-DE LEON ARCE-GRIMALDI-MARKESINIS-MICKLITZ-PASQUINI, *Liber amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems*, London, 2007, 1105 ss.

ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, Istituti, ed. italiana a cura di DI MAJO e GAMBARO, Milano, 2011

ZIMMERMANN, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, in BONELL (a cura di), *Centro di studi e conferenze di diritto comparato e straniero: saggi, conferenze e seminari*, 2002

Unidroit – International Institute for the Unification of Private Law, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Roma, 2010

Commissione per il diritto europeo dei contratti, *Principi di diritto europeo dei contratti*, pt. III, ed. it. a cura di Castronovo, Milano, 2005

The American Law Institute, *Uniform Commercial Code, Official Text and Comments*, 2014-2015

ESPOSIZIONE RIASSUNTIVA DEL LAVORO IN LINGUA ITALIANA E INGLESE

Il presente studio si propone, valorizzando una prospettiva comparatistica, di approfondire il rapporto tra strumenti stragiudiziali di risoluzione del contratto ed autonomia privata, al fine di individuare i limiti all'ammissibilità di deroghe convenzionali che incidano sui presupposti ed elementi della risoluzione per inadempimento.

La ricerca muove dall'illustrazione delle ragioni per le quali le parti contraenti risultano incentivate a cautelarsi in via anticipata attraverso la stipulazione di una clausola risolutiva espressa od un'alternativa forma di accordo preventivo, dedicandosi alla disamina dei modi di risoluzione stragiudiziale del contratto che non presuppongono il ricorso all'autonomia privata nella fase di formazione dell'accordo.

Chiarite le direzioni che l'accordo preventivo può assumere nel contesto della risoluzione per inadempimento, la seconda parte si propone di tratteggiare le problematiche connesse all'inserimento di clausole che, al pari della fattispecie tipica ex art. 1456 c.c., tendono ad ampliare la sfera di operatività del rimedio risolutorio, mostrando scetticismo nei confronti di convenzioni volte a determinare una deroga in toto al presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento.

La ricerca si dedica poi alla disamina di alcune pattuizioni nate nell'esperienza di common law, ma riprodotte anche nella contrattazione (soprattutto commerciale) interna, le quali tendono a rivestire funzioni ulteriori rispetto a quelle tradizionalmente assegnate all'accordo preventivo nell'ambito della risoluzione per inadempimento: il riferimento è, in particolare, alla c.d. «stabilizzazione» del rapporto contrattuale, al fine di evitare le conseguenze che deriverebbero dagli effetti restitutori scaturenti dallo scioglimento del vincolo. Con riguardo a tali convenzioni, si vuole individuare quale sia il grado minimo di tutela che deve comunque essere riconosciuto in capo alla parte non inadempiente, accogliendo una prospettiva che concepisca la risoluzione come «sistema integrato di tutele».

Infine, l'indagine si propone di saggiare il ruolo della buona fede in executivis nel contesto in esame verificando, ancora una volta, se non sia opportuno adottare soluzioni diverse secondo che le deroghe convenzionali determinino una limitazione, piuttosto che un ampliamento, della disponibilità del rimedio risolutorio.

The purpose of this work is to investigate the relationship between extra-judicial right to terminate the contract and private autonomy, also through comparative insights.

After a brief illustration of the issues involved, the thesis consists of three main sections.

The first section examines the cases in which the contract does not include a termination clause, conducting an analysis of the unilateral termination regimes typical of the main European legal systems. This section of the research aims at understanding the reasons why contracting parties are interested and encouraged in inserting an express termination clause or an alternative type of agreement regulating termination for breach of contract.

Moving from the definition of the requirement of «seriousness of non-performance», the second section intends to outline the functions that legal systems traditionally attribute to termination clauses. More broadly, this part of the work addresses the main issues related to that types of agreements that, as the

express termination clause regulated by article 1456 of the Italian civil code, tend to widen the availability of the remedy of termination.

The third section is devoted to discussing the validity of a number of clauses which are widespread in common law experience and tend to «stabilize» the contractual relationship, in order to avoid the consequences of the restitution effects. In this context, the research identifies a minimum degree of protection that should be provided to the non-defaulting party.

Finally, the work investigates the role of good faith in this framework, adopting an approach that differentiate the case where clauses restrict the right to terminate from the case where they determine an extension of available remedies.