



Università Degli Studi di Padova

Scuola di Dottorato in Diritto Internazionale, Privato e del Lavoro

Indirizzo di Diritto Privato nella dimensione europea

**LA CLAUSOLA *SOLVE ET REPETE*
NEL SISTEMA DELLE OBBLIGAZIONI NEGOZIALI**

Direttore: Chiar.mo Prof. Renato Pescara

Relatore: Char.mo Prof. Giorgio Cian

**Candidato: dott. Giovanni Sicari
Matricola n. 963867**

Anno 2008 - Ciclo XX

*È un esercizio certamente doloroso,
ma che mantiene giovani e sani,
quello di dedicarsi ogni giorno,
come una ginnastica mattutina,
a gettare a mare un'ipotesi prediletta.*

CONRAD LORENZ

2.3	Vessatorietà del <i>solve et repete</i> , tutela generale del contraente debole e tutela speciale del consumatore	-183
2.4	Elementi accidentali del contratto e clausola <i>solve et repete</i> ----	-190
2.5	Questioni attinenti alla validità e all'efficacia del patto -----	-194
Capitolo III	Il comma II dell'art. 1462 cod. civ. e suoi specifici problemi ermeneutici ---	-199
3.1	Il potere discrezionale del giudice di sospendere la condanna per gravi motivi	-200
3.2	Il canone della buona fede nell'esercizio del diritto al <i>solve et repete</i>	-206
3.3	Inadempimento, ritardo nell'adempimento, mutamento nelle condizioni patrimoniali, insolvenza del contraente tutelato ex art. 1462 c.c. (rinvio)	-211
3.4	La sospensione della condanna -----	-215
Capitolo IV	Il funzionamento processuale dell'art. 1462 cod. civ. --	-218
4.1	La condanna con riserva -----	-219
4.2	La domanda di ripetizione -----	-225
4.3	La rinuncia all'esercizio del diritto al differimento e la mancata proposizione dell'eccezione di <i>solve et repete</i> ---	-232
Capitolo V	L'art. 1462 cod. civ. nella sua collocazione sistematica	-239
5.1	La natura del <i>solve et repete</i> -----	-240
5.2	Ricognizione delle principali teorie sistematiche -----	-243
5.2.1	L'ipotesi sostanzialista -----	-243
5.2.2	L'ipotesi processualista -----	-246
5.2.3	Le posizioni giurisprudenziali -----	-250
5.2.4	Un tentativo di sintesi -----	-254
5.3	La collocazione della fattispecie nel codice civile e la sua riferibilità ai rapporti non sinallagmatici ---	-263
5.4	Riflessioni sull'elemento causale dell'accordo -----	-273

Capitolo VI	<i>Solve et repete</i> e negozi bilaterali imperfetti -----	-289
6.1	Fideiussione e contratto autonomo di garanzia -----	-290
6.2	Fideiussione e <i>solve et repete</i> -----	-299
6.3	Polizza fideiussoria -----	-308
6.4	Contratto autonomo e <i>solve et repete</i> -----	-311
6.5	Il <i>solve et repete</i> in altri contratti bilaterali imperfetti -----	-327
Conclusioni	-----	-331
Conclusion	-----	-340
Bibliografia	-----	-348

La clausola solve et repete nel sistema delle obbligazioni negoziali

Introduzione

La ricerca intrapresa, dal titolo «La clausola *solve et repete* nel sistema delle obbligazioni contrattuali», si propone la comprensione del meccanismo disegnato dall'art. 1462 c.c., per valorizzarne il ruolo sistematico.

In effetti, non sembra avventato affermare che l'istituto non abbia ancora ricevuto un compiuto approfondimento, che pure meriterebbe per la sua valenza sistemica e per la notevole ricorrenza nella pratica contrattuale.

Infatti, a tutt'oggi la norma contenuta nell'art. 1462 cod. civ. è stata oggetto di limitate trattazioni della dottrina peninsulare, che hanno avuto soprattutto le vesti della nota a sentenza e della voce enciclopedica, e di una sola opera monografica del 1998 che, con un'articolazione concettuale di notevole respiro, si concentra sul commento ragionato delle principali pronunce giurisprudenziali.

La rilevanza della clausola può, in questa fase dell'indagine, essere assunta in chiave solo induttiva. In questa stessa prospettiva sia consentito di proporre lo sperato punto di approdo della ricerca.

Ebbene, il meccanismo del «*solve et repete*», come noto, consente alle parti di attribuire a un contraente il diritto di paralizzare – il termine è volutamente generico – la proponibilità di talune eccezioni della controparte, allo scopo di evitare che l'esecuzione degli obblighi contrattuali sia ritardata.

Tuttavia, è altrettanto noto che non tutte le eccezioni delle controparti sono suscettibili di questo congelamento. Restano, infatti, escluse una pluralità di azioni od eccezioni che, come si cercherà di porre in risalto, attengono tutte, in prospettive diverse, al rapporto dedotto in contratto nella sua dimensione causale.

Mette conto, a tal riguardo, proporre qualche riflessione in merito alla scelta del legislatore del '42 di porre l'istituto in posizione subito seguente – e quale loro eccezione – ai rimedi contrattuali così detti sinallagmatici.

Questo schema hegeliano di tesi e antitesi potrebbe schiudere all'interprete una sintesi di valore sistematico.

Infatti, in tal modo, il «*solve et repete*», nei suoi limiti applicativi, potrebbe essere considerato un avamposto a difesa del concetto e della funzione causale del contratto. Assurgerebbe, cioè, a linea di confine entro la quale la causa ancora può dispiegare le funzioni cui è preposta nell'ordinamento.

Al di là di tale confine il collegamento del negozio con la sua causa sarebbe talmente flebile – fino a scomparire-, da impedire la validità ed efficacia del patto e di qualunque negozio che sul patto costruisca la sua funzione tipica.

Un tale approdo concettuale richiede un percorso di ricerca severo, al termine del quale sarà indispensabile sottoporsi a una verifica finale.

Innanzitutto, pare indispensabile procedere all'inquadramento della fattispecie dell'art. 1462 c.c. e all'analisi del suo meccanismo operativo, attraverso la consueta attività ermeneutica del civilista.

Questa attività, che sembrerebbe meramente compilativa e relativamente agevole, potrebbe rivelarsi assai complessa, attesa la carenza di trattazioni monografiche.

Ad ogni modo, successivamente, si dovrà cogliere la norma nella sua collocazione sistematica, per comprendere se essa possa ricevere applicazione solo nella prospettiva dei contratti a prestazioni corrispettive, o nel più vasto orizzonte delle obbligazioni contrattuali in generale.

Non sarà inutile, a tal fine, per un verso saggiare la portata anche processualistica dell'istituto; per altro verso, rendere conto dei percorsi nomopoietici che hanno condotto il legislatore alla sua codificazione.

Si pensi che, in effetti, mentre è noto alla dottrina da lunghi secoli, sebbene spesso sotto mentite spoglie, un meccanismo di «*solve et repete*» pubblicistico di natura fiscale e tributaria, è diffusa l'opinione che il patto privatistico sia emerso per la prima volta in Italia solo nella pratica contrattuale di fine Ottocento.

Si metterà in ampia evidenza, invece, che il *solve* abbia avuto origine in epoca medievale. Saranno evidenti, nel

corso della trattazione, le conseguenze sistematiche e interpretative della lezione dei giuristi comunali.

Se le risposte fornite dall'indagine, nelle sue varie articolazioni, confermeranno la bontà dell'induzione iniziale, se, cioè, si potrà appurare che l'istituto operi nel campo delle obbligazioni non solo derivanti dall'esecuzione di rapporti sinallagmatici; che esso rappresenti il massimo distacco consentito del negozio dalla sua causa; se si sarà chiarito efficacemente il funzionamento anche processuale del patto, allora si dovrà procedere a una verifica "sul campo" delle conseguenze logico interpretative di tali risultati.

In tal modo, nella seconda parte della ricerca, si proverà a verificare mediante lo strumento del «*solve et repete*», se e in che misura possano avere ingresso nell'ordinamento una pluralità di negozi atipici – ma socialmente largamente tipici – quali, tra gli altri, il contratto autonomo di garanzia, nelle sue numerose fattispecie, le polizze fideiussorie e altre garanzie atipiche di matrice anglosassone.

I risultati della verifica potrebbero confermare o meno le soluzioni già prospettate da giurisprudenza e dottrina,

ma certamente utilizzando uno strumento interpretativo nuovo, costituito, per l'appunto, dall'art. 1462 c.c. nella sua portata sistematica. Ove, infatti, l'affievolimento della causa del contratto atipico superi il limite, consentito a un contratto tipico mercè l'apposizione di una clausola «*solve et repete*», allora il negozio sarà destinato alla dichiarazione di nullità per difetto di causa.

Capitolo I

La formulazione della norma nella sua origine storica

- 1.1 LE ORIGINI STORICHE DEL PATTO**
- 1.2 LA CLAUSOLA *SOLVE ET REPETE* NELLA PRASSI CONTRATTUALE E NELLA GIURISPRUDENZA SOTTO IL CODICE PREVIGENTE**
- 1.3 IL PRINCIPIO DEL *SOLVE ET REPETE* IN MATERIA FISCALE**
- 1.4 ALTRE PREVISIONI LEGALI DI DIFFERIMENTO NELLA PROPONIBILITÀ DI ECCEZIONI**
- 1.5 IL DIBATTITO SULLA VALIDITÀ DEL PATTO**

1.1 Le origini storiche del patto

Il meccanismo oggi codificato nell'art. 1462 cod. civ., e tradizionalmente noto come «*solve et repete*», consente alle parti di attribuire a un contraente il diritto di paralizzare la proponibilità di talune eccezioni della controparte, allo scopo di evitare che l'esecuzione degli obblighi contrattuali sia evitata o ritardata.

Così, il creditore di una prestazione, davanti all'eccezione della controparte debitrice, può ordinargli l'adempimento, invitandolo a ripetere la prestazione se essa, in esito al successivo accertamento giudiziale, si rivelerà non dovuta.

Secondo un'opinione largamente diffusa in dottrina, il *solve et repete* avrebbe avuto origine dalla prassi contrattuale di fine Ottocento¹.

¹ Per l'opinione circa un'origine relativamente recente e ottocentesca del *solve*, si vedano, tra gli altri, A. SENIN, *La clausola «solve et repete» nei contratti tra privati*, in *Riv. dir. civ.*, 1936, p. 26; C. LUCCHI, *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Digesto*, IV ed., Torino, XVIII, 1998, p. 586 s.; E. LECCESE, *La clausola solve et repete*, Milano, 1998, p. 12, la quale riporta le opinioni prevalenti – e conformi – della dottrina della prima metà del Novecento. Nello stesso senso, più recentemente, anche G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Libro IV, 2, Torino, ed. 1980, p. 638.

Nella dottrina recente sono state reperite due soli fugaci riferimenti a una possibile diversa origine storica del *solve*. Precisamente, essi si rinvencono, in tema di diritto tributario e diritto processuale delle esecuzioni, rispettivamente in E. PRESUTTI, nella sua voce «*Solve et repete*», in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1940, XII, p. 567, e in G. SCARSELLI, *Il decreto ingiuntivo e la Comunità europea*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 752, nota n. 73 (cfr. ID., *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 17).

La clausola, infatti, sarebbe stata apposta ai contratti di locazione, comodato, assicurazione e vendita a rate², divenendo rapidamente di stile³.

La stessa espressione latina *solve et repete*, che ellitticamente ne traccia il meccanismo operativo, sarebbe stata impiegata dai Giudici, prima ancora che dai teorici⁴, per «[...] riflesso di una più o meno bene invocata analogia con un principio esistente nel diritto tributario [...]»⁵.

È innegabile che, sul finire dell'Ottocento, la pratica commerciale abbia fatto un uso tanto diffuso della clausola da stimolare il dibattito dei giuristi e portare, infine, alla codificazione dell'istituto nel 1942.

E, d'altra parte, è altrettanto vero che la Legge 20 marzo 1865, n. 2248, all'art. 6, comma 2, dell'allegato E, prevedesse un *solve* fiscale.

Pare, però, un esemplare caso di perdita della memoria storica l'opinione che il *solve* abbia avuto origine nella seconda metà del diciannovesimo secolo.

² Sottolineano l'impiego della clausola nella pratica delle contrattazioni in regime di monopolio T. ASCARELLI, *Sulla clausola solve et repete nei contratti*, in *Foro it.*, 1929, I, c. 290; M. LA TORRE, *Sulla clausola «solve et repete» nei contratti ed in specie nelle locazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, II, p. 494 ss..

³ Vedi sul punto G. MIRABELLI, *op. loc. cit.*.

⁴ L'osservazione è di D. POLETTI, *Solve et repete (clausola del)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2002, XXIX, p. 1.

⁵ Così A. SENIN, *op. cit.*, p. 26. La derivazione dalla norma fiscale è anche sostenuta da C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 587 e già evocata da T. ASCARELLI, *op. cit.*, c. 291.

Un simile smarrimento delle radici del nostro diritto immancabilmente conduce a riproporre problemi concettuali già affrontati nel passato, e spesso brillantemente risolti da giuristi la cui finezza è rimasta difficilmente eguagliata.

Infatti, il *solve* è un meccanismo assai più antico di quanto non appaia oggi, dopo il *maquillage* del 1942.

Si vedrà subito che già in epoca medievale, negli statuti comunali, era noto il patto di temporanea non opponibilità di eccezioni, patto che addirittura assurgeva a principio generale vigente in materia di esecuzione. Di qui la clausola fu travasata nella legislazione delle monarchie⁶.

Il *solve et repete* fiscale si rintraccia per la prima volta, almeno per quanto noto, negli statuti di Padova e di Verona⁷.

Come riferisce il Pertile, «[...] *L'imposta si ripartiva tra i singoli ad un tanto per libbra d'estimo, onde la si chiamava anche libbra, ed essere allibrato voleva dire essere iscritto nei libri o ruoli d'imposta. Chi reclamasse d'essere stato tassato soverchiamente doveva intanto pagare: all'incontro chi sosteneva d'essere stato allibrato per errore mentre non doveva nulla, veniva udito tantosto e si procedeva sommariamente [...]*»⁸.

⁶ Solo un accenno fugace nel Novissimo Digesto Italiano, ad opera di E. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 567.

⁷ *Stat. ant. Paduae* c. 697; *Stat. Veronae*, 1220, c. 140. Si rinviene anche un *solve* fiscale nello statuto di Ferrara, come riportato in F. MURATORI, *Script.*, VII, p. 433.

⁸ A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1987, II, 1, p. 466.

Nella stessa epoca, del resto, esisteva un *solve* di natura privatistica, che consentiva al creditore di accedere a una sorta di beneficio processuale⁹, consistente in una cognizione sommaria, idonea a tutelare il credito del beneficiario con eccezionale rapidità.

Questa cognizione sommaria¹⁰ fu prevista, inizialmente, solo per talune ipotesi specifiche.

⁹ Che di vero beneficio si trattasse, almeno inizialmente, non v'è dubbio e, pertanto, era riservato a pochi. Ma i vantaggi che ne derivarono sul piano procedurale furono tali che, col tempo, questo processo sommario (per il quale vedi oltre nel testo) fu esteso ai cittadini o sudditi – ad esempio nel Br. pis. com: «[...] *Et de predictis cognoscere et definire inter cives et forentanos n. discriptus summatim et extra ordinem juris. Inter Comune vero et cives et districtuales ex una parte, et homines non n. districtus ex altera, vel inter ipsos non n. discriptus, cognoscant et definiant jure ordinario, et secundum ordine juris [...]*». Infine, il processo sommario fu esteso senza riguardo alla patria delle parti in lite. Paradigmatico lo stat. Bonom. del 1454, II, 14: «[...] *In omnibus causis civilibus, cuicumque quantitatis vel rei, debeat procedi summarie et de plano, sine strepitu et figura iudicii, sola rei veritate inspecta [...]*».

¹⁰ È opinione comune agli storici del diritto che il procedimento sommario medievale abbia tratto origine dal diritto canonico. Anche nel diritto romano era conosciuta una *summatim cognoscere*, che tuttavia consisteva solo in un procedimento interinale, volto ad assicurare i diritti di una parte, senza toccare la posizione altrui. In questo caso, ci si accontentava di un esame *prima facie*, senza una approfondita cognizione. Sul punto v. G. SAVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, a cura di P. DEL GIUDICE, Milano, 1927, III, 2, p. 331. Nel diritto canonico, al contrario, si trattava di una vera e propria cognizione, sebbene condotta con grande sollecitudine e spesso senza alcuna formalità. I Papi, «[...] *nel destinar commissari a conoscere di questa o di quella causa, solevano spesso prescrivere loro di procedere simpliciter, de plano, sine strepitu et figura iudicii [...]*» (A. PERTILE, *op. cit.*, VI, 2, p. 115). Il contenuto di questa espressione fu compiutamente illustrato, con una interpretazione autentica, da papa Clemente V, con la decretale «*Saepe contingit*», del 1306: si dovevano conservare atti e solennità che avessero un valore sostanziale, omettendo le pure formalità. Così, nell'esperienza pratica, statuti e dottori, memori dell'istituto classico, diedero alla nuova procedura l'appellativo di «[...] *sommaria [...]*». JOANNES FAXIOLUS et BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *De sommaria cognitione commentarii*, ed. F. BRIEGLER, Erlangen, 1843, insegnavano che «[...] *summariae ideo breviter, non diminutive se dita, quod totam substantiam comprehendat [...]*». Nello statuto siciliano, si prescriveva «[...] *sommaria cognitione premissa [...]*» e in quello padovano del 1302 era previsto che «[...] *Ubicumque in aliquo statuto reperitur quod procedatur summariae, vel de plano vel aliquid simile verbum, debeat procedi breviter et summarie etiam diebus feriatis [...]*».

In particolare, queste fattispecie furono indicate dal Papa Clemente V, nella decretale «*Ad reprimendum*», cui seguì la previsione del processo sommario per i reati di lesa maestà, nel 1313, ad opera dell'Imperatore Enrico VII.

In breve, tuttavia, altre ipotesi furono aggiunte dai giureconsulti, dagli statuti comunali e dalle leggi dei principi¹¹.

In via generale, il processo sommario non richiedeva formale presentazione del *libellum* o di altri scritti difensivi. La pretesa era espressa oralmente dall'attore, senza ufficio di avvocato, senza formale contestazione della lite¹². Bastava una sola citazione, eseguita senza formalità alcuna¹³.

¹¹ A. PERTILE, *op. cit.*, VI, 2, p. 116. Senza presunzione di esaustività, si possono ricordare taluni campi di applicazione della procedura sommaria. Negli statuti pisani si prevede il processo sommario per la materia del possesso e della servitù, per le questioni di confini, di divisione, per il commercio di terra e di mare, nei pagamenti degli operai, nelle liti tra padroni e persone di servizio, tra maestri e scolari, per le questioni delle persone miserabili. All'elenco sono da aggiungere anche le liti tra forestieri e pellegrini, le cause di ripetizione di alimenti e le pretese fondate su documenti o fatti notori. Nello statuto bolognese del 1250 è previsto per le liti di modico valore (20 soldi). Le costituzioni siciliane lo applicavano a seguito di lamentanze per le estorsioni dei gabellieri. Lo statuto di Parma del 1261 per il caso di danni dei prati. Gli statuti di Pietro II di Savoia per le ingiurie. Gli statuti di Alessandria del 1297 per le mercedi dei giornalieri. Infine, alcune volte, il procedimento sommario era previsto in patti internazionali, per il caso di liti tra sudditi di nazioni differenti. Per un ampio panorama delle materie di processo sommario, con puntuale citazione degli statuti comunali, si vedano particolarmente le pagine 121 e seguenti dello stesso Autore.

¹² BARTOLUS, *cit.*, 32 e 57.

¹³ Stat. mercat. Urbis, p. 95, del 1336: «[...] *Reus, si in prima citatione non comparuerit, fodiatur semel, et facta fossura, si non comparuerit, fiat pignoramentum, et si fuerit contumax facto pignoramento, fiat apodissa berruarii, et postea citetur perhentie, et ubi omnino contumax fuerit, fiat contra ipsum apodissa captionis, et citatio perentoria habeatur pro diffinitiva sententia [...]*».

Inoltre, i termini erano significativamente abbreviati rispetto al giudizio a cognizione piena, sicché la lite non durava che pochi giorni¹⁴.

Ma, soprattutto, «[...] non si ammettevano eccezioni che non toccassero la sostanza della pretesa, che esigessero molte ricerche e potessero esaminarsi da un altro giudice [...]»¹⁵.

Il regime delle prove, a questo riguardo, era particolarmente rigoroso. Infatti, quando la lite non arrecava un danno irreparabile, l'attore poteva fornire anche solo una prova semipiena o imperfetta¹⁶.

Per quanto riguarda il debitore, anche nel caso di eccezioni ammesse, la prova doveva essere di pronta soluzione. In caso contrario, essa poteva avere ingresso solo se la lite poteva comportare conseguenze irreparabili¹⁷.

Il procedimento sommario con improponibilità di eccezioni si applicava, oltre che alle materie già elencate in precedenza¹⁸, alle cause degli artigiani per le loro mercedi, in

¹⁴ Anche tenuto conto del fatto che si procedeva senza tener conto di ferie, limitando le arringhe di eventuali avvocati e riducendo il numero di testimoni che apparisse soverchio. Così già nella *Saepe contingit*. Cfr. anche lo *statutum Cenetae* del 1339, II, 3, che prevedeva 15 giorni di durata del processo. Per lo statuto parmense del 1494, per liti fino a 40 soldi il giudizio doveva concludersi entro 6 giorni; per liti di valore compreso tra 40 e 100 soldi in 12 giorni; per liti comprese tra 100 e 200 soldi in 20 giorni.

¹⁵ A. PERTILE, *op. cit.*, VI, 2, p. 119. Per BARTOLUS, *cit.*, p. 55: «[...] *Exceptionis, quae magis differunt et frustrantur causae veritatem, quam ipsam respiciant, potest iudex repellere [...]*».

¹⁶ BARTOLUS, *op. cit.*, 34 ss. J. FAXIOLUS, *cit.*, afferma che «[...] *notat Accursius quod (in summaris) semipiena probatio sufficit [...]*».

¹⁷ BARTOLUS, *op. cit.*, 38 ss..

¹⁸ Vedi nota n. 11 e ivi i riferimenti bibliografici.

genere alle liti soggette ai giudici delle arti; alle cause di commercio e di banche e a quelle che nascevano sulle fiere e sui mercati¹⁹.

Si muovevano, in tal modo, sicuri passi verso la tutela dell'onesto mercante, motore propulsore dello sviluppo medievale, il quale poteva essere gravemente danneggiato dalle lungaggini del processo a cognizione piena.

Si tenga in considerazione che il mercante era creditore dei propri compratori quanto debitore dei fornitori o di altri mercanti, e spesso a scadenza fissa.

Nelle more del giudizio pieno, e senza aver ricevuto il giusto pagamento, egli rischiava il fallimento, con tutte le gravissime conseguenze dell'infamia²⁰.

È in questa prospettiva di tutela del credito del mercante che emerge con nitidezza il principio del *solve et repete*.

Tra i procedimenti sommari, infatti, v'era anche quello di esecuzione, detto «[...] *parata esecuzione* [...]», risalente all'undicesimo secolo ²¹.

¹⁹ Si veda lo statuto patavino del 1352, che prevedeva una procedura di particolare celerità, per la tutela degli interessi del mercante. Peraltro, di lì a poco parve così utile il processo sommario, che lo si estese senza limiti di materia e valore. L'estensione fu tanto opportuna che accanto al procedimento sommario ordinario, se ne strutturò un altro ancora più rapido, detto *irregolare*. Sul punto F. ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1900, I, p. 1035.

²⁰ Sul tema vedi U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, 1998.

²¹ Il procedimento sommario di esecuzione si rinviene anche nelle primitive usanze germaniche. Vedi H. C. BRIEGLEB, *Eintleitung in die Theorie des summarischen Prozesse*, Leipzig, 1859, p. 67 ss. Ma nella sua forma moderna, il processo esecutivo è senza dubbio d'origine italiana e probabilmente ricollegato alla *confessio in iure* del diritto romano. Ancora H. C. BRIEGLEB, *Über executorische*

Il creditore, in genere un mercante, poteva intimare l'esecuzione del contratto al debitore e, protraendosi l'inadempimento, richiedere l'esecuzione, allorquando la controparte avesse confermato il proprio debito con giuramento contenuto in uno strumento pubblico²².

Lo strumento pubblico consisteva in un simulato processo o in una interrogazione del debitore *extra ordinem*, ovvero nella statuizione contenuta nell'atto, ricevuta dal notaio²³.

Urkunden und executor Prozess, Stutgard, 1845, p. 43 ss. Cfr. anche A. PERTILE, *op. cit.*, VI, 2, p. 127. Peraltro, è stato osservato da quest'ultimo Autore che gli editti dei Longobardi permettessero al creditore non soddisfatto, in taluni casi e con l'osservanza di particolari solennità, di prendere pegni ai debitori di propria autorità e con esercizio di forza privata. Molto più tardi, divenne uso tra le parti riconoscersi negozialmente tale potere, che poteva essere esercitato nei confronti di chi avesse ammesso il proprio debito di fronte al giudice.

²² Vedi A. CORSETTI, *De iuramento et eius privilegio*, Venezia, 1584, 8.33: «[...] *Licet instrumentum publicum continens contractum de iure communi non habeat executionem paratam, tamen si in fine instrumenti diceretur: et quia de praedictis posset bibitari, dictus promissor detulit iusiurandum stipulatori, qui iuravit centum sibi deberi, tale instrum. habet executionem paratam secund. Bart. et Fulg., licet Angel, et Rom. Aliter dicano; et potest salvari dicutum Bart., si tale iuramentum deferatur coram notario, quia est iudex cartularius ex forma statuti [...]*». Il documento che conteneva la confessione era chiamato *instrumentum confessionatum*, «[...] *quod communi vulgari dicitur guarentigiatum, quando in fine continetur clausola quod debitor confitetur omnia supradicta vera esse, et notarius tanquam induex ordinari facit sibi praeceptum quod dobeat solvere [...]*». Così il *p. de Castro*.

²³ Il notaio, infatti, era considerato un *iudex chartularius*. Se il creditore, munito di un contratto recante tale clausola, e quindi detto «*guarentigiato*», ne faceva istanza, il notaio intimava al debitore il pagamento. In difetto, si dava avvio all'esecuzione come se fosse stata regolarmente svolta la causa di accertamento. Nella *const. Panhormi*, 70, è detto che «[...] *Si quis conventus confessus fuerit se debere debitum, 15 dierum terminus sibi conceditur, infra quem creditori solvere debeat, quo elapso, compelli debet per curiam ad solvendum [...]*». H. C. BRIEGLEB, *op. ult. cit.*, p. 60, ha osservato che i giureconsulti distinguevano se la confessione fosse stata fatta prima o dopo la contestazione della lite. Nel primo caso, la confessione aveva valore di cosa giudicata. Nel secondo, si limitava a fondare la sentenza.

È ancora il Pertile a guidarci nei complessi meccanismi comunali dell'esecuzione parata. In omaggio all'elegante prosa dell'Autore, conviene riportare integralmente il passo.

«[...] *Quando un creditore presentasse in giudizio uno di quei documenti, e il credito fosse liquido o almeno potesse liquidarsi indilatamente, si faceva al debitore, anche senza citarlo, precetto di pagare nel tempo suindicato, e non obbedendo, scorso quel termine, s'intraprendeva senz'altro l'esecuzione. Non si ammettevano contro la domanda se non quelle ragioni che avrebbero valso direttamente a distruggerla, e queste pure soltanto nel caso che fossero di sollecita prova o dimostrazione (quae altiorem indaginem non requirunt), e secondo qualche statuto dando pegni sufficienti per garantire il creditore, od anzi pagando il debito. In caso contrario il debitore, se voleva evitare l'esecuzione, doveva pagare nel tempo assegnatogli, e promuovere azione nelle vie ordinarie per ripetere la restituzione di ciò che gli era stato indebitamente richiesto [...]*»²⁴.

Se il debitore confermava la sottoscrizione del contratto, si dava immediatamente luogo alla fase esecutiva²⁵, che

²⁴ A. PERTILE, *op. cit.*, Torino, 1901, VI, 2, p. 131 s.

²⁵ «[...] *Ubi cumque in publico instrumento vel chirografo fuerit scriptum debitorem accipere in se sententiam voluntariam, talis scriptura paratam habeat executionem, ac si sententia lata fuisset, quae in rem iudicatam transisset [...]*». Così lo statuto di Triste del 1550, II, 9.

l'oneroso poteva evitare solo adempiendo, salvo ripetere l'indebito²⁶.

Questa procedura sommaria, consistente nel privilegio della parata esecuzione, dunque, si applicava per volontà delle parti. Volontà che, successivamente, si prese a rappresentare anche in contratti stipulati per scrittura privata autenticata. Le parti, infatti, strutturavano una clausola complessa che dava luogo a un vero *solve et repete*.

Infatti, «[...] *nullus possit opponere exbandimentis de confesso, nisi prius pignora manualia de tanta quantitate in quanta fuerit exbanditus* [...]»²⁷.

Baldo ci ricorda come, da principio, non potesse essere ammessa alcuna eccezione che non afferisse a «[...] *falsitas, solutionis et quietantionis* [...]». Ma i giureconsulti allargarono il novero delle difese ammesse, purché fossero di pronto uso²⁸.

²⁶ Secondo *Br. pis. Com.*, 1313, 248: «[...] *Teneatur potestas, et quilibet iudicans – quemlibet venientem coram se cum instrumento mutui, accomandisie seu depositi, et petentem debitorem suum cogi ad solutionem crediti contenti in instrumento, ipsum debitorem cogere – solvere creditori, sine petitione vel libello – infra 15 dies. - Ita, quod si proponeret se solvesse, et sit paratus probare – nihilominus ad solutionem cogatur, dum tamen creditor idonee caveat* [...]».

²⁷ *Stat. mercat. Urbis*, 1317, 35, per il quale era, dunque, sufficiente un pegno idoneo a garantire il creditore. Similmente lo *Stat. lanaj. Siena*, 1282, II, 7 prevedeva che «[...] *sian tenuti i consoli comandare al convenuto che paghi el devito – e le spese al creditore infra 5 di prossimi, - et non si debbia alcuna exceptione ammettere – se prima quel cotale convenuto non darà idonee cauzioni di stare a ragione e pagare el devito* [...]». A Napoli, «[...] *il debitore, impetito per una polizza bancaria, non ammettevasi a produrre le sue eccezioni se non depositava la somma nel banco, o non si costituiva nelle carceri* [...]» V. A. PERTILE, *op. ult. cit.*, p. 135.

²⁸ BALDO DEGLI UBALDI, in *L. 2 Cod.* 7, 53. Cfr. H. C. BRIEGLEB, *Eintleitung in die Theorie summarischen Prozesse*, cit., p. 93 ss. e A. PERTILE, *op. cit.*, p. 131 ss..

Ciò avvenne tanto nella Penisola²⁹, quanto in Germania, dove pure il principio aveva applicazione³⁰.

Così, con qualche generalizzazione, le eccezioni ammesse erano quelle di falsità, di adempimento, di compensazione, di stipula di un *pactum de non petendo*, di remissione, di prescrizione.

Verano, poi, eccezioni processuali sempre utilizzabili, quali incompetenza, litispendenza, cosa giudicata, difetto di legittimazione.

Aveva così luogo un procedimento che cominciava dall'esecuzione, per tutelare il credito di una parte, in genere il mercante³¹, senza cognizione o sentenza, o con una cognizione sommaria sugli «[...] *esteriori caratteri del documento* [...]»³².

²⁹ Ad esempio nello *stat. Romae* del 1580, I, 82: «[...] *contra publica instrumenta, per creditorem executioni demandari petita, nulla possit opponi exceptio, nisi falsitatis, usurarum, solutionis, pacti de non petendo, rei judicatae prescriptionis et litis pendentiae. Quas oppositas debitor probare debeat infra dies 10 [...]*». Simili anche lo *statuto merc. Urbis* del 1449, p. 132, e quello di Genova del 1595, che alle ipotesi già menzionate aggiunse anche la «[...] *incompetentiam iudicis et illegittimationem postulantis [...]*».

³⁰ A. HEUSLER, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Leipzig 1885- 1886, pp. 156 e 194 ss..

³¹ Esplicitamente lo *stat. merc. Brix. et Cremae* del 1429, c. 46 «[...] *si quis fuerit debitor alicuius mercatoris occasione mercantile, de quo debito constet per chartam, condemnationem, vel scripturam manu debitoris fatam, teneatur consules, sommarie et sine libello, executioni mandare chartam ispas, et superinde cogere debitorem ad solutionem debiti ispius, etiam per captionem persionae; nec amplius induci debitori, dilatio alicuius exceptionis seu defensionis detur, nisi prius deposuerit quod fuerit justum ad banchum mercantile in pecunia numerata [...]*».

³² A. PERTILE, *op. loc. cit.* L'Autore riferisce che l'utilizzo della clausola esecutiva divenne così ampio, che il patto di guarentigia o il *solve et repete*, ove non presente, si intendeva omesso per dimenticanza e, dunque, reputato comunque voluto dalle parti.

Nel tempo, tuttavia, non si mancò di rilevare che «[...] siccome una tal maniera di procedimento, mentre assicurava il diritto del creditore, non tutelava sufficientemente quello del debitore, i giureconsulti cercavano ogni via di venirgli in aiuto, coll'ammettere sempre maggior numero d'eccezioni e simili. Allo stesso intento le leggi esigevano cauzione dell'attore, perché si potesse far luogo contro del convenuto alla parata esecuzione [...]»³³.

³³ Ancora A. PERTILE, *op. cit.*, VI, 2, p. 136. L'Autore cita, in particolare, la Cost. piemontese del 1770 di Carlo Emanuele I, che prevedeva l'opponibilità di qualsiasi eccezione.

1.2 La clausola *solve et repete* nella prassi contrattuale e nella giurisprudenza sotto il codice previgente

Lasciando da parte, per ora, il dibattito tutto dottrinario sulla validità del patto, che ha avuto luogo prima della codificazione del 1942, si possono passare in rassegna i principali risultati raggiunti dalla giurisprudenza sotto il codice previgente.

Essa si è trovata a pronunciarsi a più riprese, vista l'ampia diffusione che il *solve et repete* aveva nella prassi contrattuale.

In breve, a partire dall'ultimo ventennio dell'Ottocento, il *solve* si diffuse nei contratti del monopolista, negli accordi stipulati tra impresa e soggetti privati³⁴.

Si pensi che in epoca fascista, il modulo di locazione a stampa distribuito dalla Federazione nazionale della proprietà edilizia conteneva la clausola *solve et repete*³⁵.

I commercianti³⁶, dal canto loro, si riproponevano l'inserimento di clausole *solve et repete* per arginare quella che definivano la fantasia cavillosa dei cattivi pagatori³⁷.

³⁴ Vedi sul punto T. ASCARELLI, *op. loc. cit.*, e M. LA TORRE, *op. cit.*, p. 494 ss..

³⁵ Cfr. M. LA TORRE, *op. cit.*, p. 502.

³⁶ Da una indagine comparativa, svolta in ambienti commerciali, sarebbe risultato un aumento delle eccezioni giudicate «[...] *pretestuose* [...]», in diretta proporzione alla diminuzione dei prezzi delle merci vendute o dei canoni medi di

Così, alle soglie della nuova codificazione, il *solve* era diventato pressoché clausola di stile nelle compravendite delle imprese³⁸, nelle locazioni³⁹, negli appalti, nella somministrazione e nel trasporto⁴⁰.

La giurisprudenza era quasi unanime nel riconoscere la validità della clausola⁴¹. V'era, però, un certo disagio, nelle

locazione. Lo studio fu pubblicato da U. CANTONI, in *Commercio*, X, 1931, rivista della Confederazione dei Commercianti.

³⁷ P. VITUCCI, *Clausola «solve et repete», principio di uguaglianza (ed autonomia contrattuale) nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 1462 cod. civ.*, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, c. 784, non senza una punta di ironia riferisce come «[...] i difensori della clausola esaltavano la finalità di tutelare il credito e delineavano il personaggio del cattivo pagatore, pronto al cavillo e al pretesto; gli avversari del *solve et repete* prospettavano invece la figura del contraente dabbene ed esponevano la preoccupazione che gli si precludessero eccezioni fondate, pur di fronte a domande maliziosamente proposte [...]». Si esprimeva, in generale, per la prevalenza della tutela del credito F. CARNELUTTI, *Clausola «solve et repete»*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, 1, p. 87. Secondo l'Autore, p. 82: «[...] non vi è un discorso più inconcludente di quello, che si fa quando si osserva che, più di una volta, la clausola può servire a strangolare un debitore fornito di buone ragioni a vantaggio di un creditore che non ne ha; questo sarà anche un abuso, ma non vi è strumento del diritto, che purtroppo non vi si presti [...]». In senso contrario E. T. LIEBMAN, *Variazioni intorno alla clausola del «solve et repete» nei contratti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, II, p. 214. Una sintesi di equilibrio tra gli opposti umori degli interpreti si deve a T. ASCARELLI, *op. cit.*, c. 290 ss. e a P. GRECO, *La clausola «solve et repete»: ragioni e limiti della sua efficacia*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 163 s..

³⁸ Cfr. F. DEGNI, *La vendita*, Padova, 1939, p. 286 ss..

³⁹ Cfr. R. FUBINI, *Locazione di cose*, Milano, 1917, I, n. 77; L. ABELLO, *Trattato della locazione*, Napoli – Torino, 1915, I, n. 77, p. 475.

⁴⁰ P. GRECO, *op. cit.*, p. 144: «[...] si usano di solito delle perifrasi più o meno lunghe, il cui succo in sostanza può approssimativamente compendiarsi nel concetto che per nessuna ragione la parte obbligata a corrispondere un prezzo [...] può ritardarne il pagamento [...]». L'esemplificazione *solve et repete*, per strutturale, secondo A. SENIN, *op. cit.*, p. 31, corrispondeva a espressioni contrattuali del tipo «[...] è vietato al compratore (locatario, ecc.) di esercitare comunque azioni od eccezioni fondate sull'inadempimento del venditore (locatore, ecc.) fino a quanto non sia stato pagato il prezzo. [...] Non sarà ammesso nessun reclamo prima del pagamento della merce. [...] Pagamento per ogni fattura senza diritto a deduzione e compensazione per qualsiasi inadempimento o reclamo [...]».

⁴¹ Si rinvencono precedenti contrari alla validità in Trib. Pisa, 19 maggio 1929, in *Foro it.*, 1930, I, c. 630; App. Milano, 12 maggio 1931, in *Riv. dir. comm.*, 1932, II, p. 494 ss., con nota di M. LA TORRE, *cit.*. I precedenti contrari più prossimi, nella giurisprudenza del Supremo Collegio, si rinvencono in Cass. Torino, 4

Corti di merito, sulle conseguenze pratiche cui dava luogo la generalizzata patente di validità.

Si nutriva il dubbio se accogliere, allora, una tesi estremista, che assegnasse al *solve* efficacia rigida e incondizionata verso qualunque eccezione e azione, in ogni ipotesi di inadempimento, anche grave o totale, e pure nell'eventualità di malafede o di dolo, ovvero una tesi più moderata⁴².

Le Corti di merito hanno tentato a più riprese di individuare limiti di efficacia alla clausola reputata valida⁴³, come espressione del principio di libertà negoziale.

Il Supremo Collegio ha, dunque, compiuto la propria attività di sintesi, stabilendo, con successivi aggiustamenti, che la clausola non fosse efficace per le eccezioni di nullità e annullamento. Che, per altro verso, dispiegasse il proprio

maggio 1875, in *Giur. tor.*, 1875, p. 315; 28 febbraio 1877, in *Giur. tor.*, 1877, p. 390; 25 marzo 1918, in *Giur. tor.*, 1918, p. 588.

⁴² La situazione è tratteggiata da P. GRECO, *op. cit.*, p. 142 s.. Erano indici di questo clima di dubbio sentenze come App. Milano, 28 giugno 1929; App. Milano, 29 aprile 1926, in *Riv. dir. civ.*, 1927, p. 578 ss., con nota di A. ASCOLI, *Clausola di decadenza nei contratti*; App. Milano, 6 giugno 1930, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 142 ss., con la citata nota di P. GRECO. Il tentativo più serio delle Corti di merito è stato quello di distinguere tra inadempimenti che vulnerassero o annientassero gli scopi essenziali del contratto e condotte che menomassero semplici effetti accessori dell'accordo.

⁴³ Per esempio la già citata App. Milano, 6 giugno 1930. V. anche App. Genova, 3 febbraio 1930, in *Rep. Foro it.*, 1929, I, p. 290; App. Venezia, 12 giugno 1930, in *Mass. Foro it.*, 1930, n. 125.

effetto paralizzante tanto sulle eccezioni che sulle azioni di risoluzione o di adempimento⁴⁴.

Il funzionamento della clausola era, poi, impedito dal totale inadempimento del beneficiario e dal suo dolo⁴⁵.

⁴⁴ Cass. 7 maggio 1928, in *Foro it.*, 1929, I, c. 290; Cass. 21 giugno 1930, in *Mass. Foro it.*, c. 430; Cass. 30 giugno 1930, in *Mass. Foro it.*, 1930, I, n. 142; Cass. 28 luglio 1930, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, p. 142.

⁴⁵ Su questo punto, per la verità, era altalenante il convincimento della Corte. Talvolta l'efficacia del *solve* è stata estesa *tout court* nei confronti dell'*exceptio*. In questi casi, però, il totale inadempimento assurgeva spesso a indice di dolo del beneficiario, che impediva comunque l'operatività della clausola. In questo ultimo senso Cass. 6 giugno 1942, in *Riv. dir. comm.*, 1942, II, p. 317, con nota di G. B. FUNAIOLI, *Su di un caso apparente di inapplicabilità della clausola «solve et repete»*; Cass. 30 dicembre 1939, n. 3445, in *Mass. Foro it.*, 1939, I, n. 662.

1.3 Il principio del *solve et repete* in materia fiscale

Ai sensi dell'art. 6, comma 2, della Legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, «[...] *in ogni controversia di imposta gli atti di opposizione, per essere ammissibili in giudizio, dovranno accompagnarsi dal certificato di pagamento dell'imposta, eccetto il caso che si tratti di un supplemento [...]*».

Malgrado gli sforzi ricostruttivi compiuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per tutto l'arco quasi secolare di vigenza, l'istituto è rimasto privo di logica giustificazione teorica e rigorosa collocazione sistematica⁴⁶.

Taluno, nella prima metà del '900, ne ha appassionatamente invocato l'abolizione, negandone il fondamento logico/giuridico⁴⁷.

Chi, d'altra parte, ne ha comunque tentato l'inquadramento sistematico, ha generalmente adoperato due differenti metri interpretativi.

L'uno, sostanzialistico, ricostruiva il *solve* fiscale come istituto peculiare del diritto finanziario, basato su un fondamento di natura, per così dire, politica, che avrebbe

⁴⁶ L'ammissione si rinviene in C. MAGNANI, *Solve et repete (diritto tributario)*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1970, XVII, p. 845.

⁴⁷ Vedi O. QUARTA, *Commento alla legge sulla imposta di ricchezza mobile*, III, Milano, 1925, p. 119; G. A. MICHELI, *Presupposti costituzionali del «solve et repete»?*, in *Studi Parmensi*, 1950, p. 231.

giustificato l'ostacolo frapposto dalla legge alla tutela giurisdizionale⁴⁸.

I fautori di questa impostazione vedevano nel *solve* uno «[...] strumento coattivo per assicurare le entrate previste attraverso l'esatto e tempestivo pagamento da parte del contribuente [...]»⁴⁹.

L'altro punto di vista interpretativo ha scorto nel *solve* uno strumento tutto processualistico, da ricondurre nell'alveo della tutela giurisdizionale dei diritti del privato nei confronti della pubblica amministrazione⁵⁰.

Sotto questo profilo, il meccanismo avrebbe costituito una derivazione logica e necessaria delle premesse generali dell'ordinamento, e particolarmente come conseguenza del principio di esecutorietà degli atti amministrativi⁵¹.

⁴⁸ Si veda D. JARACH, *Sul fondamento giuridico del «solve et repete»*, in *Riv. fin.*, 1937, I, p. 54 ss.

⁴⁹ C. MAGNANI, *op. loc. cit.* e pare anche A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Solve et repete (diritto tributario)*, in *Enc. for.*, Milano, 1962, VII, p. 105 ss.: «[...] l'opposizione all'imposta secondo il legislatore del 1865, avrebbe potuto, se non fosse stata subordinata al preventivo pagamento, sospendere la riscossione coattiva. Sarebbe superfluo accennare ai gravissimi inconvenienti che ne sarebbero derivati alla finanza pubblica[...]». Sul piano pratico, la giustificazione «[...] di un principio tanto gravoso per i cittadini, quale è quello del *solve et repete*, sta [...] in ciò che l'accertamento del tributo è preceduto da un procedimento amministrativo svolgentesi nel contraddittorio dell'interessato, il quale ha pertanto larghissima agevolezza di difesa e quasi sempre possibilità di esperire rimedi amministrativi [...]». Così E. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 571.

⁵⁰ Come si vedrà più avanti, la giurisprudenza aderì in modo più o meno esplicito all'inquadramento processualistico, configurando il pagamento come requisito di competenza.

⁵¹ Che si estrinseca, *ex art. 4* della Legge 20 marzo 1865, n. 2248, nel divieto per il Giudice ordinario di modificare o revocare l'atto amministrativo (sul punto L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, s.d., ma 1911, I, p. 370); ora della distinzione tra diritto e interesse. In tal senso, il contribuente sarebbe titolare di un diritto soggettivo perfetto e, dunque, titolare di

Secondo questa impostazione, se il privato avesse avuto la disponibilità dell'azione prima del pagamento, ciò si sarebbe tradotto in un conferimento all'autorità giudiziaria di un potere di revoca o modifica dell'atto di accertamento⁵².

Al contrario, avvenuto il pagamento, il Giudice non avrebbe dovuto revocare o modificare l'atto di accertamento, bensì eventualmente condannare l'amministrazione al risarcimento del danno subito dal contribuente⁵³.

A questa argomentazione si sono imputate diverse incongruenze logiche.

In primo luogo, si è osservato che il Giudice ordinario, qualora riconoscesse non dovuto il tributo ormai pagato dal contribuente, non avrebbe condannato l'amministrazione al risarcimento dei danni, bensì alla restituzione dell'imposta erroneamente accertata.

Difatti, gli interessi sarebbero decorsi dalla condanna e non dall'indebito pagamento.

un diritto all'azione, solo in esito al pagamento del debito derivante dall'atto di imposizione. Così E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Milano, ed. I, 1942, p. 157 ss., ed. III, 1954, p. 153 ss.. Per l'Autore, poiché il *solve* sarebbe un istituto peculiare del diritto italiano, la sua spiegazione dovrebbe ricercarsi nell'originale aspetto dell'ordinamento nazionale, che distingue i diritti dagli interessi. La contestazione della pretesa d'imposta sarebbe una lite di impugnazione, sulla quale non sussisterebbe la competenza del giudice ordinario, poiché il contribuente avrebbe un mero interesse legittimo. Su una lite di rimborso, al contrario, il Giudice ordinario avrebbe piena cognizione, dal momento che il contribuente potrebbe vantare un diritto soggettivo pieno.

⁵² Non si vedrebbe, altrimenti, quale altra reintegrazione potrebbe essere accordata al diritto subiettivo del singolo. Così E. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 568.

⁵³ Ancora L. MORTARA, *op. loc. cit.*

Sicché, in realtà, l'attività sostanziale dell'Autorità giudiziaria avrebbe realizzato una revoca o una modifica dell'atto di accertamento, sebbene solo in esito al pagamento⁵⁴.

Inoltre, poiché il principio *solve et repete* non riceveva applicazione rispetto al supplemento di imposta, e anche questo si estrinsecava in un atto amministrativo, il principio della esecutorietà non poteva essere il vero fondamento del *solve*⁵⁵.

Ormai superate e rese inattuali molte delle questioni dogmatiche relative al *solve* fiscale, per effetto della ben nota dichiarazione di illegittimità costituzionale⁵⁶, si possono ugualmente ripercorrere, in via retrospettiva, i tratti salienti dell'istituto, per comprendere in quale clima è stato poi applicato e trasposto in ambito privatistico.

Era opinione del tutto pacifica che la regola fiscale provocasse una temporanea incompetenza del Giudice ordinario.

⁵⁴ E. PRESUTTI, *op. loc. cit.*. Al riguardo, l'Autore osserva che una prassi giudiziaria mai smentita ha sempre reputato che il divieto di revoca o modifica dell'atto amministrativo non si estendesse alla condanna al rimborso o alla dichiarazione che l'amministrazione non avesse il diritto di esigere la somma.

⁵⁵ Per la verità, i tentativi di spiegazione in chiave pubblicistica e sostanziale non si sono rivelati più soddisfacenti, come illustrato da F. MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli, 1960, p. 196 ss.. Per un'ampia rassegna del dibattito sulla natura del *solve* fiscale, vedi A. D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1956, p. 191 ss. e L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Solve et repete e Costituzione*, 1961, in *Giust. civ.*, III, p. 53 ss..

⁵⁶ Ci si riferisce alla sentenza della Consulta del 31 marzo 1961, n. 21, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 6, comma 2, in riferimento agli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione.

Tale incompetenza si traduceva nella pregiudizialità dell'eccezione di *solve* rispetto alle altre, salvo solo quella relativa all'ammissibilità del gravame⁵⁷. Inoltre, comportava la rilevabilità d'ufficio⁵⁸.

Come ulteriore conseguenza, il pagamento del tributo, per legittimare il Giudice alla pronuncia restitutoria, doveva avvenire prima che il giudizio fosse incardinato⁵⁹.

Sotto altro punto di vista, il principio trovava applicazione in qualsiasi controversia concernente direttamente⁶⁰ l'imposta, qualunque ne fosse la natura giuridica⁶¹.

⁵⁷ Principio contenuto, tra le altre, in Cass. 27 luglio 1933, n. 3101, in *Mass. Foro it.*, 1933.

⁵⁸ Cfr. Cass. 14 giugno 1934, n. 2115, in *Mass. Giur. it.*, 1934; in Cass. 29 luglio 1930, n. 2980, in *Mass. Giur. it.*, 1930.

⁵⁹ Cfr. Cass. 30 luglio 1930, n. 3012, in *Mass. Foro it.*, 1930. Peraltro, il pagamento doveva essere effettuato presso il competente ufficio fiscale ed essere comprovato da regolare bolletta. Il deposito della somma non era considerato equivalente al pagamento e, dunque, non restituiva al Giudice ordinario la competenza a decidere nel merito della controversia. Così Cass., Sez. Un., 7 aprile 1932, n. 1199, in *Rep. Foro it.*, 1932. Vedi anche Cass. 11 dicembre 1934, n. 3523, in *Rep. Foro it.*, 1935. Altre conseguenze pratiche di una simile concezione processualistica erano la competenza delle Sezioni Unite della Cassazione a giudicare sull'applicabilità del principio e la legittimazione di queste ultime a sindacare anche la sussistenza degli elementi di fatto, sui quali valutare l'applicabilità della regola. Così Cass. 16 giugno 1933, n. 2229, in *Mass. Giur. it.*, 1933.

⁶⁰ E non anche le controversie che solo indirettamente e mediamente siano d'imposta. Sul punto E. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 569.

⁶¹ Il *nomen* sarebbe stato impiegato, dunque, in senso lato, ricomprendendovi sia le imposte propriamente dette, dirette e indirette, sia le tasse. Sulla scorta di questa interpretazione, il *solve* era addirittura applicato in relazione alle tasse postali e agli altri servizi pagati dal cittadino *uti singulis*, per servirsi dei servizi pubblici, tranne nel caso che il pagamento avvenisse a titolo di prezzo (ad esempio i biglietti ferroviari), e dunque si poteva configurare quale provento di pubblico servizio. Inoltre, secondo la costante giurisprudenza, il *solve* fiscale doveva ricevere applicazione anche alle controversie relative alle spese per l'esazione del tributo, per gli aggi, per le multe e per le pene pecuniarie a carattere civile. Tra le altre, v. Cass. 29 gennaio 1931, n. 941, in *Rep. Foro it.*, 1931; Cass. 11 maggio 1934, n. 1570, in *Mass. Foro it.*, 1934. Non, però, alle spese inerenti al giudizio di stima delle tasse sugli affari.

Ancora sotto il profilo del tributo oggetto di richiesta, la regola non trovava applicazione per i supplementi, ma solo per l'imposta principale ovvero quella supplementare⁶².

Secondo il punto di vista prevalente, poi, il *solve* aveva attitudine a paralizzare tanto le eccezioni del contribuente⁶³, quanto le azioni volte all'accertamento negativo del debito⁶⁴.

Sotto il profilo della legittimazione processuale, pare che potesse essere onerato qualsiasi soggetto, anche enti pubblici⁶⁵.

Vi furono diversi problemi interpretativi nel valutare l'assoggettabilità al *solve* di un terzo soggetto, chiamato a rispondere dell'obbligazione tributaria altrui.

È stato affermato, al riguardo, che il terzo avrebbe potuto proporre eccezioni attinenti alla norma in forza della quale egli fosse chiamato a rispondere dell'altrui obbligazione.

⁶² Tale, in virtù dell'art. 5 del Decreto 30 dicembre 1923, n. 3269, è la tassa che, al momento della liquidazione di quella principale, non ha potuto essere liquidata per mancanza o insufficienza degli elementi necessari; quella che rappresenta integrazione di tasse già riscosse ed è stata inizialmente sospesa per disposizione di legge. È supplemento, d'altra parte, la tassa che viene richiesta sopra un atto o una denuncia, quando l'ufficio sia incorso in errore od omissione sulla quantità della tassa stessa, della sopratassa, sui titoli tassabili risultanti dall'atto o dalla denuncia, in occasione della registrazione o nella liquidazione.

⁶³ Ma non le eccezioni volte alla contestazione del diritto di agire dell'amministrazione procedente, ad esempio ove si eccepisca il carattere di esattore delle imposte dirette o di appaltatore della riscossione delle imposte di consumo. Vedi, ad esempio, Cass. 26 giugno 1931, n. 2512.

⁶⁴ E, addirittura, anche quando l'azione del soggetto passivo tendesse solo mediatamente e indirettamente a sottrarlo al pagamento del tributo, ma immediatamente avesse altro scopo, quale quello di far revocare la dichiarazione di fallimento. Cfr. Cass. 25 giugno 1931, n. 2499, in *Mass. Giur. it.*, 1931. La regola non riceveva applicazione, invece, nei procedimenti penali.

⁶⁵ Ma vi sono precedenti che escludevano l'applicabilità del *solve* a carico di amministrazioni dirette dello Stato. Era contraria, tuttavia, la prevalente dottrina, per la quale v. E. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 571.

Tuttavia, la giurisprudenza pretendeva che l'inapplicabilità del *solve* dovesse risultare *ictu oculi e prima facie*.

In breve, questa inapplicabilità del *solve* per evidente infondatezza della pretesa tributaria venne estesa a qualsiasi profilo della controversia, dando luogo a una diffusa prassi derogativa⁶⁶.

Infine, l'applicabilità del principio richiedeva taluni requisiti formali.

Intanto, l'amministrazione procedente doveva essere munita di titolo abilitativo, costituito dal ruolo, per le imposte dirette, o dall'atto di accertamento definitivo. In alcuni casi, però, il titolo poteva consistere anche nello stesso atto di ingiunzione cui la legge ricollegasse espressamente il diritto all'immediata esecuzione.

Il contribuente poteva eccepire la mancanza del titolo, ma non l'invalidità formale o sostanziale, se non in esito al pagamento.

La regola non operava, poi, se l'amministrazione aveva accordato una rateizzazione del pagamento.

⁶⁶ Ma la prassi poteva spiegarsi solo in chiave di interpretazione funzionale, negando il fondamento della pretesa della pubblica amministrazione. La contraddizione è sembrata talmente evidente alla dottrina, da spingere taluni autori a parlare di mancanza di visione coerente dell'istituto. Vedi sul punto, B. GRIZIOTTI, *Quando e perché l'inapplicabilità del «solve et repete»*, in *Riv. dir. fin.*, 1950, II, p. 17; C. MAGNANI, *op. cit.*, p. 846.

Infine, ovviamente il *solve* non poteva produrre il proprio effetto sospensivo, se l'amministrazione precedente aveva infirmato il titolo riducendo il debito o riconoscendone l'insussistenza⁶⁷.

La tormentata esistenza del *solve* fiscale fu minata, per un verso, da un tentativo di applicazione da parte della pubblica amministrazione evidentemente iniqua. Ciò provocò la reazione dell'Autorità giudiziaria ordinaria, che diede origine a una casistica disapplicativa praticamente sterminata.

Per altro verso, dall'estensione del principio, per via legislativa, dal processo ordinario fino al procedimento dinnanzi alle commissioni tributarie⁶⁸.

In tal modo, entrata in vigore la Costituzione, la dottrina segnalò prontamente che il *solve et repete* fiscale configgeva con i principi contenuti negli artt. 24 e 113, circa la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. Cass. 28 aprile 1933, n. 1450, in *Mass. Foro it.*, 1933; Cass. 19 aprile 1933, n. 1310, in *Mass. Foro it.*, 1933.

⁶⁸ Per effetto, ad esempio, dell'art. 4 del R.D. 5 marzo 1942, n. 186, in tema di controversie afferenti all'imposta di registro. Ma in tal modo, è appena il caso di rilevarlo, venne a mancare il fondamento giustificativo già descritto in precedenza, ossia il fatto che, prima di accedere alla cognizione ordinaria, l'imposta era già stata oggetto di pieno contraddittorio nelle sedi tributarie e, dunque, il *solve* corrispondeva a una situazione di quasi certa debenza del pagamento. Sicché persino l'Allorio, (*op. cit.*, ed. II, Torino, 1952, p. 10), fino a quel momento convinto teorizzatore dell'istituto, denunciò il venir meno di qualsiasi fondamento giustificativo, che lo rendevano uno «[...] strumento nelle mani del più forte, ossia il fisco, per rafforzare ulteriormente la propria posizione oltre il dovere e fuori di tutte le regole [...]».

⁶⁹ In particolare, si segnala B. COCIVERA, «Solve et repete» e Costituzione, in *Dir. e prat. trib.*, 1951, I, p. 175 ss..

Le molteplici proposte di abolizione e le denunce di illegittimità⁷⁰, tuttavia, per oltre un decennio rimasero inascoltate tanto dagli organi legislativi che dalla Corte di Cassazione, che in numerosi casi aveva dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate dai gradi di merito⁷¹.

Fino a che la Consulta non fu investita della questione dal Pretore di Pavia, che lamentava, innanzitutto, la lesione del principio di uguaglianza sostanziale⁷².

Con la citata sentenza del 31 marzo 1961, il Giudice delle Leggi ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 6,

⁷⁰ Ci si riferisce non solo alle indicazioni della dottrina, ma anche all'art. 17 del Progetto di legge per la riforma del contenzioso tributario della cd. Commissione Azzariti, reperibile in *Dir. e prat. trib.*, 1951, I, p. 161; e all'art. 67 dello schema di riforma del contenzioso tributario, in *Giur. imp.*, 1954, p. 304.

⁷¹ A titolo di esempio, si possono citare: ord. Cass. 25 gennaio 1957, n. 61, in *Dir. e prat. trib.*, 1958, II, p. 237; Cass. 26 giugno 1957, n. 2482, *ivi*, 1958, II, p. 240; Cass. 3 dicembre 1957, n. 455, *ivi*, 1958, p. 241.

⁷² Pret. Pavia, ord. 21 marzo 1960, in *Giur. it.*, 1960, I, p. 771, con nota di C. MAGNANI. Nel giudizio di legittimità, l'Avvocatura dello Stato aveva impostato la difesa d'ufficio del *solve* sulla base del principio di esecutorietà dell'atto amministrativo. Probabilmente, la stessa Avvocatura era consapevole che tale ricostruzione era ormai stata abbandonata tanto dalla dottrina che dalla giurisprudenza, sulla scorta delle medesime considerazioni svolte nelle pagine che precedono. V'è, dunque, chi ha scorto in questo atteggiamento difensivo quasi abdicativo, l'intenzione dell'Avvocatura di non ostacolare la dichiarazione di incostituzionalità di un istituto comunemente percepito come ingiusto. Sul punto vedi le considerazioni di C. MAGNANI, *op. cit.*, p. 846.. La Consulta poté, dunque, agevolmente replicare che «[...] ogni richiamo al principio della normale esecutorietà degli atti amministrativi non reca alcun contributo alla soluzione della questione [...] perché quel principio non verrebbe in alcun modo intaccato o eluso dal venir meno dell'istituto del *solve et repete*, ben potendo anche in tal caso l'amministrazione stessa procedere in via esecutiva contro il contribuente moroso, nonostante qualsiasi sua opposizione, posto che il giudice ordinario non è mai autorizzato a sospendere l'esecuzione di provvedimenti dell'autorità amministrativa [...]».

comma 2, della Legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E⁷³, con riferimento agli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione⁷⁴.

⁷³ Peraltro, con «[...] *infelice superfetazione* [...]» (l'espressione è di C. MAGNANI, «Solve et repete», *cit.*, p. 846), il *solve* fiscale era stato inserito in numerose disposizioni normative, relative alla disciplina dei singoli istituti tributari. La dichiarazione di incostituzionalità in discorso, se ha prodotto la disapplicazione dell'archetipo, non ha impedito che fossero necessari altrettanti procedimenti per accertare l'incostituzionalità ed espellere dall'ordinamento gli illegittimi prodotti derivativi. A ciò la Corte ha provveduto, con numerose sentenze, pronunciate soprattutto tra il 1961 e il 1969. Sul punto, si rinvia all'opera di C. MAGNANI, *op. ult. cit.*, p. 847, particolarmente alla nota n. 2, anche per l'elencazione delle sentenze. Da ultimo, in tema di lotterie, la Corte Costituzionale, con la sentenza 24 maggio 1995, n. 55 (in *Foro it.*, 1995, I, c. 1104 ss.) ha dichiarato la illegittimità dell'art. 60, comma 2, del R.D.L. n. 1933 del 1938, poiché esso «[...] *stabilendo che il ricorso all'autorità giudiziaria contro la liquidazione della tassa per i concorsi e le operazioni a premi è ammissibile solo se sia stata pagata la tassa dovuta, contiene una applicazione della regola del solve et repete considerata illegittima* [...]». Cfr. E. LECCESE, *La clausola solve et repete*, Milano, 1998, p. 175.

⁷⁴ In tal modo, la Consulta ha sostanzialmente accolto le argomentazioni prospettate dal Pretore pavese, ponendo l'accento sulla lesione del principio di uguaglianza sostanziale, poiché, secondo la Corte, il *solve et repete* poneva in pericolo i diritti dei meno abbienti, che non potevano permettersi di *solvere* prima di avere facoltà di ripetere l'indebito pagamento. La scelta di non approfondire gli aspetti connessi con l'esigenza di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica Amministrazione è stata criticata da molti. Vedi L. PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Milano, 1965, p. 140 ss. e 322 ss.. Per la verità, sebbene con sviluppo argomentativo sintetico, la Corte ha anche sviluppato il profilo di contrasto con gli artt. 24 e 113 della Costituzione, affermando che «[...] *negli artt. 24 comma 1 e 113 Cost. [...] l'uso delle parole tutti e sempre ha chiaramente lo scopo di ribadire la uguaglianza di diritto e di fatto di tutti i cittadini per quanto concerne la possibilità di richiedere e di ottenere la tutela giurisdizionale, sia nei confronti di altri privati, sia in quelli dello Stato e di enti pubblici minori* [...]».

1.4 Altre previsioni legali di differimento nella proponibilità di eccezioni

L'ordinamento italiano ha conosciuto, anche di recente, varie ipotesi tipiche di *solve et repete*, che si sono spesso affiancate, senza sovrapporsi, all'istituto civilistico.

Del resto, quest'ultimo è stato tanto largamente impiegato dalla pratica, da assumere multiformi spoglie negoziali.

Talune recano traccia di un impiego talmente antico e diffuso, in specifici settori commerciali, da essere state storicamente connotate alla stregua di vere proprie ipotesi socialmente tipiche.

Ci si riferisce, in particolare, al cosiddetto *affidavit*⁷⁵, della pratica contrattuale marittimistica⁷⁶.

Il tenore abituale della pattuizione è il seguente: «[...] se qualche deficienza sia allegata in base alla pesatura, essa non influisce sul nolo dal quale nessuna detrazione viene fatta per l'allegato ammanco di carbone, nonostante qualsiasi uso del porto di scarico [...]»⁷⁷.

⁷⁵ Il tema è stato esplorato con grande completezza da A. BRUNETTI, *Inadempimento del noleggiante e pagamento del nolo*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 71.

⁷⁶ E, come segnalato già da A. DALMARTELLO, *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Nov. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 847, nota 7, soprattutto nei contratti di noleggio per il trasporto di merci, di origine e matrice anglosassone.

⁷⁷ Così A. BRUNETTI, *op. cit.*, p. 74, e E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, in *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Commentario diretto da M. D'Amelio e E. Finzi*, I, *Delle obbligazioni e dei contratti in generale*, Firenze, 1948, p. 861, nota n. 2.

È evidente che, in virtù di tale accordo, il credito derivante dal contratto di nolo è esigibile senza che l'altra parte possa proporre eccezioni dilatorie per ritardare o impedire l'adempimento⁷⁸.

Altre ipotesi rinvenute nella prassi contrattuale, invece, non sarebbero propriamente riconducibili alla fattispecie tipica di cui all'art. 1462 cod. civ., bensì stabilirebbero solamente termini diversi per i rispettivi adempimenti delle parti⁷⁹.

Questi tipi di clausola sono stati definiti, di recente, «[...] *ipotesi spurie* [...]» o «[...] *non autentiche* [...]» di *solve et repete*⁸⁰.

⁷⁸ Il Brunetti, al riguardo, ha affermato che «[...] *se l'exceptio inadimplenti è un controdiritto del convenuto, cioè un'eccezione in senso tecnico, investendo il rapporto giuridico materiale fatto valere e non il rapporto processuale [...] è ovvio che la clausola dell'affidavit, analogamente a quella del solve et repete, ove sia opposta dall'attore, debba contenere una precisa rinuncia, in caso di difettosa riconsegna (cioè di parziale inadempimento), a far valere la classica difesa basata sull'exceptio inadimplenti contractus. Rinuncia, però, lo si comprende, non al diritto di chiedere i danni o la restituzione del pagato, ma a far valere codesti diritti sotto forma di eccezioni [...]*». Cfr. ID., *Diritto marittimo privato*, III, 1, Torino, 1935, p. 280 s.; S. FERRARINI, *I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, Roma, 1947, p. 192 s.; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, «Affidavit» (voce), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 668 s..

⁷⁹ Sul tema si può consultare A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 852 ss. e già P. GRECO, *op. cit.*, p. 151 s..

⁸⁰ D. POLETTI, *op. cit.*, p. 8. Un tema parzialmente diverso, di una sorta di *solve spurio* imposto alla parte dalla giurisprudenza, si è recentemente affacciato all'attenzione della dottrina. Quello della nullità parziale di clausole contrattuali che prevedano prestazioni eccedenti il limite fissato da norme imperative: Un indirizzo giurisprudenziale accuratamente motivato (Cass., 3 dicembre 1998, n. 12253, in *Arch. locaz.*, 1999, p. 433), e dunque non frutto di una distrazione del Collegio, ha vietato di opporre l'eccezione di nullità nel giudizio promosso per fare valere l'inadempimento, se non in esito al pagamento. Come è stato rilevato, la sentenza, emessa in ambito di locazioni, è astrattamente applicabile a una pluralità di negozi. «[...] *L'indirizzo giurisprudenziale di cui si tratta introduce, insomma, un onere di solve et repete, precludendo alla parte convenuta per l'esecuzione di un patto la possibilità di opporre la nullità prima di aver adempiuto, se la stessa parte non vuole subire le conseguenze dell'inadempimento. Tanta è la forza della giurisprudenza, che ad essa è dato di disporre quell'inopponibilità dell'eccezione*

Negli anni Trenta, peraltro, Tullio Ascarelli e Paolo Greco, pur nella moderazione che contraddistinse i loro toni, ebbero un vivace confronto sul tema del patto di anticipato pagamento.

Il primo, infatti, reputò che esso avesse una funzione economica pratica sostanzialmente affine al *solve*⁸¹.

Il secondo, invece, negò che i due schemi negoziali si trovassero in rapporto di stretta somiglianza⁸².

Infatti, nel *solve* non vi sarebbe inversione dell'ordine naturale delle prestazioni correlative, ma rinuncia o differimento della proponibilità di eccezioni.

Invece, «[...] *chi pattuisce di pagare il prezzo anticipatamente fa la normale previsione che tutto vada bene e soprattutto confida nell'altrui buona fede, chi invece stabilisce il patto del solve et repete si obbliga a non difendersi proprio nell'evento che la fiducia sia venuta meno e che la normale previsione venga a risultare smentita dai fatti [...]*»⁸³.

di nullità che la legge non consente di convenire nell'esercizio dell'autonomia delle parti (art. 1462 c.c.) [...]». Il problema è stato affrontato da G. GABRIELLI, *Una singolare nullità, inopponibile in via di eccezione: la conferma legislativa di un consolidato indirizzo giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 29.

⁸¹ Circa una equivalenza pratica tra l'istituto e il patto del *solve*, si veda G. SCADUTO, *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano*, in *Ann. sem. giur. dell'Università di Palermo*, 1922, p. 225 e T. ASCARELLI, *Sulla clausola «solve et repete» nei contratti*, *cit.*, c. 290, nn. VII e IX, i quali traevano dal diritto tributario un sostegno interpretativo sulla validità del *solve*.

⁸² P. GRECO, *op. cit.*, p. 151.

⁸³ P. GRECO, *op. loc. cit.*. L'Autore concludeva il proprio ragionamento osservando che, quando fosse sorto un motivo legittimo di sfiducia nella controprestazione, sarebbe venuto meno anche l'obbligo della prestazione anticipata, salvo cauzione, *ex artt. 1176 e 1469 cod. civ. ab.*. L'ultima parola spettò a T. ASCARELLI, *Ancora*

È poi vivacemente dibattuto, tra dottrina e giurisprudenza, se siano riconducibili alla fattispecie del *solve* le clausole di pagamento “a prima richiesta”, che accompagnano la fideiussione, la polizza fideiussoria e il negozio autonomo di garanzia.

Il tema ha un particolare interesse e sarà specificatamente affrontato in seguito.

Tornando alle ipotesi di *solve* di sicura fonte legale, si deve menzionare il *solve* fiscale, istituto esaminato nel paragrafo precedente e non più vigente⁸⁴.

È fattispecie tipica, riconducibile al principio *solve et repete*, quella disciplinata dall'art. 1528, comma 2, cod. civ., relativa alla vendita su documenti⁸⁵.

sulla validità della clausola «solve et repete» nei contratti, cit., p. 423. L'Autore, infatti, precisò che «[...] si è negata quest'ultima analogia osservando che, mentre nell'ipotesi di pagamento anticipato del prezzo la prestazione non è ancora eseguita e non è quindi possibile constatarne i vizi, che anzi chi paga anticipatamente confida sul corretto adempimento della prestazione, nell'ipotesi invece del patto «solve et repete», la prestazione è già eseguita e il patto funziona anche di fronte ai constatati vizi dell'adempimento. Ma con ciò si dimentica che il significato «solve et repete» è appunto quello di volere impedire che si possa discutere di buono o cattivo adempimento prima che il prezzo venga pagato. Con la clausola «solve et repete» non si vuole obbligare il compratore [...] a pagare il prezzo nonostante il cattivo adempimento, ma rinviare ogni discussione sull'adempimento, buono o cattivo che sia, a dopo il pagamento [...]».

⁸⁴ Inoltre, nel Codice civile abrogato, all'art. 1510, era previsto che il compratore, pur avendo ragione di temere di essere molestato con azioni ipotecarie o rivedicatorie, non potesse sospendere il pagamento, quando si fosse convenuto il pagamento nonostante qualsiasi molestia. Questa norma costituiva «[...] una testuale applicazione del *solve et repete* alla vendita [...]». Così A. SENIN, *op. cit.*, p. 96.

⁸⁵ Sul punto si registra la convergenza della dottrina. Recentemente, si vedano le riflessioni di D. POLETTI, *op. cit.*, p. 9, e soprattutto E. LECCESE, *op. cit.*, p. 245 ss.; già B. CARPINO, *La vendita su documenti*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da P. RESCIGNO, 11, *Obbligazioni e contratti*, III, Torino, 1984, p. 329 ss.; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, in *Cod. civ. comm.*, diretto da P. SCHLESINGER, *sub art.*

Come noto, il primo comma della disposizione in discorso prevede, per la vendita su documenti, che il pagamento del prezzo sia contestuale alla consegna⁸⁶.

Così, presentati i documenti, il venditore adempirebbe alla obbligazione di consegna, mentre l'acquirente non conseguirebbe la materiale disponibilità delle cose vendute⁸⁷.

In base alla norma contenuta nel secondo comma, d'altra parte, se i documenti sono regolari, il compratore non può rifiutare il pagamento sulla base di eccezioni fondate sulla qualità e lo stato dei beni acquistati⁸⁸.

Questo meccanismo si traduce in una accelerazione nell'esecuzione del rapporto, a evidente vantaggio del venditore.

Al riguardo, la giurisprudenza, nel precisare che si tratterebbe di una figura speciale di vendita, ha affermato che

1528, Milano, 1994. Più lontane nel tempo le riflessioni di P. GRECO, G. COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro Quarto. Delle obbligazioni, art. 1470 – 1547, Bologna – Roma, ed. 1962, p. 389 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1962, p. 557. Sotto il precedente Codice, già si sosteneva che fosse una clausola *solve et repete* quella che allora aveva fonte solo pattizia. Vedi, tra gli altri, G. LUMBROSO, *Il valore della clausola «pagamento a contro documenti»*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 62 ss..

⁸⁶ È stato affermato che il pagamento del prezzo contro documenti «[...] nell'attuale sistema legislativo [...] diviene una mera applicazione della regola ordinaria per cui il pagamento deve avvenire al momento e nel luogo della consegna [...]». Così D. RUBINO, *op. cit.*, p. 557.

⁸⁷ L'osservazione è di F. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 381, il quale osserva che, comunque, il compratore conserverebbe i comuni strumenti di tutela contro l'inadempimento del venditore, potendo ottenere, in particolare, la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto. Cfr. anche E. LECCESE, *op. cit.*, p. 246.

⁸⁸ È, però, previsto che il compratore possa comunque proporre le proprie eccezioni, se le prove sono liquide e i documenti non regolari.

l'istituto «[...] *ha il suo fulcro nella funzione rappresentativa del titolo [...]*»⁸⁹.

La disposizione prevede che le eccezioni del compratore tornino proponibili in due ipotesi.

Se i documenti non sono regolari; se, in ogni caso, le eccezioni «[...] *risultino già dimostrate [...]*».

Con riferimento alla regolarità dei documenti, è opinione largamente condivisa che la norma faccia riferimento a un profilo prettamente formale. Ove il titolo sia formalmente regolare, opera una presunzione relativa di regolarità e conformità della merce rappresentata. Presunzione che potrebbe essere superata, come si vedrà subito, solo ove le eccezioni siano “già dimostrate”.

In particolare, sarebbero irregolari titoli che non corrispondessero a quelli convenuti tra le parti o privi dei requisiti di forma previsti per il loro tipo; che fossero trasferiti in difformità delle norme che ne regolino la circolazione; che recassero alterazioni⁹⁰.

Se i titoli fossero irregolari, l'acquirente potrebbe legittimamente rifiutare il pagamento.

⁸⁹ Così App. Firenze, sent. 3 aprile 1963, in *Riv. dir. com.*, 1964, II, p. 165.

⁹⁰ Per una più puntuale casistica delle ipotesi di irregolarità, si rinvia, in giurisprudenza, a Cass., sent. 4 giugno 1962, n. 1336, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, p. 907; App. Firenze, sent. 3 aprile 1963, *cit.*; in dottrina si vedano D. RUBINO, *op. cit.*, p. 548; P. GRECO, G. COTTINO, *op. cit.*, p. 388; C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, ed. 1972, Torino, p. 418; G. MIRABELLI, *La vendita*, Torino, 1988, p. 195; F. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 380.

Se, poi, i titoli fossero formalmente regolari, ma vi fossero prove precostituite relative a qualità o stato delle cose, il compratore potrebbe ugualmente proporre le proprie eccezioni.

La dottrina ha chiarito che per eccezione dimostrata si deve intendere «[...] *una prova che valga come tale e senza ulteriori indagini a dare la ragionevole certezza dell'inadempimento* [...]»⁹¹.

In difetto di prove liquide dell'inadempimento del venditore, all'acquirente non resterebbe che adempiere e agire per la ripetizione.

La norma risultante dai due commi dell'art. 1528 cod. civ., allora, costituirebbe una «*manifestazione del solve et repete, previsto dall'art. 1462 c.c.* [...]»⁹².

Il rapporto tra le due norme sarebbe genere / eccezione, poiché l'art. 1528 cod. civ. prevede *ope legis* un'applicazione diretta del principio *solve*⁹³.

⁹¹ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 422. Peraltro, secondo la giurisprudenza la certezza circa lo stato della merce deve essere riferita al momento della consegna dei documenti. Al riguardo, non è stato reputato idoneo a fondare l'eccezione di inadempimento un accertamento tecnico preventivo, espletato sulle merci due mesi prima dell'offerta formale dei documenti. Cfr. App. Firenze, sent. 3 aprile 1963, *cit.*. Inoltre, in ossequio ai noti effetti del principio traslativo, il deterioramento o il perimento della merce, salvo il dovere di custodia del venditore, sono a carico del compratore fin dal momento dell'acquisto della proprietà, ossia dalla consegna del titolo rappresentativo. Sul punto ancora C. M. BIANCA, *loc. op. cit.*.

⁹² E. LECCESE, *op. cit.*, p. 251.

⁹³ È stato messo in luce che nell'art. 1462 cod. civ. è consentito alle parti stabilire una improponibilità delle eccezioni, restando inefficace il patto solo con riferimento alle eccezioni indicate dalla norma. Al contrario, nel *solve* legale dell'art. 1528 cod. civ., la norma indica quali siano le eccezioni comunque non

Sul piano applicativo, ciò comporterebbe l'applicabilità al meccanismo di cui all'art. 1528 cod. civ. del principio della insensibilità al *solve* dei rimedi previsti per nullità, annullabilità e rescissione⁹⁴.

Questa impostazione, che può forse condividersi nei suoi esiti applicativi, non pare tenere in debita considerazione il percorso storico che ha condotto alla codificazione tanto dell'art. 1462 cod. civ. che dell'art. 1528 cod. civ.

Ci si trova di fronte a un fenomeno non ignoto ai geologi: i pilastri di roccia di certi deserti, che si innalzano verso il cielo e si trovano spesso a grande distanza l'uno dall'altro, sono

proponibili – salvo che siano già dimostrate. Con il risultato che le eccezioni non indicate nella norma (e che in essa non possano essere reperite per via di interpretazione estensiva o sistematica) sarebbero senz'altro da reputare proponibili. Cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 560. In altro luogo il medesimo Autore parla di rapporto genere / specie tra art. 1462 cod. civ. e vendita su documenti. Per la verità, non paiono condivisibili le affermazioni del Rubino. Infatti, il rapporto genere / specie non sussiste tra l'art. 1462 cod. civ. e l'art. 1528 cod. civ., bensì tra l'istituto generale della vendita e la vendita su documenti. Pertanto, non si verifica alcun conflitto tra i due tipi di *solve*, né l'uno dovrebbe prevalere sull'altro. Invece, si può senz'altro condividere l'affermazione dell'Autore che vede nel *solve* contenuto nell'art. 1528 cod. civ. un'applicazione di un principio che il legislatore ha più ampiamente articolato e chiarito nell'art. 1462 cod. civ. In questo senso, potrebbe forse configurarsi un rapporto genere / eccezione tra i due *solve*. Se non che, le due norme appartengono a statuti diversi e nemmeno con uno sforzo di fantasia si potrebbe immaginare uno spazio di concorso o conflitto.

⁹⁴ Ma vedi nota successiva. Secondo parte della dottrina, sarebbero estensibili al *solve* di cui all'art. 1528 cod. civ. anche i risultati interpretativi raggiunti dalla giurisprudenza sull'art. 1462 cod. civ.. Tra essi, in particolare, quello riguardante la differibilità della sola eccezione *non rite adimpleti contractus*. Così D. RUBINO, *op. cit.*, p. 557 s.. Conforme anche F. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 385. L'opinione non è condivisibile. Infatti, nella vendita su documenti non è nemmeno configurabile un inadempimento totale. La fattispecie speciale di vendita prevede, infatti, che l'effetto traslativo si produca con la consegna dei documenti, che sostituiscono la consegna della merce. Se i documenti non vengono consegnati, l'acquirente potrebbe proporre qualsiasi eccezione. Se, d'altra parte, il venditore ha consegnato i titoli, l'eventuale mancata consegna della merce, o la consegna di merce non corrispondente al pattuito, perché inferiore quantitativamente o qualitativamente, non costituirebbe comunque totale inadempimento. Sicché, è la costruzione stessa del negozio che esclude sia paralizzabile l'eccezione per il totale inadempimento.

l'affascinante traccia del lavoro incessante dell'erosione. Derivano, infatti, da un'unica formazione orogenetica, di cui costituiscono gli ultimi tratti.

Così anche le norme in esame non sono che emersioni di un unico principio generale, eroso dal tempo e scomparso definitivamente con le codificazioni unitarie.

L'una è rimasta nella prassi negoziale, soprattutto in tema di locazioni e di contratti a esecuzione continuata, come estrinsecazione del principio di autonomia negoziale. Il *solve* dell'art. 1462 cod. civ. è il risultato dell'accordo tra le parti.

L'altra norma, quella contenuta nell'art. 1528 cod. civ., è il residuo di una sicura prassi mercantile già affermata ai tempi dei Comuni.

Peraltro, anche l'*affidavit*, di cui si è fatto cenno nelle pagine che precedono, condivide la stessa, comune origine.

Allora, pare che l'estensione di taluno dei principi applicativi enucleati a proposito dell'art. 1462 cod. civ. all'istituto della vendita su documenti sia un esercizio di logica e che prescinda, in quanto tale, dalla necessità di colmare lacune.

Il tenore letterale della disposizione consente di affermare che, in assenza di prove liquide, restino certamente escluse

dal novero delle eccezioni proponibili quelle relative alla qualità e allo stato della merce⁹⁵.

⁹⁵ V. E. LECCESE, *op. cit.*, p. 251. È assai dibattuto se sia proponibile l'eccezione di consegna di *aliud pro alio*. La sua natura di eccezione dilatoria ha portato taluni autori ad affermarne l'improponibilità. Così D. RUBINO, *op. cit.*, p. 559; G. MIRABELLI, *La vendita, cit.*, p. 196. In senso dubitativo P. GRECO, G. COTTINO, *op. cit.*, p. 389. Secondo altri, la natura eccezionale della norma di cui all'art. 1528 cod. civ. impedirebbe estensioni oltre i casi espressamente disciplinati, anche mediante rinvio all'art. 1462 cod. civ. L'eccezione di consegna di *aliud pro alio* non sarebbe attinente alla condizione della merce, ossia a un suo modo di essere, bensì alla stessa identità della cosa. Poiché l'art. 1528 cod. civ. si riferisce alla condizione delle cose vendute, «[...] *la eccezione relativa alla consegna di aliud pro alio ed in genere ogni eccezione che attenga ad un profilo di corrispondenza tra la cosa consegnata e quella identificata come oggetto del contratto* [sarebbero: N.d.R.] *sempre opponibili dal compratore* [...]». In questi termini F. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 386. In senso conforme anche B. CARPINO, *op. cit.*, p. 332. Sebbene i risultati interpretativi raggiunti da questi ultimi Autori possano essere condivisibili, non pare immune a critica l'impostazione del problema. Infatti, la norma in discorso, esclusa qualsiasi applicazione analogica, è certamente suscettibile di interpretazione estensiva. Ancora meglio, qui non si tratterebbe di applicare la norma fuori dai casi disciplinati, bensì di determinare, per via interpretativa, cosa debba intendersi per «[...] *eccezioni relative allo qualità e allo stato delle cose* [...]». Potrebbe, dunque, rinvenirsi un esempio di interpretazione sistematica, ossia della tecnica interpretativa che, presupponendo sempre una disposizione cui attribuire significato, ne trae una norma coerente con i principi generali. Si veda, sul tema, l'essenziale trattazione di R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da F. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1998, I, 1, pp. 222 e 271, secondo il quale «[...] *si fa interpretazione sistematica ogniqualvolta si esclude una certa attribuzione di significato che, se ammessa, renderebbe un testo internamente incoerente* [...]». ID., *Disposizioni sulla legge in generale*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Cendon, *sub art.* 12, Torino, 1991, 64. Sul tema si deve rinviare anche all'opera di S. ROMANO, in particolare *Ordinamento sistematico del diritto privato*, a cura di F. Romano, Napoli, s.d., p. 81; e a G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da F. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1980, I, 1. Secondo G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino, 1965, 55: «[...] *l'oggetto dell'interpretazione sistematica è, più precisamente, una formula legislativa che ammette, così com'è, una pluralità di significati; ed effetto dell'interpretazione che fa ricorso al contenuto di norme diverse è appunto quello di scegliere uno dei possibili significati* [...]». Si veda pure N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, p. 86 ss., che ha proposto un fondamentale percorso di ricerca dei principi generali dell'ordinamento, usando gli strumenti di analogia e interpretazione sistematica.

Non pare di sostegno all'impostazione di Carpino e Bocchini l'opinione espressa da C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 420. Quest'ultimo Autore, infatti, si è occupato, escludendola, della possibilità di interpretare estensivamente l'art. 1462 cod. civ.. La norma, infatti, sarebbe estranea alla disciplina legale della tutela del debitore e sarebbe solo tollerata come clausola vessatoria, senza poter essere estesa ad altre fattispecie.

In dottrina è stato sostenuto che la sospensione della condanna per ricorrenza di gravi motivi, prevista dal secondo comma dell'art. 1462 cod. civ., non sia estensibile alla fattispecie della vendita su documenti⁹⁶.

In assenza di precedenti, si deve prudentemente rimanere in attesa che la giurisprudenza si pronunci.

Intanto, si può rilevare che la norma sulla sospensione della condanna pare avere natura eccezionale rispetto al principio generale secondo cui il Giudice decide sullo stato degli atti.

Sicché parrebbero precluse interpretazioni estensive.

Un punto di conflitto tra la dottrina specialistica che si è occupata della vendita su documenti e gli interpreti del *solve et repete* è costituito dalla possibilità per il debitore di adempiere in corso di giudizio e proseguire nell'accertamento dell'inadempimento del venditore.

Secondo alcuni, se fosse possibile al debitore di proporre le proprie eccezioni nel medesimo giudizio, in esito al pagamento, «[...] il divieto dell'art. 1528 rimarrebbe completamente privo di sanzione; il che svuoterebbe la norma di gran parte del suo contenuto [...]»⁹⁷.

Questa impostazione davvero non è condivisibile.

⁹⁶ Cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 561.

⁹⁷ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 561. Peraltro, l'Autore proponeva questa soluzione, ormai del tutto scartata da dottrina e giurisprudenza, anche per il *solve ex art.* 1462 cod. civ., sulla base di una ricostruzione della clausola in termini processualistici.

Intanto, non pare che la norma tracci profili sanzionatori a carico dell'acquirente. Essa, invece, stabilisce le condizioni di proponibilità delle eccezioni attinenti alla qualità o allo stato della merce venduta.

D'altra parte, l'interesse del venditore a una rapida realizzazione del proprio interesse non è in alcun modo ostacolato dalla possibilità di proseguire il giudizio, per pervenire a una sentenza nel merito. Infatti, l'interesse del venditore ha già ricevuto piena soddisfazione con l'adempimento.

Inoltre, è stato chiarito con ampiezza di argomentazioni che il mancato pagamento non integra una ipotesi di mancata costituzione del rapporto processuale. Sicché non vi sarebbe nessun ostacolo alla prosecuzione del giudizio, una volta adempiuta la prestazione⁹⁸.

Sotto altro profilo, la giurisprudenza ha affermato che il debitore onerato possa verificare la merce prima del pagamento e anche prima della consegna dei documenti.

In caso contrario, infatti, rimarrebbe priva di significato la previsione dell'art. 1528, comma 2, cod. civ., la quale

⁹⁸ Sul punto si registra l'opinione concorde di E. LECCESE, *op. cit.*, p. 253. Nel merito, si rinvia a quanto sarà più ampiamente articolato nel capitolo IV.

configura la possibilità che, al momento previsto per il pagamento, sia già provato l'inadempimento del venditore⁹⁹.

Infine, è stato reputato che siano possibili patti in deroga al comma secondo dell'art. 1528 cod. civ.

Ad esempio, è ricorrente la clausola con la quale i contraenti prevedono il diritto per il compratore di trattenere parte del prezzo a garanzia dell'esatto adempimento.

In caso di contestazioni, generalmente si procede alla verifica dello stato e della qualità delle cose vendute.

Conseguentemente, si ritiene che il venditore non possa invocare il preventivo pagamento dell'intero prezzo¹⁰⁰.

⁹⁹ Si vedano App. Firenze, sent. 3 aprile 1963, *cit.*; App. Firenze, sent. 11 maggio 1967, in *Banca bor. tit. cred.*, 1968, II, p. 94 ss.: «[...] la possibilità di esaminare la merce [...] rappresenta un diritto riconosciuto al compratore, perché egli possa decidere se ritirare la merce e quindi pagarne il prezzo ritirando il delivery order [...]». È auspicabile che questo indirizzo della giurisprudenza di merito inauguri un nuovo corso della giurisprudenza del Supremo Collegio, fermo all'unico precedente noto, nel quale si era pronunciato in senso contrario (cfr. Cass., sent. 3 agosto 1946, n. 1071, in *Giur. it.*, I, 1, p. 239 s.). Per ora, la Corte si è limitata ad affermare che il venditore potrebbe consentire all'acquirente un controllo preventivo della merce, subordinandovi l'esercizio del proprio diritto al preventivo pagamento. Così Cass., sent. 7 luglio 1975, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce «Vendita», p. 92.

¹⁰⁰ La Corte di Cassazione, nel caso offerto alla sua attenzione, ha stabilito che il *solve* accordato dal legislatore al venditore non poteva operare efficacemente anche per la percentuale di prezzo, che le parti avevano previsto fosse pagata solo in esito alla verifica della correttezza dell'adempimento. Così Cass. 4 giugno 1962, n. 1336, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, p. 907.

1.5 Il dibattito sulla validità del patto

1.4.1 Il risalente confronto dottrinale

La dottrina e la giurisprudenza formatesi sotto la vigenza del Codice del 1865 si sono date carico tanto dell'inquadramento del patto *solve et repete*, quanto dell'esame di numerose questioni sollevate dalla clausola, prima fra tutte quella della sua validità.

L'impegno scientifico, profuso da alcuni dei più insigni giuristi e maestri dell'epoca, è ancora utile ai giorni nostri.

I migliori e più ampi scritti contemporanei sull'argomento, infatti, non prescindono dal sostegno della ricerca del primo Novecento¹⁰¹.

Ciò nonostante, non sono mancati coloro i quali hanno sostenuto che la dottrina meno recente «[...] *con il prolungarsi delle polemiche, tendeva a ricorrere sempre più di frequente ad argomentazioni aprioristiche o a forzature concettuali che, se pur talvolta raffinate, denunciavano l'emotività della contesa, influenzata dalla valenza ideologica della risoluzione, in senso individualistico o pubblicistico, del problema della tutela dei diritti ed in particolare dei diritti di credito [...]*»¹⁰².

¹⁰¹ Per tutti si veda l'opera monografica di E. LECCESE, *op. cit.*, p. 13 ss..

¹⁰² C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1256 s..

Conviene offrire, allora, una rapida rassegna dei principali risultati interpretativi raggiunti dai giuristi della prima metà del Novecento, nonché delle argomentazioni a suo tempo offerte a loro sostegno, per lasciare al lettore di valutarne l'emotività.

Spicca, tra tutti, il lavoro di Tullio Ascarelli, che ha avuto modo di rappresentare il proprio punto di vista con due successive pubblicazioni.

Per l'illustre giurista, intanto, il problema della validità del *solve* non poteva essere risolto attingendo per via analogica ai principi posti nel diritto tributario¹⁰³.

Infatti, la disposizione fiscale «[...] *riposa su considerazioni peculiari* [...]»¹⁰⁴.

Secondo l'Ascarelli, in via generale il patto poteva considerarsi valido, ma solo limitandone la portata.

In primo luogo, non sarebbe stato valido un patto di rinuncia o differimento delle eccezioni attinenti ai vizi del contratto¹⁰⁵.

¹⁰³ Pur negando la possibilità di derivare dal *solve* fiscale, per via analogica, l'argomento di validità del *solve* privatistico, M. LA TORRE, *op. cit.*, p. 499 s., ha osservato che: «[...] *sarebbe strano ed ingiustificato, invero, che la pubblica amministrazione, se creditrice, avesse contro il suo debitore un qualche energico potere, se un tal potere non potesse mai, in qualunque ipotesi, sussistere a vantaggio di una persona privata, nemmeno nell'ipotesi che il debitore di tal persona avesse preventivamente accordato il proprio consenso all'impiego della sanzione medesima* [...]».

¹⁰⁴ T. ASCARELLI, *Sulla clausola «solve et repete» nei contratti*, *cit.*, c. 291; conforme F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 82. Entrambi gli Autori, se hanno negato l'impiego per via analogica del *solve* fiscale per riconoscere validità al *solve* privatistico, hanno comunque attinto all'istituto tributario, per comprendere la funzione della clausola.

Infatti, «[...] ammettendo un simile patto, l'obbligazione di pagare il prezzo diverrebbe un'obbligazione astratta o almeno un'obbligazione molto simile a un'obbligazione astratta [...]»¹⁰⁶.

Sarebbero state, dunque, da escludere dal novero delle eccezioni paralizzabili quelle attinenti ai vizi di causa, del consenso e, in generale, del contratto.

Riprendendo una considerazione già formulata da Ferrara senior¹⁰⁷, l'Ascarelli ha escluso che il patto potesse risolversi in una convenzione *ne dolus praestatur*, con la quale il beneficiario cercasse di assicurarsi l'impunità per una violazione futura. Infatti, il debitore, nonostante il patto, avrebbe sempre potuto esercitare le proprie eccezioni, previo adempimento della propria prestazione¹⁰⁸.

Più complessa, nella costruzione ascarelliana, la questione della rinuncia all'azione e all'eccezione.

Il *solve* realizzerebbe una profonda connessione tra le prestazioni, distinguendo il diritto alla prestazione dal diritto

¹⁰⁵ Della stessa opinione, e tra i primi ad aver adombrato la questione, I. LA LUMIA, *L'obbligazione cambiaria e il suo rapporto fondamentale*, Milano, 1923, p. 54.

¹⁰⁶ T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, c. 292. Peraltro, «[...] è pacifico in dottrina e giurisprudenza come non possano ammettersi obbligazioni astratte che nei casi legislativamente previsti [...]». L'opinione dell'Ascarelli è stata presto condivisa dalla dottrina. Si vedano, al riguardo, P. GRECO, *op. cit.*, p. 145 s. e M. LA TORRE, *op. cit.*, p. 495 s., per il quale, se la clausola avesse efficacia verso simili eccezioni, «[...] la prestazione del promittente sarebbe sine causa [...]».

¹⁰⁷ F. Ferrara senior, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, n. 89.

¹⁰⁸ «[...] Naturalmente non può escludersi che in determinati casi il patto solve et repete nasconda un vero patto ne dolus; sarà in questo caso illecito, ma non per illiceità generale del patto, ma per illiceità di quel determinato patto in concreto, date le sue peculiari caratteristiche [...]». T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, c. 295. Cfr. sul punto anche A. ASCOLI, *op. cit.*, p. 563 ss..

al risarcimento del danno, alla diminuzione del prezzo, alla riparazione della merce, alla risoluzione per difformità o per vizi.

È questo diritto al risarcimento, e non il contratto, che sarebbe subordinato al pagamento del prezzo scaduto.

Con l'effetto che il debitore rimarrebbe pur sempre obbligato a pagare il prezzo, salvo ripetere, in tutto o in parte, la prestazione non dovuta.

Il patto, allora, verrebbe ad avvicinarsi a una rinuncia all'*exceptio inadimplenti*¹⁰⁹.

Malgrado ciò, non sarebbe esatto risolvere il problema della validità del *solve* sulla base della pretesa irrinunciabilità di azioni ed eccezioni.

Infatti, la clausola, poiché agisce dissociando il diritto alla prestazione dal diritto al risarcimento, opererebbe interamente sul campo del diritto sostanziale¹¹⁰.

¹⁰⁹ L'Autore si esprime in questi termini perché, nella sua ricostruzione, esclude che la clausola possa essere applicabile nel caso di totale inadempimento del creditore. In questo senso, il *solve* non si identificherebbe con una rinuncia all'*exceptio*, perché, per un verso, avrebbe un ambito più ristretto, applicandosi alla sola eccezione *non rite*; per altro verso, in quanto il patto escluderebbe ogni possibile mezzo per far valere l'eventuale inadempienza del creditore. Conformi anche P. GRECO, *op. cit.*, p. 147 s. e M. LA TORRE, *op. cit.*, p. 496. Per la verità, sono differenti i percorsi che conducono alla medesima conclusione. Per il Greco, infatti, che il *solve* abbia efficacia solo nei confronti dell'eccezione *non rite* deriverebbe dalla struttura stessa del rapporto obbligatorio, sotto il profilo della cronologia degli adempimenti. Per La Torre, invece, il totale inadempimento del beneficiario, che tuttavia pretenda l'esecuzione e eccepisca il *solve*, sarebbe indice di una malafede in senso oggettivo, ovvero di un dolo che inficerebbe l'operatività della clausola.

¹¹⁰ Si badi che, al tempo in cui l'Ascarelli articolò queste considerazioni, non era ancora stata proposta alcuna tesi in relazione alla irrinunciabilità delle eccezioni,

Peraltro, non di vera e propria rinuncia si tratterebbe, ma di subordinazione del diritto derivante dall'inadempimento al previo pagamento¹¹¹.

«[...] *Subordinazione che fa venir meno il presupposto necessario per la proponibilità dell'exceptio, così come questo viene meno, pel debitore del prezzo, quando il prezzo debba essere anticipato [...]*»¹¹².

Ancora, l'eventuale rinuncia *all'exceptio* operata con il *solve* non avrebbe comportato una nullità del contratto per astrazione dell'obbligazione del beneficiario.

Questa obiezione era argomentata sostenendo che l'adempimento di ciascuna prestazione sarebbe tecnicamente la causa dell'altra.

Tuttavia, come era già stato messo in luce anche da altri autori¹¹³, il fondamento dell'*exceptio* sarebbe differente. E, peraltro, nei contratti sinallagmatici la causa non sarebbe consistita nel reale ed effettivo conseguimento

con conseguente invalidità del *solve*. Vedi, al riguardo, dell'ultima opera citata, la colonna 294.

¹¹¹ Questa circostanza ha portato l'Autore ad accostare il *solve*, sotto il profilo della funzione economica e del meccanismo operativo, al patto di pagamento anticipato del prezzo «[...] *che possono raggiungere un risultato pratico analogo di garanzia per l'una delle parti [...]*». Sul punto è concorde anche F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 86, sebbene egli costruisca il *solve* come istituto completamente processuale.

¹¹² T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, c. 294. Peraltro, per l'Autore, se anche si volesse parlare di rinuncia vera e propria, essa sarebbe da considerarsi valida. Infatti, si tratterebbe di rinuncia al diritto sostanziale, che sarebbe sufficiente a far venir meno le condizioni dell'azione o dell'eccezione. A sostegno dell'impostazione, si fa riferimento alla rinuncia alla compensazione, esplicitamente disciplinata dal Codice del 1865 all'art. 1289, n. 4.

¹¹³ Ci si riferisce a G. SCADUTO, *op. cit.*, p. 225.

dell'obbligazione, bensì nell'assunzione della controprestazione¹¹⁴.

L'intervento di Ascarelli, dato alle stampe sul Foro italiano del 1929, mentre trovò ampia adesione nella giurisprudenza¹¹⁵, suscitò un vivo dibattito in dottrina.

In particolare la validità del patto fu contestata dalla dottrina processualista.

Tra gli altri, il Caravelli invocò il principio di ordine pubblico della non rinunciabilità delle eccezioni e l'impossibilità di imprimere forza esecutiva alle pretese del creditore fuori dei casi dei titoli esecutivi¹¹⁶.

Alla replica del Greco¹¹⁷, intese unirsi anche Ascarelli¹¹⁸, sostenendo che il *solve* produrrebbe un differimento o una rinuncia di taluni diritti sostanziali, il cui impiego sarebbe ricollegato al cattivo adempimento del creditore beneficiario.

Inoltre, il *solve* non avrebbe impresso forza esecutiva alle pretese del creditore, il quale avrebbe pur sempre dovuto adire

¹¹⁴ Sul punto l'Autore traeva sostegno anche da Cass., 8 novembre 1928, in *Giur. it.*, 1929, I, I, p. 52.

¹¹⁵ Per la quale si veda il paragrafo successivo.

¹¹⁶ Si veda C. CARAVELLI, *La clausola «solve et repete» nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1930, I, c. 629 ss.. Per la verità, anche un processualista come F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 86, ha negato che avvenisse necessariamente una scissione tra azione ed eccezione.

¹¹⁷ Le cui argomentazioni saranno poco più avanti illustrate.

¹¹⁸ T. ASCARELLI, *Ancora sulla validità della clausola «solve et repete» nei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, I, p. 420. In senso adesivo e talvolta polemico con la tesi processualista, M. LA TORRE, *Ancora sulla clausola «solve et repete» nei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, II, p. 549 ss..

l'Autorità giudiziaria per ottenere una sentenza di condanna¹¹⁹.

Più articolate furono le osservazioni del Liebman, il quale, con due interventi sulla Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, assunse una posizione molto critica sulla validità del *solve*¹²⁰.

Per l'Autore, se il patto fosse stato efficace, il Giudice avrebbe dovuto pronunciare una sentenza di condanna con riserva di successivo esame delle eccezioni paralizzate dal *solve*.

Tuttavia, i casi di pronuncia con riserva sarebbero stati un numero chiuso e tra essi non vi sarebbe stata alcuna previsione su quello che, all'epoca, era il frutto di una pur diffusa prassi commerciale.

In caso contrario, se cioè il Giudice avesse potuto pronunciare una sentenza definitiva, la ripetizione dell'indebito sarebbe stata impedita dalla cosa giudicata¹²¹.

¹¹⁹ Peraltro, a chi ricordi la nascita del *solve et repete*, da collocare nel diritto medievale, sarà familiare questo tema. La clausola per l'esecuzione parata, che dava luogo a un giudizio sommario, necessitava pur sempre di un giuramento del debitore avanti al giureconsulto ovvero davanti al notaro. Sul tema si veda il primo paragrafo di questo capitolo.

¹²⁰ In particolare, ci si riferisce a E. T. LIEBMAN, *Contro il patto del «solve et repete» nei contratti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 1931, p. 241 ss. e ID, *Variazioni intorno alla clausola del «solve et repete» nei contratti*, *cit.*, p. 209 ss..

¹²¹ Su questo punto si registra l'adesione di V. ANDRIOLI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 94.

Secondo l'Ascarelli, la sentenza di condanna del Giudice non avrebbe ammantato la pretesa del creditore della definitività di cosa giudicata.

Infatti, a causa del *solve*, il diritto del debitore convenuto a far valere il cattivo adempimento del beneficiario sarebbe subordinato alla condizione del pagamento.

Allora, il Giudice, nell'esaminare le eccezioni del debitore onerato non potrebbe dare loro ingresso, essendo rese inattuali dal mancato avveramento della condizione¹²².

Conseguentemente, il giudicato che deriverebbe dalla sentenza di condanna non precluderebbe la possibilità del convenuto di far valere i propri diritti quando, verificatosi il pagamento, essi siano divenuti attuali¹²³.

Per gli stessi motivi, la sentenza del Giudice non avrebbe dovuto essere considerata come emessa "con riserva".

Infatti, il Giudicante «[...] non rinvia ad un momento ulteriore l'esame di un'eccezione i cui elementi già concorrono tutti dal punto di vista sostanziale, ma non dà ingresso ad una

¹²² Per F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 86, «[...] se la parte gravata paga, o meglio costituisce la cauzione, anche sulle eccezioni il giudice può pronunciare. Qualora, invece, l'onere non sia adempiuto, delle eccezioni il giudice non può conoscere [...]».

¹²³ Il giudicato, invece, riguarderebbe la sussistenza e validità della clausola *solve et repete*, nonché l'obbligo di pagare il prezzo. Così T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 421. Secondo F. CARNELUTTI, *op. loc. cit.*, «[...] la limitazione del giudicato, il quale non pregiudica le eccezioni, deriva testualmente dall'art. 1351 cod. civ., poiché le eccezioni non furono, secondo la sua formula, soggetto della sentenza. [...] se la parte non solvit, il giudice non già rigetta le sue eccezioni, ma solo non ne conosce perché non ne può conoscere anzi dichiara di non poterne conoscere, il che esclude la ipotesi di giudicato implicito [...]».

eccezione che mira a far valere un diritto che si trova ancora sotto condizione [...]»¹²⁴.

In conclusione, secondo questo indirizzo con il *solve* le parti non vorrebbero dettare una disciplina processuale di azioni ed eccezioni, ma un regime sostanziale dei diritti collegati con il cattivo adempimento.

Si badi bene che la corrente che ha fatto capo al pensiero dell'Ascarelli non ha reputato sempre e comunque valido il *solve et repete*.

Infatti, «[...] con ciò non si esclude che la clausola [...] sia nulla quando essa abbia portata meramente processuale [...]». Al contrario, nei limiti segnati dalla dottrina, «[...] deve riconoscersi la liceità della clausola [...], la quale urterebbe in norme inderogabili di legge solamente se, superando questi limiti, mirasse a trasformare l'obbligazione del prezzo in obbligazione astratta o a sancire la completa irresponsabilità di una parte per il cattivo adempimento della sua prestazione [...]»¹²⁵.

¹²⁴ T. ASCARELLI, *op. loc. cit.*. L'Autore ha evidenziato che nei casi di sentenza con riserva, l'esame delle eccezioni non sarebbe precluso dalla loro inattualità – giacché esse sono sempre pienamente opponibili dal punto di vista sostanziale (v. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1925, p. 207), bensì dall'opportunità di posticiparne la delibazione, per la difficoltà e lentezza di prova che le caratterizza.

¹²⁵ E in virtù del principio già contenuto nell'art. 1132 cod. civ. ab., sulla libertà negoziale, la validità del *solve* avrebbe dovuto essere presunta, salvo prova contraria. Del resto, l'Autore ricorda che i patti relativi alla prova, anch'essi inefficaci se riferiti alla disciplina processuale, erano validi ed efficaci, quando derivavano come conseguenza da una particolare disciplina sostanziale. Ancora T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 422 s. Conforme M. LA TORRE, *op. cit.*, p. 497.

Ascarelli concludeva, *de iure condendo*, esprimendo l'auspicio che i problemi del *solve* fossero riesaminati non isolatamente, ma in relazione, da un lato, alla tutela del creditore e, dall'altro, ai rapporti tra imprese organizzate e consumatori.

Si vedrà a suo tempo che, malgrado un impiego da parte dei Giudici forse non ampio come avrebbe potuto, la codificazione del 1942, con sorprendente concisione, ha dato soluzione a tutti i problemi sui quali aveva riflettuto la dottrina degli anni precedenti.

Anche Paolo Greco fornì, negli anni Trenta, il suo contributo alla comprensione del meccanismo del *solve*.

Egli, in particolare, meditò su quali significati della clausola sarebbero stati incompatibili con l'ordinamento, perché fuori dal campo dell'autonomia negoziale o perché in contrasto con la stessa logica delle disposizioni in tema di contratto¹²⁶.

In tal modo, «[...] direi col metodo dei residui, si perverrebbe ad isolare quel minimo di significato e di portata della clausola, di cui resterebbe da esaminare la validità o meno [...]»¹²⁷.

¹²⁶ P. GRECO, *op. cit.*, p. 142 ss. Proprio in questo senso va letta la premessa metodologica contenuta alla p. 145.

¹²⁷ P. GRECO, *op. loc. cit.*. Immediatamente il Greco avverte che la riconosciuta invalidità di un significato più largo della clausola non potrebbe urtare contro la volontà delle parti. Infatti, ove fosse accertato che i contraenti avessero voluto una

Ora, tra gli effetti consentiti dal *solve*, sicuramente non si sarebbe dovuto includere quello di rinuncia ai mezzi di impugnativa relativi alla nullità radicale del contratto.

Senza bisogno di richiamare costruzioni processualistiche, il Greco ha affermato che tali strumenti consisterebbero in semplici negazioni del diritto, come tali non rinunciabili¹²⁸.

Inoltre, fornendo sostegno ai ragionamenti già finemente articolati da Ascarelli, ha sostenuto che l'azione di nullità non sarebbe rinunciabile e che quella di annullamento non potrebbe essere rinunciata con lo stesso atto di volontà che sia determinato da incapacità o vizio del consenso¹²⁹.

clausola di ampia portata, ma illegittima, se essa avesse avuto la natura di condizione essenziale, dalla sua nullità sarebbe pure derivata la nullità del negozio. E viceversa, nel caso contrario. Peraltro, la validità del *solve*, di cui pure si sia già ristretto il campo di possibile efficacia, non potrebbe derivarsi dall'analogia con altri campi del diritto pubblico o privato. Non con il *solve* fiscale, perché frutto di peculiari principi; non con il diritto cambiario, che sarebbe impostato sulla struttura e la funzione dei titoli di credito in genere e, in particolare, della cambiale, su cui dominerebbe la figura dell'obbligazione astratta. Sul punto cfr. già G. SCADUTO, *op. cit.*, p. 223, nota n. 2; T. ASCARELLI, *Sulla clausola «solve et repete» nei contratti*, cit., n. IV; C. CARAVELLI, *op. cit.*, c. 629. Non senza qualche punta polemica con l'Ascarelli, il Greco ha negato che sia sostenibile una qualche analogia con il patto di anticipato pagamento. Sul punto vedi il paragrafo precedente.

¹²⁸ In altre parole, si tratterebbe di attività volte a dedurre la mancanza di condizioni dell'azione, in capo al creditore beneficiario. È evidente che il Giudice ben potrebbe procedere anche d'ufficio. Già G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 268 ss..

¹²⁹ «[...] È chiaro che in tal caso è la stessa rinuncia che sarebbe affetta da vizio. È come se dicesse che il vizio, nell'atto stesso di porsi, rinneghi se stesso [...]». P. GRECO, *op. cit.*, p. 146. Non si dovrebbe, comunque, trascurare che una rinuncia preventiva all'azione (o all'eccezione) di annullamento sarebbe in contrasto con l'ordine pubblico. Qualche dubbio, d'altra parte, potrebbe derivare per le eccezioni di annullabilità dalla teoria dell'apparenza del diritto. Ma questa, a prescindere dal suo fondamento, potrebbe al più essere impiegata nel campo dei diritti di credito e non nella disciplina generale dei negozi giuridici.

Per il Greco, dunque, in prima approssimazione la clausola avrebbe potuto operare solo in relazione all'azione di risoluzione, all'*exceptio inadimpleti contractus*¹³⁰ e al diritto di ritenzione.

Resterebbe esclusa dal novero delle eccezioni paralizzabili quella di compensazione, «[...] perché è inconciliabile con l'essenza del contratto bilaterale e col vincolo sinallagmatico delle obbligazioni che ne discendono, la cui funzione non è di elidersi reciprocamente, com'è nel caso della compensazione, ma per contro di attuarsi in correlazione l'una con l'altra [...]»¹³¹.

¹³⁰ Anche per il Greco, tuttavia, l'ambito della clausola sarebbe da restringere alla sola eccezione *non rite*. «[...] questa limitazione ha un suo valore logico che rimane, in certo senso, indipendente dalla quaestio facti dell'interpretazione del contratto: essa discende infatti dalla distinzione che deve farsi fra l'ordine di esecuzione delle prestazioni corrispettive e l'ordine di proposizione delle azioni ed eccezioni fondate sulla in esecuzione [...]». Al riguardo, l'Autore ha articolato quattro categorie, che riassumerebbero ogni possibile ordine di esecuzione delle prestazioni. In un primo caso, è il convenuto debitore onerato a dover adempiere per primo. Egli, in tale ipotesi, non potrebbe opporre eccezioni non per il *solve*, bensì perché inattuale qualsiasi inadempimento del beneficiario attore, il quale potrebbe legittimamente opporre una *replicatio inadimpleti*. Sul punto si veda L. ENNECCERUS – H. LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, Marburg, 1930, p. 113. In una seconda ipotesi, il creditore beneficiario deve adempiere per primo. Quest'obbligo contrattuale andrebbe armonizzato con la disposizione del *solve*. Allora, il beneficiario non potrebbe servirsene per sfuggire al suo dovere di previa prestazione, perché tale risultato sarebbe contraddetto dai principi in tema di interpretazione del contratto. Allora, l'efficacia del *solve* dovrebbe rimanere circoscritta ai soli casi di eccezioni dell'onerato circa un adempimento *non rite*. La terza ipotesi è quella di mancata previsione di un ordine negli adempimenti. In questo caso il *solve* potrebbe assurgere a strumento interpretativo per comprendere se le parti abbiano comunque voluto prevedere una disciplina temporale degli adempimenti. Ma, comunque, le eccezioni dell'onerato non sarebbero inibite dal *solve*, bensì dalla *replicatio inadimpleti* dell'attore. Infine, qualora non ricorresse nessuna delle ipotesi già descritte, non resterebbe che da attenersi alla regola generale dell'adempimento simultaneo, *Zug um Zug*, e la clausola non potrebbe servire per impedire al convenuto di pretendere contemporaneamente l'adempimento.

¹³¹ P. GRECO, *op. cit.*, p. 149.

Anche per questa dottrina il *solve* avrebbe dovuto paralizzare, nei limiti indicati, qualsiasi mezzo per reagire all'inadempimento, che si tratti di azioni od eccezioni.

Peraltro, la clausola non avrebbe l'effetto di produrre una rinuncia all'azione, ma più semplicemente l'assoggettamento di essa alla condizione del previo pagamento¹³².

Il debitore onerato, convenuto per inadempimento, una volta adempiuto, avrebbe potuto agire in via riconvenzionale anche nello stesso giudizio.

Già solo per queste considerazioni, l'elaborazione del Greco sarebbe degna di memoria. Eppure, le riflessioni più preziose dell'autore sono quelle articolate con riferimento al problema della causa.

Il «[...] *più grave argomento* [...]» addotto contro la validità del *solve* è l'obiezione che il patto colpirebbe la *causa obligandi*, «[...] *la quale nei contratti bilaterali risiede nella correlatività delle obbligazioni e del loro reciproco adempimento, correlatività che verrebbe meno se si imponesse ad un*

¹³² Invece, l'Autore non ha condiviso l'opinione dell'Ascarelli circa la sola apparente rinuncia all'*exceptio*. Per il Greco, infatti, l'eccezione di inadempimento non avrebbe altro scopo né modo di operare se non in contrasto con la pretesa alla prestazione. Una volta adempiuto, l'eccezione rimarrebbe ormai irrimediabilmente consumata, rinunciata definitivamente. Questa opinione appare da condividere sebbene, ripresa nel decennio successivo da E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 864, è rimasta curiosamente ignorata.

contraente di adempiere nonostante l'inadempimento dell'altro [...]»¹³³.

Come riferito poc'anzi, l'Ascarelli aveva reputato di replicare a questo argomento, sostenendo che la causa operasse nel momento strutturale del rapporto, nella corrispettività delle prestazioni, e non già nella fase di esecuzione del contratto¹³⁴.

L'opinione non è stata condivisa dal Greco, che ha sostenuto ugualmente che il *solve* potesse essere valido, dal punto di vista della causa, ma battendo un diverso percorso argomentativo.

Secondo quest'ultimo Autore, infatti, sarebbe pur da tracciare una distinzione tra il sinallagma genetico e quello funzionale, tra interdipendenza genetica e funzionale delle obbligazioni corrispettive.

¹³³ Così P. GRECO, *op. cit.*, p. 152. L'Autore si riferisce alle obiezioni mosse da C. F. GABBA, *Nota a Cass. 17 dicembre 1881*, in *Foro it.*, 1881, I, c. 193; S. SELETTI, *Il patto del «solve et repete» nei negozi privati*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, p. 976 ss.; T. CARLON, *La clausola solve et repete nei contratti*, in *Dir. comm.*, 1914, I, p. 473; G. MANENTI, *La condizione risolutiva tacita*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 145; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1924, p. 267 ss.; R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, 1914, p. 421 ss..

¹³⁴ T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, c. 293 s.. L'Autore, peraltro, per ritagliare uno spazio di efficacia al *solve*, aveva escluso potessero essere paralizzate le eccezioni afferenti a nullità e annullabilità e, in generale, ai vizi del contratto; nello stesso senso G. SCADUTO, *op. cit.*, pp. 83 e 225. Nel periodo precedente alla nuova codificazione, era saldo l'insegnamento di V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 353, secondo il quale «[...] il sinallagma genetico appunto perché tale non trascina anche posteriormente l'una prestazione a subire le vicende dell'altra [...]».

Ed è appena il caso di rilevare che, per un verso, la insussistenza del sinallagma genetico determinerebbe l'invalidità dell'accordo; per altro verso, l'inesecuzione del contratto non potrebbe mai essere ragione di nullità¹³⁵.

Tuttavia, dal punto di vista logico giuridico, non si saprebbe vedere per quale ragione la funzione causale dovrebbe arrestarsi al momento genetico e non influenzarlo per tutto il corso di svolgimento del rapporto¹³⁶.

Nella costruzione del Greco, infatti, la causa avrebbe «[...] *il significato, proprio ai fenomeni del mondo dello spirito, di momento finale della determinazione di volontà, di scopo giustificativo di essa, scopo che il diritto prende in considerazione e tutela, apprestandogli, con la struttura e con la funzione del negozio giuridico e del rapporto che ne consegue, i mezzi per la sua realizzazione [...]*»¹³⁷.

Il fatto che, per esigenze pratiche, la causa sia presa in considerazione come raffigurazione anticipata dello scopo finale e, dunque, travasata dalla fase esecutiva al momento

¹³⁵ Così, del resto, già K. CROME, *System des deutschen Bürgerlichen Rechts*, Tübingen und Leipzig, 1906, I, p. 331, specialmente nota n. 8.

¹³⁶ L'opinione contraria, prevalente, è stata sintetizzata, tra gli altri, da G. OSTI, *Appunti per una teoria della «sopravvenienza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 647 ss.: la causa del contratto funzionerebbe come capacità e consenso, rilevanti solo al momento della conclusione. Esso costituirebbe un requisito volto ad assicurare al contratto una virtualità attuale degli effetti, non anche la effettiva produzione futura. *Contra*, e a sostegno del Greco, A. SENIN, *op. cit.*, p. 89 s.. Che la causa sia una giustificazione continua del contratto è opinione che si rinviene anche in H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 309 ss..

¹³⁷ P. GRECO, *op. cit.*, p. 153 s..

costitutivo, non implicherebbe che essa debba rimanere isolata dalla sua realizzazione¹³⁸.

Se, al contrario, la causa dovesse svolgere una funzione anche in relazione al momento esecutivo del rapporto, non si potrebbe applicare il principio *casum sentit creditor*. Conseguentemente, in caso di fortuita impossibilità di una delle prestazioni correlative, non rimarrebbe integro il diritto di credito alla prestazione possibile.

A dimostrazione della propria ipotesi, l'Autore ha addotto diversi indici normativi.

Primo fra tutti, l'enfiteusi, nella quale, a mente dell'art. 1560 cod. civ. ab., il perimento del fondo determinava lo scioglimento del contratto.

In tema di locazione, poi, in virtù dell'art. 1578 cod. civ. ab., divenuta fortuitamente impossibile la prestazione del locatore, il conduttore poteva ottenere lo scioglimento del contratto, rimanendo libero dall'obbligo di pagamento del canone¹³⁹.

¹³⁸ Conviene riportare interamente il passaggio conclusivo di questo ragionamento: «[...] Logico è soltanto che col sinallagma genetico il contratto sorga validamente, che le obbligazioni correlative prendano vita da esso, che infine l'inadempimento così come non influisce sulla valida formazione del vincolo, allo stesso modo non ne impedisca la persistenza. Ma ciò non significa che la funzione della causa non debba persistere nello svolgimento del rapporto e costituire in questo il fondamento del sinallagma funzionale, quindi la ragione giuridica necessaria e sufficiente, senza bisogno di ricorrere ad altro, per spiegare i mezzi e le sanzioni contrattuali dirette ad ottenere l'adempimento o a determinare gli effetti dell'inadempimento [...]». Così P. GRECO, *op. loc. cit.*

¹³⁹ A questo riguardo, la scuola che negava operatività al principio causale nella fase di esecuzione del contratto, che faceva capo a V. POLACCO, *op. cit.*, p. 373 ss.,

Ancora, nella locazione di fondi rustici, l'art. 1617 cod. civ. ab. prevedeva che il perimento di almeno la metà del prodotto legittimasse il conduttore a ottenere la riduzione del fitto.

Nella locazione d'opera, poi, a' sensi degli artt. 1635 e 1637 cod. civ. ab., fuori dai casi di *mora accipiendi*, il committente non era tenuto al pagamento del prezzo dell'opera se questa fosse perita, anche senza colpa dell'artefice¹⁴⁰.

Nel contratto di trasporto, disciplinato dall'art. 395 cod. comm. ab., se il trasporto fosse impedito o gravemente ritardato da caso fortuito o forza maggiore, il mittente aveva la facoltà di risolvere il contratto con la sola refusione delle spese.

Il medesimo principio emergeva anche a proposito di contratti bilaterali aleatori. L'art. 431 cod. comm. ab., infatti, prevedeva che l'assicurazione si avesse come non avvenuta se la cosa assicurata non fosse stata esposta ai rischi, onde il

e a N. COVIELLO, *Del caso fortuito*, Lanciano, 1895, p. 169 ss., aveva impiegato diversi argomenti per sostenere il proprio punto di vista. Ora si era sostenuto che il negozio giuridico relativo a prestazioni differite non fosse perfetto. Ora, addirittura, era stato ipotizzato che la locazione fosse da intendersi come se in ogni momento il locatore riconcedesse in locazione la cosa, avendosi dunque una serie di successive restipulazioni. In caso di perdita fortuita della cosa o perimento, la restipulazione successiva sarebbe venuta meno per impossibilità dell'oggetto.

¹⁴⁰ Ancora a difesa della ricostruzione della causa, come concetto afferente solo al momento genetico del contratto, il Polacco, *op. loc. cit.*, ha affermato che la verifica dell'opera sarebbe stata una condizione attinente all'esecuzione.

debito del premio a carico dell'assicurato sarebbe venuto meno, rimanendo a suo carico solo un'indennità¹⁴¹.

A seguire questa impostazione, allora, si è riportato tanto in sinallagma genetico che quello funzionale sotto il medesimo concetto unificatore di causa del negozio. Nella sfera di influenza della causa, così, restano compresi tanto i rimedi contro i vizi del contratto, tanto gli strumenti per ottenere l'adempimento o rimuovere le conseguenze dell'inadempimento¹⁴².

Sul terreno del *solve*, questa conclusione impedirebbe di affermare la validità della clausola sulla base della sola insensibilità delle eccezioni di nullità, annullamento e rescissione.

Piuttosto, sarebbe necessario comprendere se «[...] *siano essenziali e necessari tutti i modi in cui può operare nell'esecuzione del contratto il sinallagma funzionale* [...]».

Al riguardo, è sembrato che l'autonomia negoziale delle parti, ove non giungesse ad annientare la realizzazione della causa nella fase di esecuzione, potesse dare luogo a deroghe convenzionali al principio *inadimpleti non est adimplendum*¹⁴³.

¹⁴¹ A ben vedere, il fatto che il principio non trovi emersioni evidenti nella vendita sarebbe da spiegare con l'esistenza del principio traslativo. Peraltro, nella vendita di cose determinate solo nel genere, fino alla specificazione, il rischio – che certo non può essere quello del perimento del genere - rimane a carico del debitore.

¹⁴² La conclusione è proprio di P. GRECO, *op. cit.*, p. 158.

¹⁴³ La risposta fornita dall'Autore era affermativa, già prima della codificazione dell'art. 1462 cod. civ.. Infatti, argomenta il Greco, era consentito alle parti, con apposito patto, addossare al creditore il *periculum obligationis*. E se la legge

Così, con in *solve et repete*, non verrebbe a mancare la causa originariamente esistente – poiché dovrebbero sempre rimanere opponibili le eccezioni di nullità e annullabilità – né si potrebbe verificare una trasformazione del negozio causale in astratto.

Il *solve et repete* potrebbe essere considerato come un effetto caratteristico dell'obbligazione astratta¹⁴⁴.

Tuttavia, nel negozio astratto le eccezioni resterebbero impedito dalla irrilevanza giuridica della causa. E quando si agisse per la ripetizione, si attuerebbe un rapporto diverso e distinto dal negozio astratto¹⁴⁵.

Invece, nel negozio causale, il solo campo nel quale avrebbe senso parlare di un *solve et repete* quale patto o clausola negoziale, l'impossibilità di opporre l'eccezione non esaurirebbe né estinguerebbe il negozio.

Il contratto, infatti, resterebbe il fondamento dell'azione di ripetizione.

permetteva il trapasso del rischio con negozio autonomo (cfr. V. MOLITOR, *Das Wesen des Arbeitsvertrages*, Leipzig, 1925, p. 61), a maggior ragione ciò avrebbe dovuto potersi realizzare con un patto accessorio del negozio, il cui scopo principale non sia quello di operare sul rischio stesso. Alcuni decenni più tardi, questa impostazione ha ricevuto l'autorevole conferma di E. BETTI, *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, il quale ha affermato che rientri «[...] nel normale ambito dell'autonomia privata la possibilità di escludere la regola inadimplenti non est adimplendum, almeno nella misura in cui non si paralizzi la funzione del sinallagma del contratto nella fase di sua esecuzione e non si contravvenga al principio della buona fede [...]».

¹⁴⁴ In questo modo viene qualificato fin da K. CROME, *op. cit.*, I, p. 332 e II, p. 907.

¹⁴⁵ In base al negozio fondamentale o materiale, ovvero in virtù del principio del divieto di arricchimento ingiustificato.

Anche il Greco ha concluso il suo scritto con una prova di grande lungimiranza, affermando che «[...] *non si tratta che di allargare i poteri del giudice, di riconoscergli la facoltà di piegare e rendere duttile, secondo le varie esigenze dei singoli casi concreti, quella clausola che, per l'ipotesi di una sua incondizionata efficacia, fu detta ferrea e potrebbe secondo i casi essere iniqua, si tratta infine di farla servire alla tutela di quelle situazioni che ne siano veramente meritevoli, senza trasformarla in uno strumento di sopraffazione [...]*»¹⁴⁶.

L'ultima costruzione di cui si vuole riferire, in tal modo completando il panorama generale delle tendenze dottrinarie precedenti alla codificazione del *solve*, è quella di Francesco Carnelutti.

Il relazione al *solve*, la forza creativa dell'idea carneluttiana è stata unanimemente riconosciuta dalle generazioni successive di interpreti, pur rimanendo senza discepoli¹⁴⁷.

Per il Carnelutti, il patto non avrebbe inciso sul rapporto giuridico materiale¹⁴⁸, bensì sul piano processuale,

¹⁴⁶ P. GRECO, *op. cit.*, p. 163. Gli aspetti del pensiero dell'Autore che riguardano il principio di buona fede e la questione del dolo non sono stati qui riportati, per non appesantire oltre la trattazione. Essi troveranno più acconcia collocazione nel capitolo III.

¹⁴⁷ Già G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento, cit.*, p. 341, definiva la costruzione «[...] *coerente e geniale [...]*», sebbene non condivisibile.

¹⁴⁸ «[...] *Chi si obbliga con la clausola non assume un obbligo maggiore di chi non la stipula. Non vi è da parte sua alcuna rinunzia alle ragioni, dalle quali possa derivare la inesistenza o la limitazione del suo obbligo; se tale rinunzia vi fosse,*

determinando il modo con in quale l'oneroso avrebbe potuto far valere in giudizio le proprie ragioni.

La funzione del patto, ossia la garanzia del credito, si sarebbe esplicata attraverso l'esercizio del principio di autonomia negoziale delle parti¹⁴⁹.

Individuati la ragione e il fondamento del patto, l'Autore ha indagato sul meccanismo operativo strutturato dalle parti.

Al riguardo, il Carnelutti ha osservato che l'espressione *solve* potrebbe avere molteplici significati.

Astrattamente, infatti, come pure l'espressione italiana *pagare, solvere* potrebbe significare "adempiere", ovvero, più semplicemente, "consegnare"¹⁵⁰.

Allora, se il debitore avesse voluto opporre le proprie ragioni in giudizio, avrebbe prima dovuto *consegnare* al creditore il dovuto.

Ma non a titolo di pagamento, bensì a titolo di deposito¹⁵¹ o, ancora meglio, di cauzione¹⁵².

non si capirebbe come egli si riservi il diritto di ripetere [...]». F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 81.

¹⁴⁹ «[...] *Ne saprei vedere un motivo, per cui questa libertà delle parti abbia da essere soppressa o limitata. Nessuno più di me è persuaso della pubblica utilità, a cui mira il processo civile; ma mentre interest reipublicae, e come! la tutela del creditore, non mi so rendere ragione degli inconvenienti, che a codesta pubblica utilità dalla clausola potrebbero derivare [...]».* F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 87.

¹⁵⁰ Il Carnelutti osservava che in questo secondo senso, più ampio «[...] e quasi vago [...]», l'espressione "pagamento" era impiegata dall'art. 1237 cod. civ. ab.

¹⁵¹ Secondo la formula dell'art. 580 cod. proc. civ. ab.

¹⁵² «[...] *stipulando la clausola, il creditore vuol avere nelle mani, in ogni caso, una cauzione, che gli permetta di litigare al sicuro [...]».* F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 82 s.. Casi simili, del resto, sarebbero stati quello della cauzione in caso di esecuzione provvisoria e di condanna con riserva. Nel caso del *solve*, tuttavia, si

Discenderebbe dalla natura processuale della clausola e dal suo meccanismo operativo, di costruzione di una cauzione come condizione di proponibilità delle eccezioni, la possibilità di inquadrare sistematicamente il negozio.

Secondo questa costruzione, il *solve* apparterebbe al *genus* delle clausole processuali dei contratti di diritto materiale.

La clausola, similmente alle clausole compromissorie, «[...] *non fa parte del contratto, in occasione del quale è stipulata, nel senso che non regola uno degli atteggiamenti del rapporto relativo [...] al contrario la clausola costituisce un negozio diverso dal contratto a cui si riferisce, per quanto collegato storicamente e praticamente con esso e spesso rappresentato nel medesimo documento. [...] La clausola non regola il rapporto derivante dal contratto, ma il processo, che possa essere condotto sul rapporto medesimo [...]»¹⁵³.*

Affermata la validità del *solve*, la sua *ratio*, la sua natura processuale e il suo meccanismo operativo, il Carnelutti ha

sarebbe trattato di *cautio iudicatum solvi* e non di cauzione per la restituzione del non dovuto. E non vi sarebbe stata incompatibilità tra posizione di parte e di custode.

¹⁵³ F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 84 s.. Nella costruzione carneluttiana, il patto di *solve et repete* non rispondeva nemmeno alla costruzione del contratto (volto a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale, dunque un rapporto sostanziale), bensì a quella differente dell'accordo. L'accordo, per il Carnelutti, avrebbe una valenza più ampia del contratto e riguarderebbe il contenuto volontaristico dei negozi, ivi compresi quelli perfezionati dalle parti per il regolamento del processo.

sostenuto che esso potrebbe rivestire un'efficacia illimitata sulle eccezioni.

Al riguardo, infatti, sia la *exceptio doli*¹⁵⁴, sia le eccezioni di nullità o inesistenza del negozio dovrebbero rimanere paralizzate dal patto¹⁵⁵.

Questa conclusione, difatti, deriverebbe necessariamente dalla circostanza che la facoltà di eccezione, di cui il debitore non è privato, è sottoposta alla condizione dell'adempimento dell'onere di adempimento¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Sul tema, è stato affermato, a pag. 89, che «[...] la gravità di una questione proposta dal debitore potrà fornire un argomento per interpretare la clausola in modo da escluderla dal suo ambito, ma non per escludere l'onere quando si dimostri che essa vi è compresa [...]». Al riguardo, si deve precisare che, nella costruzione dell'Autore, il *solve* poteva essere impiegato per sottoporre all'onere del preventivo adempimento tutte o solo alcune delle eccezioni del debitore. Stabilire l'esatta portata del patto, naturalmente, era una questione interpretativa e come tale andava risolta. Sotto altro profilo, la sottoposizione al *solve* dell'eccezione di dolo non avrebbe comportato una violazione del principio di inefficacia del patto *ne dolus praestatur*, perché il pagamento non era compiuto a titolo di adempimento, bensì di cauzione. Allora, il debitore non sarebbe stato tenuto a *praestare dolum* e la costituita cauzione avrebbe potuto essere recuperata successivamente dal debitore, se il dolo fosse stato accertato.

¹⁵⁵ Infatti, nella prospettiva dell'Autore, il *solve* sarebbe stato un accordo *diverso* dal contratto eventualmente nullo o inesistente. L'unico caso di eccezione non paralizzabile sarebbe stato quello di nullità o inesistenza del patto di *solve et repete*. F. CARNELUTTI, *op. loc. cit.*

¹⁵⁶ Alla costruzione carneluttiana, E. ALLORIO, *Limiti di efficacia del patto «solve et repete»*, *cit.*, p. 322 s., ha replicato che la clausola mirerebbe a fornire al creditore beneficiario la disponibilità immediata della prestazione. Al contrario, se il beneficiario disponesse della somma depositata a titolo di cauzione, incorrerebbe in responsabilità per appropriazione indebita. Il *solve*, poi, non sarebbe volta alla costituzione di un vincolo speciale su un bene determinato, ma all'eliminazione di alcune difese contro la pretesa creditoria. Per G. CRISTOFORINI, *op. cit.*, p. 198, la costruzione del Carnelutti non condurrebbe a reputare valido il patto, poiché la prestazione di una cauzione, come condizione per la proposizione delle eccezioni, finirebbe per tradire il principio di indisponibilità dei poteri processuali. Inoltre, la cauzione potrebbe imporsi per un ammontare superiore alle condizioni economiche dell'onere, impedendogli la possibilità pratica di ottenere tutela giudiziaria. G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 341, ha osservato che se il *solve* comportasse la costituzione di una cauzione, risulterebbe ritardata la percezione della prestazione per il beneficiario. Infatti, per l'inversione del titolo sulla cauzione, sarebbe

1.5.2 Le posizioni di Corte di Cassazione e Corte Costituzionale

La storia recente del *solve et repete* privatistico è stata segnata da due momenti che hanno costituito cesure metriche del discorso sulla sua validità ed efficacia.

Ci si riferisce, naturalmente, alla codificazione del 1942, che ne ha sancito la regolarità e sintetizzato il meccanismo operativo.

Di non inferiore rilevanza, poi, si è rivelato l'intervento della Corte Costituzionale del 1974, di rinnovato riconoscimento della legittima permanenza del patto nell'ordinamento.

Tra questi due iati la giurisprudenza ha conosciuto fasi di dubbio, delle quali conviene, brevemente, dare conto, per poi descrivere gli orientamenti recenti, ormai consolidati.

Nel 1962, dopo un ventennio di sostanziale omogeneità d'opinione circa la validità e le conseguenze pratiche del *solve*, la Corte d'Appello di Roma ha profilato un dubbio di costituzionalità dell'art. 1462 cod. civ.¹⁵⁷.

necessario un atto di volontà del debitore (contro la cui volontà il creditore ha voluto garantirsi con il patto), o un autonomo giudizio di accertamento. Infine, la prestazione a titolo di cauzione presupporrebbe che la prestazione consista in un oggetto conservabile e restituibile e, come tale, non potrebbe configurarsi in relazione alla prestazione consistente in un *facere*.

¹⁵⁷ Ci si riferisce a App. Roma, 23 maggio 1962, in *Temì romana*, 1963, I, p. 20 ss..

In particolare, in tema di rapporti di locazione, la Corte capitolina ha affermato che: «[...] *La clausola secondo la quale “l’affittuario non in regola con i pagamenti non potrà promuovere azioni o eccezioni giudiziarie (solve et repete)”*, poiché è intesa a condizionare e limitare l’esercizio del diritto del conduttore alla tutela giudiziaria dei propri interessi, è nulla in quanto contrasta con l’art. 24, co. 1°, della Costituzione della Repubblica [...] [che: N.d.R.] è una norma immediatamente precettiva di ordine pubblico, inderogabile non solo per volontà delle parti contraenti, ma per legge ordinaria [...]».

L’ordinanza, per un verso, era eco della già riferita sentenza con la quale il Giudice delle Leggi aveva dichiarato l’illegittimità costituzionale del *solve* fiscale.

Per altro verso, attingeva il suo convincimento da una costruzione tutta processuale dell’istituto, che dava luogo a un temporaneo difetto di giurisdizione del Giudice adito¹⁵⁸.

Le conclusioni della Corte d’Appello di Roma, a distanza di due anni, sono state confutate dalla Corte d’Appello di Napoli, con una sentenza di rara ampiezza argomentativa ¹⁵⁹.

¹⁵⁸ La dottrina contemporanea ebbe modo di criticare le argomentazioni della Corte d’Appello di Roma: «[...] è chiaro l’errore in cui è incorsa la decisione romana: esso consiste nell’aver attribuito alla clausola l’efficacia di determinare un temporaneo difetto di giurisdizione, mentre sappiamo che tale portata non può esserle attribuita [...] alla clausola non può essere attribuita altra efficacia se non quella di consentire una possibilità di condanna con riserva di determinate eccezioni [...]». Così A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 856. Le opinioni della dottrina, sul tema, verranno più compiutamente riferite nel corso del capitolo II.

¹⁵⁹ Vedi App. Napoli, 10 luglio 1964, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1547 ss..

La Corte partenopea ha escluso, in questa occasione, che si potesse trarre argomento per l'illegittimità dell'art. 1462 cod. civ. da una sua assimilazione al *solve* fiscale.

Tra i due istituti vi sarebbe, infatti, una significativa coincidenza di struttura ed effetti.

Tuttavia, nella fattispecie privatistica mancherebbero gli elementi che, invece, avrebbero comportato l'illegittimità dell'istituto pubblicistico.

Infatti, le norme pubblicistiche, pretendendo inderogabilmente il previo pagamento per accedere alla tutela processuale, generavano una inaccettabile sperequazione tra i contribuenti in grado di pagare, e quindi in possesso dei mezzi per accedere alla difesa giudiziale, e quelli privi di tali risorse.

Invece, l'origine del *solve ex art. 1462 cod. civ.* è pattizia, espressione dell'autonomia negoziale dei privati.

Inoltre, vi sono «[...] *norme specifiche di temperamento* [...]» del patto, quali la tutela dell'art. 1341, comma 2, cod. civ. e il potere accordato al Giudice dal capoverso dell'art. 1462 cod. civ., che apprestano una difesa del contraente debole.

In tal modo, «[...] *può ben rilevarsi, quindi, che il sistema positivo lungi dal creare situazioni di diseguaglianza e comunque insidiose, garantisce a tutti i cittadini la piena libertà nell'assunzione di posizioni contrattuali negozialmente*

considerate adeguate alla composizione degli opposti interessi regolati mediante la stipulazione del contratto [...]».

Dal punto di vista della libertà negoziale, «[...] *Il compratore, così come può accettare altre limitazioni altrettanto gravose [...] allo stesso modo è libero di sottomettersi, con le garanzie previste dall'ordinamento, ad un regime che, se per lui rigoroso, risponde d'altra parte ad una esigenza di vitale interesse per la vita commerciale della comunità, qual è la necessità di garantire il creditore contro l'eventualità di eccezioni dilatorie che il debitore, sfruttando l'inevitabile protrazione dei giudizi civili, opponga con una improbità processuale non sempre sanzionabile adeguatamente [...]*»¹⁶⁰.

Dal canto suo, la Corte di Cassazione, in due sentenze del 1967 e del 1968, ha escluso qualsiasi profilo di illegittimità costituzionale del *solve*.

Infatti, mentre il *solve* fiscale dava luogo a un difetto di giurisdizione, «[...] *nessun difetto di giurisdizione si può evidentemente configurare nella ipotesi del solve et repete pattiziamente stabilito da privati contraenti mancandone, oltre tutto, il presupposto, che per il solve et repete fiscale era costituito dall'atto amministrativo di imposizione tributaria [...]*»¹⁶¹.

¹⁶⁰ App. Napoli, 10 luglio 1964, *cit.*, c. 1548 s..

¹⁶¹ Cass. 14 luglio 1967, n. 1767, in *Foro it.*, 1967, I, c. 2555 ss.. La Corte ha anche aggiunto che un'altra fondamentale differenza tra i due istituti sarebbe costituita

Del medesimo orientamento anche la sentenza dell'anno successivo, di conferma alla già riferita sentenza della Corte d'Appello di Napoli.

Anche in questa occasione il Collegio ha escluso si potesse prospettare un difetto di giurisdizione del Giudice ordinario e arguito la legittimità del *solve* privatistico dal principio di autonomia negoziale¹⁶².

Di ben diverso spessore, rispetto ai precedenti tentativi della giurisprudenza di merito di evidenziare profili di illegittimità costituzionale¹⁶³, l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano del 1972¹⁶⁴.

Il Collegio, giudicante in funzione di Giudice d'Appello, senza particolare novità, ha anche riproposto i dubbi di contrasto con l'art. 24 Cost.¹⁶⁵.

non dalla fonte legale dell'uno e sulla origine pattizia dell'altro, bensì dai fini perseguiti. Il *solve* fiscale mirava all'attuazione dell'interesse pubblico alla percezione del tributo, mentre il *solve* privatistico sarebbe riconducibile a una particolare tutela del creditore.

¹⁶² Cass. 6 agosto 1968, n. 2826, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2061 ss..

¹⁶³ Per una rassegna di tali tentativi v. A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.* e E. LECCESE, *op. cit.*, p. 167 ss..

¹⁶⁴ Trib. Milano, 15 giugno 1972, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, p. 783 ss., con nota di P. VITUCCI, *op. cit.*.

¹⁶⁵ «[...] la disposizione in esame, istituzionalizzando il potere di un soggetto di limitare la tutela dei diritti competenti alla controparte in base al contratto stipulato, costituisce fonte primaria della limitazione stessa, e perciò, si pone in contrasto con il principio di cui al primo comma dell'art. 24 della Costituzione [...]». E con riferimento al *solve* fiscale, «[...] essendo già stato riconosciuto il contrasto di quella disposizione con gli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione, nonostante la reale disparità delle situazioni giuridiche dei soggetti interessati (lo Stato e il privato) non si comprende per quali motivi lo stesso contrasto non debba essere ravvisato a fortiori nell'analoga fattispecie dell'art. 1462, primo comma, del codice civile per il quale nemmeno sussiste l'esigenza di tutelare un pubblico interesse [...]». Trib. Milano, 15 giugno 1972, *cit.*, p. 794.

D'altra parte, stavolta con originalità, ha prospettato il contrasto con il comma 1 dell'art. 3 Cost., poiché il *solve* «[...] *avalla e rende legittima la disuguaglianza esistente tra i contraenti di differente forza contrattuale* [...]», e con il capoverso dell'art. 3 Cost., poiché renderebbe vani gli sforzi compiuti dallo Stato per realizzare l'alto compito della libertà e uguaglianza dei cittadini, per il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione alla vita del Paese.

Per la Corte, il *solve*, frutto dell'autonomia negoziale, «[...] *contraddice il principio di corrispettività, inceppandone, per così dire, il normale funzionamento* [...]»¹⁶⁶.

Ancora, «[...] *il solve et repete è sorto e si è imposto come mezzo di tutela di specifici interessi sociali di gruppo. Tali interessi hanno prevalso sulla stessa «logica contrattuale» [...] la progressiva evoluzione del fenomeno, di per sé positivo, si è tradotta nel sacrificio (non più composizione) degli interessi del singolo* [...]»¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Nel caso di specie, come già era accaduto nei controversie risolte dalle Corti d'Appello di Roma e Napoli, si trattava di un contratto di locazione ove il beneficiario del *solve* era il locatore. Il conduttore aveva lamentato che l'immobile concesso in locazione fosse totalmente inadatto all'uso pattuito, se non previa riparazione del tetto, poiché un provvedimento amministrativo comunale lo aveva privato dell'abitabilità. Convenuto il giudizio avanti al Pretore ex art. 1460 cod. civ. e, in subordine, per la risoluzione, il locatore aveva opposto il *solve*. Il Pretore, impossibilitato a valutare i gravi motivi di sospensione della condanna, poiché tale cognizione era esuberante rispetto alla propria competenza per valore, e piuttosto che dichiarare la propria incompetenza, ha reputato efficace il *solve* e condannato il conduttore al pagamento dei canoni scaduti, salvo ripetizione. Il Tribunale di Milano, dunque, fu investito della controversia quale giudice di seconde cure.

¹⁶⁷ Trib. Milano, ord. 1 giugno 1973, *cit.*, p. 793.

Per il Tribunale, non ogni accordo contrattuale sarebbe frutto di libera scelta e il *solve* sarebbe frutto, dunque, del potere del più forte sul più debole¹⁶⁸.

In questo modo, per la prima volta, è stato offerto alla Corte Costituzionale il problema dell'autonomia contrattuale¹⁶⁹.

La Corte Costituzionale ha reputato infondata la questione¹⁷⁰.

Per la Consulta, la clausola non comporterebbe uno squilibrio delle posizioni, ma, semmai, un riequilibrio nel caso di inadempimento della parte onerata. Quest'ultima non subisce un'inaccettabile compressione dei propri diritti, poiché il suo adempimento, nella logica contrattuale, sarebbe comunque un atto dovuto.

Il percorso logico della Corte, sul punto, è sintetizzato dall'affermazione, che si rinviene spesso nella giurisprudenza successiva, secondo la quale la clausola «[...] è destinata ad operare sul terreno dell'adempimento [...]»¹⁷¹.

¹⁶⁸ In una prospettiva critica, P. VITUCCI, *op. cit.*, p. 789, pure osserva che «[...] clausole quali il *solve et repete* [...] per il modo in cui tipicamente si traducono in un mezzo di sopraffazione a carico del contraente più debole, permettono di misurare quanta distanza intercorra fra il consenso validamente manifestato e la spontaneità di esso, fra l'acquiescenza al male minore ed una accettazione pienamente consapevole e deliberata al riparo da ogni pressione e stimolo [...]».

¹⁶⁹ Con la consueta arguzia, P. VITUCCI, *op. cit.*, p. 785, nota che per la prima volta la questione ha coinvolto «[...] la cittadella del diritto privato, il libro delle obbligazioni [...]». L'ordinanza, dimessa nei toni e nella forma, aveva dunque una portata potenzialmente corrosiva del sistema basato sull'autonomia contrattuale.

¹⁷⁰ Corte Cost. 12 novembre 1974, n. 256, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, p. 1178 ss..

¹⁷¹ Corte Cost. 12 novembre 1974, n. 256, *cit.*, p. 1179.

Quanto al rapporto con l'abrogato istituto tributario, la Corte ha osservato che il *solve* privatistico «[...] si differenzia nettamente dal *solve et repete* fiscale, sia quanto ai presupposti, sia quanto all'ambito di applicazione e alla natura degli effetti giuridici [...]»¹⁷².

Proprio sul versante degli effetti processuali, la Corte ha misurato la conformità dell'istituto ai principi costituzionali.

Infatti, il *solve* non determinerebbe un difetto di giurisdizione, operando essenzialmente sul piano sostanziale e avendo riguardo non già a tutte le eccezioni, bensì ai soli rimedi sinallagmatici.

In tal modo, non si potrebbero ravvisare le limitazioni dei diritti del debitore, lamentate dal Tribunale milanese. L'onere, una volta adempiuto, potrebbe sempre far valere le proprie ragioni, anche nel medesimo giudizio incardinato dal creditore per il suo adempimento o dal debitore stesso in opposizione¹⁷³.

¹⁷² Corte Cost. 12 novembre 1974, n. 256, *loc. cit.*. Cfr. Cass. 26 gennaio 1994, n. 759, in *Mass. giur. it.*, 1994: «[...] La clausola limitativa della proponibilità di eccezioni, di cui all'art. 1462 c.c., si differenzia dall'istituto del *solve et repete* in materia fiscale [...] perché ha la sua fonte in un contratto liberamente stipulato (art. 1322 c.c.) e non costituisce ostacolo all'instaurarsi del rapporto processuale, avendo soltanto l'effetto di consentire la pronta soddisfazione della pretesa creditoria della controparte, senza far luogo all'esame dell'eccezione del debitore [...]».

¹⁷³ In dottrina, era già sufficientemente consolidato tale orientamento, espresso da G. G: AULETTA, *Valore ed efficacia della clausola «solve et repete» nei suoi vari tipi*, cit., p. 425 s., e da A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 856 ss.. In giurisprudenza, anche in tempi recenti, il principio è stato riaffermato. V. Cass. 27 febbraio 1995, n. 2227, in *Corriere giur.*, 1995, 7, p. 835, con nota di A. FRANGINI, *In tema di efficacia della clausola «solve et repete»*: «[...] La disciplina del *solve et repete*

Allora, «[...] è evidente che la disposizione dell'art. 1462 del codice civile non comporta negazione o inammissibile compressione del diritto alla tutela giurisdizionale, garantito dall'art. 24 della Costituzione [...]»¹⁷⁴.

Quanto alla lamentata contrarietà all'art. 3 della Costituzione, il Giudice delle Leggi ha reputato che il fondamento del *solve* sia da rintracciare nel principio dell'autonomia negoziale, sancito dal Codice civile.

L'interesse perseguito dalle parti, con la conclusione dell'accordo di limitazione nella proponibilità di eccezioni, è parso alla Corte meritevole di tutela.

Esso consisterebbe nel garantire il creditore da eccezioni «[...] pretestuose, cavillose, defatigatorie [...]»¹⁷⁵, nell'esecuzione di rapporti nei quali, normalmente, il locatore sarebbe adempiente - in senso stretto - per definizione, come nella

(art. 1462 c.c.), se ha indubbe conseguenze nel campo del processo, ha, però, un contenuto fondamentale di diritto sostanziale, come è reso manifesto non solo dalla collocazione della norma nel codice civile, ma soprattutto dagli interessi che essa tutela (assicurare al creditore il soddisfacimento della sua pretesa, senza il ritardo imposto dall'esame delle eccezioni del debitore). Il preventivo adempimento non può essere perciò considerato come un presupposto processuale, la cui mancanza impedisca l'instaurazione di un regolare rapporto processuale e non possa essere promossa nel corso del processo stesso. La clausola limitativa di cui all'art. 1462 c.c., pertanto, è destinata ad operare suolo sul piano dell'adempimento, cosicché non può rinvenirsi alcun ostacolo all'esame dell'eccezione o della domanda riconvenzionale, quando, sia pure in corso di giudizio [...] sia avvenuto il soddisfacimento della prestazione [...]». Cass. 14 dicembre 1994, n. 10697, in *Mass. giur. it.*, 1994: «[...] il preventivo adempimento non è qualificabile come presupposto processuale e l'eccezione o la domanda riconvenzionale potenzialmente colpite dall'operare della clausola possono essere esaminate quando, sia pure nel corso del giudizio, sia avvenuto il soddisfacimento del diritto [...]».

¹⁷⁴ Corte Cost. 12 novembre 1974, n. 256, *loc. cit.*.

¹⁷⁵ Corte Cost. 12 novembre 1974, n. 256, *cit.*, p. 1181.

locazione, ovvero tenuto ad adempiere per primo, come nella compravendita e nella somministrazione¹⁷⁶.

Peraltro, e proprio in coerenza con le finalità perseguite dalle parti, le eccezioni paralizzabili dal *solve* sarebbero limitate a quelle che hanno fondamento nell'inesatto o non perfetto adempimento dell'attore, restando esclusa l'operatività della clausola nell'eventualità di inadempimento in senso stretto¹⁷⁷.

Ora, il legislatore avrebbe apprestato ogni possibile tutela per impedire che il *solve*, da strumento meritevole di tutela, divenisse strumento di sopraffazione.

Infatti, per un verso, talune eccezioni rimarrebbero sempre insensibili al *solve* e la clausola richiederebbe specifica approvazione per iscritto¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Corte Cost. 12 novembre 1974, n. 256, *cit.*, p. 1180. Per la Corte, sarebbe arbitraria, proprio in considerazione della mutata realtà economica e sociale, la collocazione del beneficiario e dell'onerato in classi sociali omogenee di differente potere economico. Sul punto è fortemente critica L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, *cit.*, p. 88 ss. e 100 ss., per la quale il patto si spiegherebbe con l'intenzione del Codice del 1942 di tutelare i soggetti economicamente forti.

¹⁷⁷ In giurisprudenza, v. Cass. 16 luglio 1994, n. 6697, in *Mass. giur. it.*, 1994: «[...] La garanzia da eccezioni dilatorie, propria della clausola "solve et repete", non ha un'efficacia tale da paralizzare in toto l'exceptio inadimplenti "contractus", bensì resta correlata all'ambito di operatività dell'"exceptio non rite adimplenti contractus", sicché essa non incide sulla possibilità di far valere la mancata esecuzione, totale o parziale della controprestazione [...]». Conformi Cass. 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Foro it.*, 1982, I, con nota di S DI PAOLA, *op. cit.*.

¹⁷⁸ Sull'efficacia di tale disciplina v. P. VITUCCI, *op. cit.*, p. 785. Peraltro, la specifica approvazione per iscritto sarebbe necessaria solo se la clausola si trovasse inserita in un modulo o in un formulario. Cfr. Trib. Monza, 8 novembre 2005: «[...] La clausola solve et repete, ex art. 1462 c.c., inserita in un contratto di locazione, risulta valida, anche se non specificatamente sottoscritta, qualora non sia inclusa in un modulo o formulario [...]».

Per altro verso, anche nei casi di efficacia, il Giudice potrebbe sospendere la sentenza di condanna, ove l'incondizionata applicazione del *solve* fosse sconsigliata dalla ricorrenza di gravi motivi¹⁷⁹.

Pertanto, il *solve* non urterebbe con i principi tutelati dall'art. 3 della Costituzione, perché non genererebbe inaccettabili sperequazioni tra le posizioni di beneficiario e onerato¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Corte Cost. 12 novembre 1974, n. 256, *cit.*, p. 1180. Sul punto v. A. LENER, *op. cit.*, p. 2621. Secondo l'Autore, al potere sospensivo del Giudice dovrebbe attribuirsi la valenza di strumento di controllo nei casi in cui, malgrado l'efficacia formale del *solve*, esso presenti «[...] un intrinseco difetto di plausibilità [...]». Per D. POLETTI, *op. cit.* p. 7: «[...] la circostanza che l'art. 1462 c.c. [...] consenta la sospensione giudiziale della condanna, rendendo nuovamente inscindibile l'azione dall'eccezione, ha poi contribuito non poco al rigetto della sollevata questione di legittimità costituzionale della norma [...]».

¹⁸⁰ Peraltro, vi sarebbero forti dubbi nell'applicabilità del principio costituzionale di uguaglianza ai rapporti di diritto privato. Sul tema, v. G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970; C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, p. 390 ss.; L. PALADIN, *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XIV. C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1267, ha osservato che, in ogni caso, anche se la clausola fosse utilizzata come mezzo di compressione della libertà contrattuale delle classi meno abbienti, e quindi più sprovvedute, ci si troverebbe di fronte a un abuso del potere di autotutela da risolvere non sul piano costituzionale, bensì su quello civilistico, importando l'inefficacia del *solve ex art. 1462*, comma 2, cod. civ.. In generale, la prevalenza degli autori si è mostrata concorde all'orientamento della Consulta. V., per esempio, R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in *Il contratto*, II, di R. SACCO E G. DE NOVA, in *Trattato di diritto privato*, diretto da R. SACCO, Torino, ed. 1993, p. 650; C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 598; D. POLETTI, *op. cit.*, p. 7. Con qualche rilievo critico C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1266 ss., soprattutto con riferimento alla limitazione del *solve* all'eccezione *non rite adimpleti contractus*. Sul tema si tornerà in seguito. Molto critica, invece, L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 87, la quale ha rintracciato nel principio di buona fede in senso oggettivo l'unico strumento in grado di correggere le gravi incidenze sull'equilibrio contrattuale, cui, malgrado le rassicuranti considerazioni dei Giudici della Consulta, darebbe inevitabilmente luogo il *solve*.

Capitolo II

Il comma I dell'art. 1462 cod. civ.

e suoi specifici problemi ermeneutici

- 2.1 ANALISI DELLA FATTISPECIE**
- 2.2 ECCEZIONI DIFFERIBILI E INDIFFERIBILI: LIMITI DI EFFICACIA DEL PATTO**
- 2.3 VESSATORIETÀ DEL *SOLVE ET REPETE* TUTELA GENERALE DEL CONTRAENTE DEBOLE E TUTELA SPECIALE DEL CONSUMATORE**
- 2.4 ELEMENTI ACCIDENTALI DEL CONTRATTO E CLAUSOLA *SOLVE ET REPETE***
- 2.5 QUESTIONI ATTINENTI ALLA VALIDITÀ E ALL'EFFICACIA DEL PATTO**

2.1 Analisi della fattispecie

La norma contenuta nell'art. 1462 cod. civ. prevede che il patto limitativo della proponibilità di eccezioni, *al fine* di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non sia efficace per le eccezioni di nullità, annullabilità o rescissione del contratto¹⁸¹.

Prevede, altresì, che l'efficacia del patto non osti alla sospensione della condanna, da parte del giudice, qualora egli riconosca che concorrano gravi motivi.

¹⁸¹ Si afferma comunemente, soprattutto in giurisprudenza, che il patto *ex art.* 1462 cod. civ. provochi il semplice differimento della proponibilità di eccezioni. In questo senso, peraltro, si pronuncia anche la Relazione del Guardasigilli, n. 239, secondo cui il *solve* «[...] regola soltanto gli atteggiamenti temporali del rapporto [...]». Anche di recente, la dottrina ha precisato che «[...] la clausola consente le eccezioni, semplicemente differendole [...]» (così C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 588). L'affermazione è condivisibile solo in parte. È vero, infatti, che con il patto il contraente onerato si obbliga a non servirsi, prima di aver adempiuto, di talune eccezioni, quali, come si vedrà, l'*exceptio non rite adimpleti contractus*, la risoluzione per inadempimento, la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (nel caso di contratto a esecuzione differita). È altrettanto vero, tuttavia, che talune altre eccezioni, non potendosi far valere se non prima del proprio adempimento, una volta che la prestazione sia eseguita a favore del beneficiario del *solve*, vengono meno. Infatti, «[...] esse non hanno altra funzione che quella di contrastare la domanda (di adempimento) dell'attore, per cui, venuta meno una tale funzione, quelle eccezioni perdono ogni ragione d'essere [...]». Così E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 864 s. Secondo l'Autore, allora, il patto *solve et repete* andrebbe costruito come «[...] un negozio vero e proprio di rinuncia al potere di risoluzione *re adhuc integra*, all'*exceptio n.a.c.*, alla sospensione della prestazione *ex art. 1461*, al potere di ritenzione; un negozio con il quale si sottopone a condizione sospensiva l'esercizio dell'*exceptio n.r.a.c.*, del potere di risoluzione per inadempimento, nonché del potere di risoluzione per eccessiva onerosità nei contratti ad esecuzione differita [...]». L'osservazione era già stata formulata dal A. SENIN, *op. cit.*, p. 33: «[...] rendendosi obbligatorio il pagamento del prezzo prima di far valere quei diritti, questo non potrebbero che essere proposti posteriormente in via di azione (di ripetizione) [...]».

Del percorso di codificazione dell'istituto si è detto nel capitolo precedente.

I risultati della ricerca storica saranno utili strumenti interpretativi tra non molto.

Ora conviene tracciare profili ermeneutici della disposizione, in particolare del comma primo. Al comma secondo sarà dedicato il capitolo successivo.

Intanto, ci si avvede immediatamente che la norma si esprime in forma negativa, elencando i casi nei quali il patto limitativo della proponibilità di eccezioni non ha efficacia¹⁸².

A mente dell'art. 1462 cod. civ., infatti, «[...] *La clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto.*

¹⁸² Sotto il Codice del 1865, le pronunce giurisprudenziali, determinandone i casi di efficacia, affermavano, in linea di massima, la validità del *solve et repete*. Rovesciando la prospettiva, il patto è ora affermato valido, salvo la sua inefficacia in casi tipici. L'osservazione è di E. DE LONGHI, *Intorno al patto del «solve et repete» nei contratti*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, II, p. 89.

Nei casi in cui la clausola è efficace, il giudice, se riconosce che concorrono gravi motivi, può tuttavia sospendere la condanna, imponendo, se del caso, una cauzione [...]».

La formulazione non può stupire e, anzi, reca evidente traccia del percorso nomogenetico del *solve et repete* civilistico.

In effetti, si è già posto il luce che, all'epoca della codificazione, la prassi negoziale conosceva da lungo tempo la figura, cui faceva ricorso specialmente nella regolamentazione di taluni specifici rapporti contrattuali¹⁸³.

Peraltro, in dottrina, il dibattito sulla validità della clausola, assai vivo negli anni '30 dello scorso secolo¹⁸⁴, andava perdendo vigore e prevaleva l'indirizzo di quanti

¹⁸³ Ci si riferisce, in particolare, ai formulari predisposti in tema di rapporti locatizi e contratti assicurativi. Sul punto v. E. LECCESE, *op. cit.*, p. 12, che osserva come il patto avesse conosciuto un'ampia diffusione, dalla locazione a tutti i contratti bilaterali. Tale diffusione era stata già rilevata dalla dottrina degli anni '30. Ci si riferisce, in particolare, a T. ASCARELLI, *op. loc. ult. cit.*, e M. LA TORRE, *op. cit.*, p. 494 ss.. Cfr. il capitolo I, par. 2.

¹⁸⁴ Un esauriente resoconto delle tensioni dottrinali e giurisprudenziali dell'epoca può essere rinvenuto in A. SENIN, *op. cit.*, p. 26 ss. In via di estrema sintesi, rinviando per gli approfondimenti a quanto detto nel capitolo I, erano tendenzialmente favorevoli alla validità del patto P. GRECO, *op. cit.*, p. 142 ss; M. LA TORRE, *op. cit.*, p. 494; F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 81 ss; lo stesso A. SENIN, *op. loc. cit.*; altri, come E. ALLORIO, *Limiti di efficacia del patto «solve et repete»*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, II, p. 321 ss., facevano dipendere la validità del patto dall'adesione o meno alla cd. teoria sostanzialista, per la quale vedi oltre, il capitolo V. Tra i più significativi oppositori della validità del patto E. T. LIEBMAN, *Contro il patto del «solve et repete» nei contratti*, *cit.*, p. 246 ss., ID., *Variazioni intorno alla clausola del «solve et repete» nei contratti*, *cit.*, p. 209 ss.; P. D'ONOFRIO, *Processualità e non processualità della clausola «solve et repete»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1938, II, p. 23 ss., entrambi i quali consideravano il *solve* un patto di rilevanza esclusivamente processuale.

reputavano che la possibilità di concludere un simile accordo rientrasse nei limiti della libertà negoziale riconosciuta dall'ordinamento.

D'altra parte, già da molti anni la giurisprudenza era pressoché concorde in questo senso, salvo impegnarsi in un'attività di ricostruzione dei limiti operativi del *solve et repete*¹⁸⁵.

Il patto, nella vigenza del precedente codice, era stato oggetto di ampia elaborazione, sì da consentire agli interpreti di considerare già determinati alcuni principi «[...] per *concordia o maggioranza di opinioni e per valore di argomenti* [...]»¹⁸⁶.

Il primo luogo, risultava accertato che la funzione dell'istituto fosse quella di «[...] *escludere che l'oneroso* [potesse: N.d.R.] *opporre qualsiasi o determinate ragioni di difesa contro la pretesa di prestazione della controparte, per*

¹⁸⁵ Nella giurisprudenza dell'epoca era assai diffusa l'opinione che il *solve et repete* fosse analogo, in via pratica, al patto di anticipato pagamento. L'opinione si doveva alla ricostruzione di G. SCADUTO, *op. cit.*, p. 225, condivisa da T. ASCARELLI, *Ancora sulla validità della clausola «solve et repete» nei contratti*, *cit.*, p. 424 («[...] economicamente il patto può considerarsi accanto a quelli di pagamento anticipato del prezzo che possono raggiungere un risultato pratico analogo di garanzia per l'una delle parti [...]») e criticata da P. GRECO, *op. cit.*, p. 151.

¹⁸⁶ G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 338.

esimersi dalla prestazione stessa, mentre le stesse ragioni possono essere fatte valere per ripetere ciò che ha indebitamente pagato, ovvero che l'onerato possa chiedere l'applicazione di sanzioni (risarcimento del danno o risoluzione) contro la parte inadempiente, se prima non ha compiuto la prestazione [...]»¹⁸⁷

188.

Altro principio assodato era quello dell'invalidità del patto, se le eccezioni dell'onerato si fondavano sulla nullità ¹⁸⁹ o annullabilità del negozio ¹⁹⁰.

Secondo l'opinione prevalente, infatti, il primo presupposto per l'emissione di una sentenza di condanna sarebbe la validità del contratto. Poiché l'invalidità del negozio sarebbe stata rilevabile anche d'ufficio, sarebbe mancato il

¹⁸⁷ G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 338.

¹⁸⁸ La distinzione tra i due tipi fondamentali di clausola *solve et repete* è stata tracciata da diversi autori, tra i quali T. ASCARELLI, *Sulla clausola solve et repete nei contratti*, *cit.*, p. 293, A. SENIN, *op. cit.*, 1936, p. 32 ss.; G. TEDESCHI, *Sulla clausola solve et repete nei contratti sinallagmatici*, in *Foro della Lombardia*, 1931, p. 302.

¹⁸⁹ È, infatti, rimasta assolutamente isolata, pur nella sua autorevolezza, l'opinione di F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 81 s., che ha sostenuto l'efficacia della clausola anche in talune ipotesi di invalidità del patto. Peraltro, l'opinione si ricollega alla particolare ricostruzione dell'istituto proposta dall'Autore, per la quale si rinvia al capitolo V.

¹⁹⁰ Il principio, per la verità, sebbene condiviso largamente, era enunciato anche sulla base di ragioni diverse. Taluni, infatti, reputavano che la nullità o l'annullabilità del contratto si estendesse al patto di *solve et repete*, viziandolo e privandolo di validità e/o efficacia. Così A. SENIN, *op. cit.*, p. 44 s..

potere di piena disposizione della parte, su cui fondare la pur temporanea rinuncia alle proprie ragioni di difesa ¹⁹¹.

In caso contrario, se fosse stato possibile rinunciare anche temporaneamente all'azione di nullità, si sarebbe dato luogo a una obbligazione astratta, fuori dai casi ammessi dalla legge ¹⁹².

La dottrina, poi, era significativamente coesa nel reputare che il dolo del beneficiario escludesse l'applicabilità del patto, sia in ragione del principio generale in forza del quale «[...] il diritto non può prestare i suoi strumenti per situazioni immorali [...]»¹⁹³, sia perché non sarebbe stato possibile escludere o

¹⁹¹ Cfr. P. GRECO, *op. cit.*, p. 144.

¹⁹² In questi termini T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 291 s. Questa argomentazione è stata giudicata applicabile, dai successivi interpreti, al solo caso dell'azione di annullamento. G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 339, infatti, ha rilevato che, nel caso di annullabilità, fino all'esercizio della relativa azione il contratto conserverebbe la sua efficacia. Peraltro, immediatamente l'Autore rileva che l'eccezione di annullabilità è regolata da una norma inderogabile, sicché l'eccezione, mentre può restare preclusa da una rinuncia definitiva, che riveste il carattere di conferma, non può essere rinunciata temporaneamente, come avverrebbe con il meccanismo del *solve et repete*.

Ad ogni modo, conserva una eccezionale rilevanza l'utilizzo del concetto di obbligazione astratta per la ricostruzione del meccanismo dilatorio dell'art. 1462 cod. civ., come si vedrà nei capitoli che seguono. Si deve, dunque, rinviare all'opera del I. LA LUMIA, *op. cit.*, p. 54 ss., che per primo ne ha fatto impiego in relazione al *solve et repete*.

¹⁹³ G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 340. V. anche E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 864: «[...] Il capoverso dell'art. 1462 allude, poi, a mio avviso, ad un presupposto generico per l'applicazione del *solve et repete* e cioè: non dev'essere imputabile al creditore che si serve di tale clausola la mala fede, perché il diritto non può prestare i suoi mezzi a tutela di situazioni immorali (*inter bonos, bene agere oportet*) [...]».

attenuare convenzionalmente le norme poste contro il dolo, rivestendo queste il carattere dell'inderogabilità ¹⁹⁴.

Infine, si reputava che la validità della clausola non potesse fondarsi, per analogia, né sulla base di istituti pubblicistici¹⁹⁵, né in virtù di altri istituti privatistici, taluni di natura eccezionale¹⁹⁶, altri caratterizzati da una struttura e un funzionamento diversi, pur nell'affinità o somiglianza di *ratio*¹⁹⁷.

La norma del codice del 1942, dunque, rispecchiando l'opinione più diffusa, ha assunto come premessa logica e giuridica la validità del patto limitativo della proponibilità di

¹⁹⁴ Tra gli altri, v. P. GRECO, *op. cit.*, p. 142 ss.; T. ASCARELLI, *Diritto sostanziale e diritto processuale nel patto contrattuale del solve et repete*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 711 ss.

¹⁹⁵ Ci si riferisce al *solve et repete* di natura fiscale. Cfr. L. MOSSA, in *Ann. di dir. comp.*, 1930, III, p. 113 s.; T. ASCARELLI, *Sulla clausola solve et repete nei contratti*, *cit.*, p. 291; C. CARAVELLI, *op. cit.*, c. 3; P. GRECO, *op. cit.*, p. 150 s.; G. CRISTOFOLINI, *Solve et repete*, in *Studi della facoltà di Pavia per Dena*, Pavia, 1936, p. 205 ss.; E. T. LIEBMAN, *Contro il patto di solve et repete nei contratti*, in *Riv. dir. proc.*, 1931, II, p. 246; A. SENIN, *op. cit.*, p. 83. Per taluni accenni sulla lontana parentela con l'istituto pubblicistico, vedi i riferimenti nel capitolo I.

¹⁹⁶ Ad esempio la previsione di una ipotesi di condanna con riserva del diritto cambiario. Sul punto v. G. CRISTOFOLINI, *op. loc. cit.*; P. GRECO, *op. loc. cit.*.

¹⁹⁷ Un caso emblematico è quello del patto di anticipato pagamento, per il quale si rimanda a L. MOSSA, *op. loc. cit.*, P. GRECO, *op. loc. cit.*; A. SENIN, *op. loc. cit.*; E. T. LIEBMAN, *Variazioni intorno alla clausola solve et repete nei contratti*, *cit.*, p. 213. Altro caso di *solve et repete* è l'«*affidavit*» del diritto marittimo. Cfr. E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 861, nota 2. Nel senso che, al contrario, la validità del patto si potesse fondare sull'analogia con il patto di anticipato pagamento, v. T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 295, e in *Riv. dir. comm.*, pag. 710, e F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 81 ss..

eccezioni¹⁹⁸, concentrando la propria portata precettiva sulla enunciazione dei casi di *inefficacia* della clausola¹⁹⁹.

Peraltro, ci si avvede immediatamente che, rispetto alle costruzioni concettuali della dottrina degli Anni '30, il legislatore nulla ha previsto in relazione a uno dei due tipi di *solve et repete*. Quello, cioè, pure ben conosciuto dalla pratica, consistente nella rinuncia temporanea all'azione di risarcimento del danno o di risoluzione contro la parte

¹⁹⁸ Per R. LUZZATTO, *L'eccezione di inadempimento (Note su una recente pubblicazione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 749, «[...] l'art. 1462 è significativo [...] perché da esso risulta che solo con limitazioni e, direi quasi, a malincuore, il legislatore ha ammesso la clausola contrattuale con la quale sia stabilito il divieto di opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta[...]». È già stato osservato, poi, (cfr. C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1256 s.), che la codificazione del 1942 non ha del tutto spento le braci del dibattito circa la validità del patto. I dubbi circa la sua legittimità si sono però spostati dalla discussione sui limiti dell'autonomia negoziale alla rispondenza del *solve et repete* ai principi di cui agli artt. 3 e 24 della Costituzione. Sul punto è significativo, sebbene ormai non recentissimo, il punto di vista espresso da L. BIGLIAZZI GERI, in *Risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro Quarto. Delle obbligazioni (art. 1460 – 1462), II, Bologna – Roma, 1988, p. 86 ss..

Ma i dubbi maggiori pare residuino, soprattutto sulla natura del patto e sulla sua valenza sistematica.

¹⁹⁹ Cfr. C. MIRAGLIA, *Solve et repete*, in *Enc. del Dir.*, p. 1256. L'Autrice pone in particolare evidenza che l'intervento del legislatore, il quale ha mantenuto intatta l'efficacia delle eccezioni fondate sull'invalidità del contratto, estendendola «[...] *ex professo* [...]» anche all'eccezione di rescissione, «[...] *ha reso inattuali molte delle dispute della dottrina formatesi sotto il vecchio codice* [...]». Per gli aspetti salienti del confronto dottrinale sotto il vecchio codice, si rimanda al paragrafo 1.4. Per E. LECCESE, *op. cit.*, p. 13, la codificazione «[...] *se priva di ogni ragion d'essere le dispute allora sorte e relative alla legittimità della clausola, lascia ancora molte questioni aperte: tra queste, sicuramente quella della efficacia sostanziale o processuale della clausola* [...]». Anzi, la formulazione stessa della disposizione farebbe emergere la problematicità della materia, sollevando immediatamente la questione dei suoi limiti di efficacia.

Peraltro, i motivi che hanno spinto il legislatore ad affrontare il problema del patto *solve et repete* sotto il profilo dell'efficacia, piuttosto che nella prospettiva dell'invalidità, così come le conseguenze di una simile regolamentazione, saranno affrontati al paragrafo 2.5.

inadempiente, beneficiaria del patto, se non all'esito dell'adempimento della prestazione dell'onerato.

Il silenzio della norma ha reso incerte le riflessioni circa l'efficacia di un patto di tale contenuto.

Tra le opinioni più autorevolmente sostenute, v'è quella di chi ha reputato che «[...] *il silenzio legislativo, proprio mentre si dà espresso riconoscimento all'altro tipo, offra almeno un indizio per la tesi [...] della non validità del patto stesso [...]*»²⁰⁰.

In effetti, questo indirizzo riposa sulla convinzione che una clausola *solve et repete* intanto possa essere efficace, in quanto possa essere sussunta alla fattispecie disegnata dall'art. 1462 cod. civ., l'unica ad avere esplicito riconoscimento normativo²⁰¹.

Venendo ad altri temi ermeneutici, ci si deve soffermare sulla portata di almeno due espressioni utilizzate dal legislatore.

²⁰⁰ È l'opinione espressa da G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 350.

²⁰¹ Eppure, non sfugge al lettore che la pratica dei nostri giorni non solo conosce nuovi modelli di *solve et repete*, tanto dogmaticamente atipici quanto socialmente tipici, ma che la validità di simili schemi negoziali è pressoché unanime nella giurisprudenza di legittimità e di merito. Sul punto si tornerà nel capitolo VI.

In primo luogo, si deve riflettere sul significato da attribuire al lemma “clausola”.

Infatti, a una prima lettura della disposizione, sembrerebbe che il patto non possa che essere contenuto nel medesimo contratto a cui si riferisce, costituendone una disposizione specifica, riguardante i poteri delle parti.

Per la verità, la prevalenza degli interpreti ha osservato che, sebbene nella normalità il patto sia contenuto nel medesimo contratto, esso potrebbe ben essere il frutto di una diversa negoziazione e trovare rappresentazione esteriore in un separato testo linguistico ²⁰².

Problema di non poco momento è, poi, quello di attribuire significato all'utilizzo del lemma “eccezioni”.

La formula legislativa utilizzata per delimitare l'ambito di efficacia del patto, infatti, appare significativamente ampia.

In questa ampiezza, sottolineata dall'utilizzo dell'espressione “clausole”, parrebbero essere ricomprese non solo l'*exceptio inadimplenti*, ma anche le eccezioni proprie e le eccezioni improprie, queste ultime anche definitive

²⁰² G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 339.

*obiezioni*²⁰³, tendenti a rilevare la mancanza dei presupposti dell'azione.

Allora, il termine “eccezioni” sarebbe stato usato «[...] *in senso così lato da poter comprendere sia la difesa, con cui il convenuto assuma di non dovere la prestazione, perché quella a carico della controparte è perita per caso fortuito, sia quella, con cui si assuma che l'obbligazione è estinta per un fatto diverso dall'adempimento [...]*»²⁰⁴.

In prima approssimazione, dunque, e rimandando l'approfondimento ai successivi paragrafi, parrebbe che la norma consenta anche – ovvero non escluda – il differimento o la rinuncia a eccezioni fondate sull'estinzione dell'obbligazione dell'onerato per fatti diversi dall'adempimento o, per esempio, sul perimento della cosa oggetto di obbligazione²⁰⁵.

Il corretto svolgimento del problema interpretativo, ormai sviscerato tanto dalla dottrina che dalla giurisprudenza, trae

²⁰³ Le obiezioni, in particolare, sarebbero difese fondate su fatti rilevabili d'ufficio dal giudice, mentre le eccezioni in senso tecnico richiedono l'istanza della parte interessata. Per la distinzione, tra gli altri, v. R BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, pp. 37, 41, 153, 200, 219 ss., 235 ss., 256 ss.. Cfr. E. ALLORIO, *Limiti di efficacia del patto «solve et repete»*, cit., p. 325 s.; G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 351.

²⁰⁴ G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 350 ss..

²⁰⁵ Richiamando il brocardo «*ubi voluit, dixit*», ove esso possa ricevere accoglimento tra gli strumenti ermeneutici.

origine, innanzitutto, dalla considerazione di un dato storico: la disposizione si riferisce, senza alcun dubbio²⁰⁶, all'*exceptio inadimpleti contractus*, che, nella pratica negoziale antecedente alla codificazione era, appunto, l'eccezione che il contraente beneficiario del *solve et repete* intendeva disinnescare.

Sulla base di questa considerazione di carattere oggettivo, gli interpreti si sono divisi tra coloro che hanno considerato rinunciabili o differibili tutte le eccezioni che presentassero similitudine con l'*exceptio*, includendo tra esse quelle appena menzionate, e coloro che, in via pratica, non hanno trovato alcuna eccezione somigliante²⁰⁷.

Questi ultimi, oltre a non rinvenire alcuna parentela stretta con la *exceptio*, hanno affermato che le eccezioni fondate sull'estinzione dell'obbligazione per fatti diversi dall'adempimento o sul perimento della cosa condividerebbero

²⁰⁶ V. G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 351.

²⁰⁷ In effetti, come ben illustrato nell'opera per ultima citata di G. G. AULETTA, p. 351 ss., la somiglianza tra l'*exceptio* e le altre eccezioni menzionate, di perimento per caso fortuito del bene o di estinzione dell'obbligazione per fatti diversi dall'adempimento, è stata ravvisata da quanti vedono nel differimento dell'eccezione di inadempimento una rinuncia al potere di far valere l'infondatezza dell'azione avversaria. Costoro, come ben si vede, sono epigoni della teoria processualistica. L'Autore citato, invece, è contrario a questa ricostruzione e, dunque, non trova similitudine tra le diverse eccezioni, considerando il *solve et repete* in relazione all'*exceptio* una temporanea rinuncia a un mezzo assicurativo, mentre le altre sarebbero obiezioni contro l'azione di condanna della controparte.

un fondamento comune con l'eccezione di nullità: l'inesistenza del fondamento dell'azione di adempimento eventualmente esercitabile dalla parte beneficiaria del *solve*.

Pertanto, queste eccezioni dovrebbero partecipare la sorte dell'eccezione di nullità e, dunque, il patto non sarebbe efficace²⁰⁸.

Una riconferma di questa impostazione si rinverrebbe nell'utilizzo, nella norma, dell'espressione «[...] *prestazione dovuta* [...]», nel senso di una prestazione cui, in assenza del patto, la parte sarebbe tenuta, sebbene in concreto sia autorizzata a non effettuarla e sia possibile l'accertamento di tale diritto²⁰⁹.

²⁰⁸ Cfr., tra gli altri, E. ENRIETTI, *cit.*, p. 863: «[...] lo stesso art. 1462 parla di [...] *prestazione dovuta*: è evidente che in tutti i casi in cui l'obbligazione del soggetto passivo del s. et rep. è già estinta. Si è fuori dell'applicabilità della clausola, perché in detti casi la prestazione ... non è più dovuta [...]».

²⁰⁹ G. G. AULETTA, *op. loc. cit.*. Si potrebbe replicare, tuttavia, che l'espressione «[...] *prestazione dovuta* [...]» potrebbe riferirsi alla prestazione affermata come dovuta dall'attore e, quindi, sia esemplificativa del requisito processuale dell'interesse ad agire, inteso come affermazione di sé quali titolari di un diritto bisognoso di tutela.

Sarebbe tale solo l'*exceptio inadimpleti*, poiché le altre eccezioni si fonderebbero proprio sull'estinzione del rapporto obbligatorio²¹⁰.

A voler seguire questa teoria, resterebbe da spiegare per quale ragione la norma si esprima al plurale, menzionando «[...] *le eccezioni* [...]» volte a evitare o ritardare la prestazione²¹¹.

²¹⁰ S. MAIORCA, *Il contratto. Profili della disciplina generale*, Torino, 1996, p. 329: «[...] Si ammette comunemente che limitazioni ulteriori, rispetto a quelle espressamente indicate dalla legge, riguardino tutte le eccezioni con cui si faccia valere la insussistenza dell'obbligo di prestazione. [...] Sembra, cioè, che la clausola possa avere efficacia solo quando il convenuto non sollevi questioni di esistenza o persistenza del credito, ma opponga eccezioni relative a questioni nascenti dalla esecuzione del contratto, e unicamente fondate su pretese inadempienze (o non esatte adempienze) della controparte che si avvale della clausola [...]».

²¹¹ Altra questione interpretativa è quella di comprendere per quale ragione la norma parli di eccezioni volte a evitare la prestazione e di eccezioni volte a ritardarla. Il rimedio di cui all'art. 1461 cod. civ., infatti, è certamente volto a ritardare l'esecuzione. Al riguardo, come ampiamente argomentato dalla dottrina, la sospensione nell'esecuzione è volta a tenere in vita il rapporto obbligatorio, sospendendolo. Vedi F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Roma, 2001. Secondo una impostazione tradizionale, anche l'*exceptio* sarebbe volta alla conservazione del sinallagma contrattuale, al fine di consentire la regolare esecuzione del rapporto contrattuale. Se così fosse, non si capirebbe perché la norma alluda ad eccezioni volte non a ritardare, bensì a impedire *tout court* l'esecuzione della prestazione dovuta. Secondo G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 353, tale espressione andrebbe spiegata con il fatto che nella dichiarazione di liceità del patto compiuta dal codice sarebbe da ricomprendersi la rinuncia alla risoluzione per inadempimento. In caso contrario, infatti, l'onere potrebbe vanificare la clausola asserendo, con una affermazione unilaterale a tale scopo preconstituita, che il beneficiario del *solve et repete* non abbia tenuto fede ai suoi impegni. In tal modo, l'onere potrebbe generare unilateralmente una «[...] apparenza della risoluzione del rapporto, che legittimi al non adempimento, finché l'autorità giudiziaria non abbia deciso sull'asserito inadempimento della controparte e sul conseguente potere di risoluzione [...]».

A ben vedere, tuttavia, una simile condotta sarebbe volta anch'essa a ritardare la prestazione dovuta, poiché l'accertamento del giudice potrebbe superare l'apparenza di risoluzione. Sembrerebbe più corretto, anche tenendo presente l'impostazione di Addis, considerare quale eccezione volta ad evitare la prestazione

Secondo la riferita corrente, tuttavia, l'uso del plurale deriverebbe del fatto che nel novero delle eccezioni differibili sarebbero da includere tanto la *exceptio inadimpleti contractus*, tanto la sospensione nell'esecuzione del contratto per mutamento nelle condizioni patrimoniali del contraente²¹².

Un ultimo argomento è utilizzato dai sostenitori della teoria appena esposta: se il patto limitativo della proponibilità

dovuta quella di cui all'art. 1460 cod. civ. L'Autore ha sostenuto che mentre l'istituto della sospensione, essendo un rimedio preventivo, non mira a smantellare il contratto, quanto, se mai, a rafforzarlo, favorendo la prestazione di garanzie, invece l'*exceptio ex art. 1460 cod. civ.* ha la funzione di rendere più efficaci e fruttuosi i rimedi accordati alla parte fedele, o *in bonis*, nel caso che sia inevitabile la rottura del rapporto di corrispettività teleologica esistente tra gli arricchimenti. In particolare rende maggiormente soddisfacente la risoluzione per inadempimento, la quale potrà avvenire, in tal modo certo, *re adhuc integra*. Sembrano del medesimo avviso anche R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in R. SACCO A. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1993, p. 640 ss.; E. MASSONE, *Mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, p. 47; A. MANNA, *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto d'appalto*, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 787.

²¹² Ancora G. G. AULETTA, *op. loc. cit.* Del medesimo parere anche A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849 e particolarmente nota 5. L'Autore rileva che l'istituto di cui all'art. 1460 cod. civ. è senz'altro qualificato come eccezione. La sospensione, d'altra parte, sarebbe «[...] certamente deducibile come «eccezione», quando il contraente, le cui condizioni patrimoniali sono peggiorate, reagisca alla sospensione dell'esecuzione dell'altrui prestazione (autorizzata dall'art. 1461 C. Civ.), con la domanda di adempimento [...]». Si deve osservare che anche altri Autori che hanno condiviso l'ipotesi di Auletta, hanno escluso che il *solve et repete* possa applicarsi al rimedio *ex art. 1461 cod. civ.* Tra questi si vedano E. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955, p. 217; L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 93. Secondo il punto di vista dell'Autrice, alla sicurezza del *solve et repete* per il beneficiario, si contrapporrebbe per l'onere il rischio che eccede l'incertezza naturale sottesa al patto, costituito dalla quasi certezza di un danno irreparabile. Nel senso della rinunciabilità dell'eccezione di sospensione v. C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1261, secondo la quale «[...] del fatto che l'applicazione incondizionata del *solve* possa comportare gravi squilibri o irreparabili danni si è dimostrato consapevole il legislatore, il quale ha inteso ovviare a questi inconvenienti introducendo l'ulteriore sbarramento del potere del giudice di sospendere la condanna, con la conseguenza che la gravità dei motivi degrada da elemento di discernimento sistematico ad oggetto di mero accertamento di fatto [...]».

di queste eccezioni fosse efficace, sarebbe illogica la collocazione sistematica della norma, inserita in materia di contratti a prestazioni corrispettive. Infatti, esse sono configurabili nei rapporti derivanti da qualunque tipo di contratto ²¹³.

Tracciati i profili ermeneutici essenziali della norma, conviene affrontare analiticamente le singole eccezioni a disposizione dei contraenti, per verificarne la compatibilità con il *solve et repete*.

²¹³ Ad eccezione di quella derivante dall'impossibilità sopravvenuta. V. G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 352. Sul problema dell'applicabilità del *solve* nel solo ambito dei contratti a prestazioni corrispettive, si rimanda all'ultimo paragrafo di questo capitolo.

2.2 Eccezioni differibili e indifferibili: limiti di efficacia del patto

2.2.1 I limiti testuali di efficacia del patto: azioni ed eccezioni di nullità, di annullamento, di rescissione

Il legislatore del 1942, nello strutturare il meccanismo del *solve et repete*, ha fatto proprie molte delle convinzioni della dottrina e della giurisprudenza formatesi nella vigenza del precedente codice.

Alle eccezioni già quasi unanimemente considerate insensibili al *solve*²¹⁴, quelle di nullità e annullamento, l'art. 1462 cod. civ. ha aggiunto l'azione di rescissione.

La dottrina contemporanea si è impegnata appassionatamente nella ricerca di un principio comune nelle fattispecie tipiche di esclusione di efficacia del *solve*, allo

²¹⁴ Come detto, era di diverso avviso F. CARNELUTTI, *op. loc. ult. cit.*, per ragioni afferenti alla sua particolare costruzione dell'istituto come volto a far costituire all'onere una cauzione. Per G. SCADUTO, *op. cit.*, p. 151 ss., invece, il patto comporterebbe per il debitore di non poter eccepire l'annullabilità, ma non sarebbe una rinuncia al diritto di domandare l'annullamento (o la risoluzione) per via di azione.

scopo di tracciare compiutamente il perimetro di operatività del meccanismo limitativo²¹⁵.

Il problema del fondamento unitario è stato impostato, tuttavia, in modo non del tutto soddisfacente, sicché i risultati non si sono rivelati appaganti.

Con minime variazioni, si è comunemente affermato che le eccezioni fondate su nullità, annullabilità e rescissione metterebbero «[...] *in discussione il fatto costitutivo del credito* [...]»²¹⁶, travolgendo con il contratto anche la clausola²¹⁷.

²¹⁵ Secondo D. POLETTI, *op. cit.*, p. 3, la ricerca dello sfuggente principio unitario sarebbe stata «[...] *ritenuta imprescindibile per poter individuare, in nome di una ravvisata identità di ratio, altre eccezioni sottratte al solve.*

²¹⁶ A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849. Sulla base di tali considerazioni, l'Autore afferma che, analogamente, non potranno essere paralizzate dal *solve* le eccezioni che «[...] *tocchino il fatto costitutivo del credito* [...]» e «[...] *la sua sopravvivenza per cause distruttive diverse dal gioco del sinallagma funzionale* [...]». Poiché, allora, il patto limitativo di eccezioni non ha alcuna efficacia nelle ipotesi di controversia circa la esistenza e persistenza del credito, il *solve* dovrebbe operare solo «[...] *con riguardo ad eccezioni tratte dal comportamento (che ab adverso si assuma di inadempimento) dell'altro contraente: cioè l'attore, che invoca la clausola* [...]». Confermerebbe questa ricostruzione la ricorrente affermazione della giurisprudenza che «[...] *la clausola limitativa prevista dall'art. 1462 C. Civ. è destinata ad operare solo sul terreno dell'inadempimento* [...]». Cfr. Cass. 14 luglio 193. Secondo l'insegnamento di E. BETTI, voce «*Autotutela (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 354, «[...] *le eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto* [...] *mettono in forse la stessa sussistenza del rapporto* [...]». Per C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 588 «[...] *l'esclusione testuale, da parte del legislatore, delle predette eccezioni trova spiegazione nel loro stesso contenuto, che mette in discussione il fatto costitutivo del credito. Per di più, esse travolgono, con l'intero contratto, anche la clausola* [...]».

²¹⁷ Questa argomentazione pare ricollegare l'inefficacia del patto agli effetti che potrebbero derivare sul contratto dall'accoglimento delle eccezioni testualmente escluse dall'art. 1462 cod. civ. L'osservazione è condivisa sia da L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 90, nota n. 1, sia da C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1258. Quest'ultima osserva che se questo fosse il fondamento comune delle tre eccezioni, anche la domanda riconvenzionale volta alla pronuncia costitutiva di risoluzione per

Questa impostazione è seguita da quasi tutti gli Autori che si sono occupati del *solve et repete* civilistico e, in effetti, trova sostegno nella Relazione al Codice, secondo cui il patto limitativo della proponibilità di eccezioni «[...] *non può esplicare validamente la sua funzione prescindendo dalla valida esistenza del contratto che la contiene* [...]»²¹⁸.

Ancora, che l'esclusione nella limitazione delle eccezioni sarebbe prevista per la gravità dei fatti posti a loro fondamento²¹⁹.

Queste opinioni non sono del tutto convincenti.

pregresso e assorbente inadempimento dell'attore beneficiario del patto condurrebbe allo scioglimento del vincolo contrattuale, non diversamente dalla rescissione. Eppure essa non è inclusa nel novero delle eccezioni insensibili al *solve*. A meno da non reputare che essa non sia stata menzionata perché la domanda riconvenzionale, in quanto assimilabile all'azione, sarebbe da considerarsi comunque esclusa dall'ambito di efficacia del patto di cui all'art. 1462 cod. civ. Questa opinione, come si è visto nel paragrafo precedente, non ha trovato seguaci.

²¹⁸ V. Relazione al Codice civile, n. 662. Tuttavia, anche chi, come F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, p. 419, nota n. 47, ha reputato condivisibile la Relazione al Codice, ha espresso qualche dubbio sulla rescissione. In senso critico, rispetto alla generalizzazione della Relazione, E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 863 s., nota n. 5. Osserva l'Enrietti che «[...] *tale giustificazione non convince affatto quando la si riferisca all'inopponibilità della eccezione di rescissione del contratto, perché un contratto rescindibile non è né nullo, né annullabile* [...]».

²¹⁹ L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 90, nota n. 2. C. LUCCHI, *op. loc. cit.*. *Contra* C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1258, che reputa che il concetto di gravità sia utilizzato in senso poco tecnico. A dire dell'Autrice, infatti, non solo sul piano degli effetti la risoluzione per inadempimento può avere conseguenze oggettivamente più gravi, ad esempio, della rescissione. Ma anche a voler spostare l'attenzione dal piano degli effetti alla gravità dei fatti presupposti dall'eccezione, vi sono rimedi che traggono fondamento da situazioni di eccezionale gravità, quali la sospensione per mutamento delle condizioni patrimoniali del contraente, che pure, per quasi unanime orientamento, non impedirebbero che il rimedio possa essere paralizzato dal *solve*.

Intanto, non è del tutto vero che la nullità del contratto travolga anche la clausola²²⁰.

Inoltre, è stato osservato che la rescissione, diversamente da nullità e annullabilità, non riguarda tanto il contratto, bensì coinvolge il rapporto²²¹.

La giurisprudenza, poi, si è accontentata di dare una imbiancata all'indirizzo formatosi sotto il codice previgente, affermando che la «[...] stessa esigenza funzionale del vincolo contrattuale, la quale postula l'esistenza ed efficacia del medesimo [...]» impedirebbe che «[...] le eccezioni fondate su nullità, annullabilità e rescissione del negozio concluso [...]» possano essere paralizzate dal *solve*.

Tuttavia, si vede subito che questa argomentazione è più persuasiva per nullità e annullabilità che per la rescissione²²².

²²⁰ Come si è già visto in precedenza. Nella dottrina recente, vedi D. POLETTI, *op. loc. cit.*. È pur vero, peraltro, che le impugnative dirette a far valere i motivi di annullabilità sono eccezioni in senso sostanziale e, come tali, rinunciabili, ma la rinuncia non potrebbe essere preventiva, quasi fosse una sanatoria implicita, e per lo più contenuta nel medesimo negozio affetto dal vizio. Così P. GRECO, *op. cit.*, p. 147 s., e A. SENIN, *op. cit.*, p. 50 s..

²²¹ Ancora D. POLETTI, *op. loc. cit.*.

²²² Infatti, nel negozio soggetto a rescissione, il vizio non è contenuto nel genoma contrattuale, ossia non riguarda l'accordo nella formazione o estrinsecazione della volontà, secondo i procedimenti e nei limiti stabiliti dalla legge. Pertanto, non è in discussione la validità ed efficacia del contratto. Il vizio del contratto rescindibile, che pure viene comunemente definito genetico, riguarda in sinallagma e, dunque, investe il profilo della relazione tra le obbligazioni.

All'interprete, tuttavia, non dovrebbe sfuggire il percorso genetico della norma.

Come si è detto²²³, già prima della codificazione del 1942 il *solve et repete* era costantemente applicato nella prassi contrattuale e riconosciuto valido da una costante giurisprudenza.

Era convinzione pressoché unanime tanto tra i giudici che tra quanti in dottrina sostenevano la validità del patto, che esso non potesse comunque operare nel caso di eccezioni di nullità o annullabilità del contratto cui inerisse.

Erano varie, a questo riguardo, le opinioni, che per lo più coincidono con quelle suggerite dalla dottrina recente.

V'era chi riteneva che la nullità del contratto travolgesse anche la clausola²²⁴.

Per altri, la ragione dell'inefficacia del *solve* si doveva individuare nel fatto che la validità del contratto fosse il presupposto originario di qualsiasi azione di condanna²²⁵.

²²³ Nel paragrafo 1.1, al quale si rinvia anche per la bibliografia di riferimento.

²²⁴ L'orientamento risale a A. SENIN, *op. cit.*, p. 26 ss. ed è tuttora seguito. Si replicava, tuttavia, che ciò si sarebbe verificato solo nel caso che il *solve* fosse stato trasfuso in una clausola del contratto, ma il patto avrebbe potuto essere stipulato *a latere*. Vedi E. T. LIEBMAN, *Contro il patto etc., cit.*, p. 244 s..

Invalido il contratto, la mancanza del presupposto dell'azione avrebbe potuto essere rilevata anche d'ufficio e, dunque, non vi sarebbe stato potere di disposizione delle parti su cui fondare la dilazione nella proponibilità della relativa eccezione²²⁶.

Sembra piuttosto evidente che nullità e annullabilità abbiano una stretta parentela, costituendo entrambe patologie contrattuali che attengono alla validità dell'accordo²²⁷.

²²⁵ Così P. GRECO, *op. cit.*, p. 142 ss.. Nello stesso senso anche E. ALLORIO, *op. ult. cit.*, p. 325 ss..

²²⁶ Si era anche osservato, però, che queste argomentazioni erano persuasive solo se riferite all'eccezione di nullità del contratto. Infatti, nel caso di annullabilità, fino all'esercizio dell'azione di annullamento, il contratto, pur essendo invalido, è esistente e produce ugualmente i propri effetti. L'opinione è stata efficacemente espressa da G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 339. L'Autore aggiunge che, in ogni caso, l'eccezione di annullamento è disciplinata con norma inderogabile e potrebbe restare preclusa da una rinuncia definitiva, che rivesta il carattere della conferma, non da una anticipata «[...] *rinuncia temporanea* [...]», quale produrrebbe il *solve*. Cfr. anche C. LUCCHI, *op. loc. cit.*

²²⁷ In effetti, per V. VERDICCHIO, *Forme volontarie e accordo contrattuale*, Napoli, 2002, p. 132 ss., l'inefficacia del *solve* nell'ipotesi di annullabilità dimostrerebbe che l'interesse tutelato, nei vizi del consenso, avrebbe anche natura pubblica. La riflessione dell'Autore, come suggerito dal titolo della sua monografia, è concentrata sui problemi delle forme volontarie. Al riguardo, Verdicchio ha affermato che l'art. 1462 cod. civ. potrebbe porsi in contrasto con il potere delle parti di revocare il patto sulla forma prima della conclusione del contratto. Infatti, poiché il *solve* sarebbe indice di una non rinunciabilità anticipata dell'eccezione di annullabilità, allora le parti non potrebbero nemmeno revocare il patto di forma. Sul tema, per G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 241 ss., la preventiva irrinunciabilità, nel caso dell'annullabilità, starebbe più semplicemente a dimostrare che la valutazione sulla convenienza del mantenimento dell'assetto di interessi, posto con il contratto, potrebbe essere effettuata dal privato, in concreto, solo nel momento in cui abbia conoscenza della specifica causa di annullabilità. «[...] Questo, tuttavia, non significa che l'interesse tutelato dalla causa di annullabilità sia di natura pubblica. Ovviamente, la tutela fornita dall'annullabilità risponde anche ad un interesse pubblico ma ciò va inteso solo nel senso che, come è stato osservato, “ tutte le norme giuridiche, per definizione,

E sono intuitive le ragioni per le quali all'ordinamento ripugni immaginare che eccezioni volte alla contestazione della validità del contratto possano essere paralizzate dall'imperativo *solve*, a vantaggio del contraente che, a questo punto, senza alcun titolo ne pretende l'esecuzione, se pure provvisoriamente²²⁸.

Peraltro, come si sa, gli elementi delle fattispecie di nullità e annullabilità sono tali che difficilmente se ne può immaginare la sussistenza, senza che essa sia o possa essere nota al soggetto beneficiario del patto.

Quindi, in un certo senso, la pretesa esecuzione di un contratto nullo o annullabile, da parte del beneficiario e in danno dell'onerato, sarebbe comunque contraria a buona fede.

tendono ad attuare un interesse pubblico " (P. Trimarchi, *Appunti sull'invalidità, cit.*, p. 201 [...]». Inoltre, l'art. 1462 cod. civ. non si porrebbe in contrasto con il potere delle parti di revocare il patto sulla forma prima della conclusione del contratto, poiché in tal modo non si agirebbe sul potere di far valere la causa di annullabilità, sulla stessa possibile causa di annullabilità.

Con specifico riferimento ai problemi del *solve*, avevano forse già fornito risposta esauriente, negli Anni '30, T. ASCARELLI, *op. loc. ult. cit.*, e P. GRECO, *op. cit.*, p. 146. Il primo aveva ricordato che una rinuncia preventiva all'azione (o all'eccezione) di annullamento sarebbe stata in contrasto con l'ordine pubblico. Il secondo, d'altra parte, aveva affermato che, nell'ipotesi di *solve* relativo ai rimedi per l'annullabilità, «[...] È chiaro che in tal caso è la stessa rinuncia che sarebbe affetta da vizio. È come se dicesse che il vizio, nell'atto stesso di porsi, rinneghi se stesso [...]».

²²⁸ Cfr. C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1258.

Queste riflessioni, davvero agevoli e largamente condivise dalla dottrina, si sono complicate con l'aggiunta dell'eccezione di rescissione tra le difese giudiziali insensibili al *solve*.

Ed è, così, diventato assai arduo trovare quel fondamento comune cui il movimento naturale della ragione tende.

Eppure, proprio l'allargamento del fronte di resistenza al *solve* dovrebbe essere l'indizio in grado di svelare la portata della norma.

Ci si deve chiedere, infatti, cosa abbia spinto il legislatore a prevedere l'intangibilità dell'eccezione di rescissione.

Era, infatti, ovvio e inevitabile che le eccezioni di nullità e annullamento determinassero l'inefficacia del *solve*, ma ci si deve chiedere perché essa dovrebbe prodursi anche con la rescissione.

Non è, dunque, tanto importante individuare il fondamento comune tra rescissione, nullità e annullabilità, bensì cosa differenzi la nuova eccezione indifferibile da quelle già note²²⁹.

²²⁹ Secondo le osservazioni di carattere storico formulate da F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto cit.*, p. 463, la figura giuridica della rescissione sarebbe

Al riguardo, intanto, si dovrebbe ammettere, come pure fa parte della dottrina, che la norma compia un'assimilazione tra istituti profondamente differenti²³⁰.

E allora, l'interprete dovrebbe interrogarsi su quale sia l'obiettivo perseguito dalla legge nel prevedere che il contraente onerato, in un contratto concluso in stato di pericolo o con grave sproporzione tra le prestazioni, dovuta al suo stato di bisogno, possa sempre eccepirne la rescindibilità.

Trovate le risposte a queste domande, si potranno svelare quali siano i limiti del *solve* dal lato della validità del negozio cui inerisce e quali i confini dal lato della tutela della relazione tra gli interessi avuti di mira dalle parti.

L'analisi non può che partire dalle eccezioni di nullità e annullabilità.

originaria del diritto consuetudinario francese, ove le azioni di rescissione non si differenziavano dalle azioni di annullamento per il fondamento sostanziale, ma per la fonte giuridica. Queste erano fondate sulle fonti del diritto romano, le altre erano fondate sulle *léttres de rescission* del sovrano. Con la caduta della monarchia, sul finire del Settecento, sarebbero state unificati entrambi i rimedi, con l'implicita affermazione che la rescindibilità fosse una sottospecie di invalidità.

²³⁰ Così L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 90, nota n. 2: «[...] *La nullità non travolge un bel niente, ma vale soltanto a mettere in evidenza l'originaria inesistenza giuridica dell'atto. [...] L'azione di annullamento travolge sì il contratto (e la clausola), non quella di rescissione che, pur dipendendo da un vizio genetico della causa, tocca il rapporto non il contratto [...]*».

Ora, escludendo l'operatività del *solve* nel caso di eccezioni fondate su difetti genetici dell'accordo, pare riaffermato il principio causalistico.

Se, infatti, per ottenere l'adempimento, fosse possibile prescindere dalla validità dell'accordo, la pretesa non troverebbe più giustificazione nel contratto, bensì in una mera promessa²³¹.

Ben diverso è il fondamento dell'eccezione (o dell'azione) di rescissione.

Con tale istituto, infatti, emerge l'intenzione del legislatore di tracciare un confine oltre il quale l'interdipendenza funzionale tra le prestazioni, quanto meno sotto il profilo

²³¹ La riflessione era già stata formulata da T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, c. 293 e condivisa anche, tra gli altri, da P. GRECO, *op. cit.*, p. 152ss., e M. LA TORRE, *op. cit.*, p. 499. Per A. SENIN, *op. cit.*, p. 44 s.: «[...] *imporre l'obbligo del pagamento del prezzo indipendentemente da ogni discussione sulla validità del contratto, e proprio quando la sussistenza del contratto viene contestata, sarebbe togliere al pagamento del prezzo il fondamento causale, astrarlo al grado di pura promessa di per sé obbligatoria in quanto appresa dall'altra parte [...]*». Peraltro, anche ammessa la validità di un'obbligazione astratta, non si saprebbe quale giustificazione fornire all'azione di ripetizione. Questa conclusione è tratta da F. FERRARA SENIOR, *Sul concetto dei negozi astratti e sul loro riconoscimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 281.

Di recente l'opinione è stata riproposta da C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 588. L'Autore, pur non addentrandosi nella descrizione del controverso principio causalistico, vi riconosce comunque il connotato dell'autonomia privata, presidiato nell'art. 1462 cod. civ.

genetico, non può subire contrazioni²³², pena la scomparsa del rapporto obbligatorio²³³.

Con la proposizione dell'eccezione di rescissione si afferma la «[...] mancanza dei presupposti essenziali al *sinallagma funzionale* [...]»²³⁴.

²³² Secondo C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 589, l'eccezione di rescissione «[...] si richiama ad un vizio genetico del *sinallagma* e quindi contesta la stessa «isolabilità» della promessa [...]». Infatti, nel caso di rescissione, per il modo in cui il contratto è stato concluso (stato di pericolo) o per la sproporzione *ultra dimidium* dovuta allo stato di bisogno di cui una parte abbia approfittato per trarne vantaggio, viene meno il rapporto di corrispettività o di collegamento teleologico tra gli arricchimenti.

Che le norme sull'azione di rescissione siano dettate per fare fronte a situazioni di squilibrio causale, i cui risultati oggettivi rilevano in dipendenza di valutazioni soggettive, è insegnamento risalente al pensiero di F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1959, p. 181 ss..

Sul terreno del *solve*, I. BOLOGNA, *Lineamenti sistematici della clausola «solve et repete»*, in *Giur. com. cass. civ.*, 1949, II, p. 48, ha sostenuto che: «[...] *In effetti, qui, si ha un contratto che, nato in condizioni assolutamente dispari (psicologicamente ovvero economicamente) finisce col produrre squilibrio sostanziale nelle prestazioni. Quello che può apparire un contratto sinallagmatico in sostanza non lo è o perché la controprestazione non sarebbe stata voluta [...] o perché ad essa non ci si sarebbe obbligati dalla la disparità economica tra le opposte prestazioni [...]*».

²³³ Difatti, nel caso di rescissione di un contratto concluso in stato di pericolo, il Giudice, per la prestazione già eseguita dalla controparte, «[...] può [...] assegnare un equo compenso [...] per l'opera prestata [...]». Come si vede, l'equo compenso non è una controprestazione, bensì una prestazione isolata, solo occasionalmente e accidentalmente («[...] secondo le circostanze [...]») collegata alla prestazione della controparte. E nel contratto rescindibile per lesione, solo la riduzione ad equità, ricostituendo il *sinallagma*, può impedire che il vincolo negoziale venga meno. Peraltro, pare assai significativo che mentre il vizio genetico che dà luogo all'annullabilità può consentire la convalida, secondo le consuete regole dettate dall'art. 1451 cod. civ., una simile possibilità non è consentita nel caso della rescissione.

²³⁴ C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1258. E poiché il *solve* è destinato a operare sul terreno dell'adempimento, la contestazione del rapporto *sinallagmatico* tra le prestazioni non potrebbe che sottrarsi a qualsiasi dilazione. Con questo, peraltro, si può comprendere la scelta del legislatore di escludere l'efficacia del patto solo di fronte all'eccezione di rescissione e non a quella di risoluzione. La prima, infatti, incide sulla determinazione degli effetti del contratto; la seconda, invece, sulla loro attuazione. Sul piano della qualificazione tecnico-giuridica delle fattispecie e del *modus operandi* dei due rimedi, infatti, non si rinverrebbero elementi idonei a

È appena il caso di rilevare, poi, che i profili di rescissione non possono che essere affrontati, tra le parti, prima dell'esecuzione, dopo la quale non potrebbe nemmeno avere luogo la *reductio ad equitatem*^{235 236}.

Si possono, a questo punto, trarre alcune conclusioni dai ragionamenti appena svolti.

Intanto, con ogni probabilità, non è possibile rintracciare un fondamento comune nelle tre eccezioni testualmente insensibili al *solve*.

spiegare, altrimenti, perché l'uno escluda l'efficacia del *solve* e l'altro vi sia sottoposto. Cfr. per l'analisi degli istituti, R. SACCO, *Le invalidità, Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, X, 2, Torino, 1982, p. 489 ss. e 509 ss..

²³⁵ Vedi, a questo riguardo, l'opinione sintetizzata da C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1258, ed espressa dal Supremo Collegio nella sentenza più volte citata del 5 ottobre 1976, n. 3272, secondo la quale sarebbe contraddittorio consentire l'operatività dell'imperativo *solve*, e dunque produrre spingere l'onere all'adempimento, quando è ancora aperta una questione di determinazione degli effetti del contratto. Cfr. la nota di A. LENER, *Condizioni generali di contratto, clausola solve et repete e tutela della prevaricazione*, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2626. Nello stesso senso C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 589.

²³⁶ Una spiegazione alternativa di grande persuasività è quella fornita da E. ENRIETTI, *op. loc. ult. cit.*. L'Autore, intanto, osserva che non sia condivisibile l'opinione espressa nella Relazione al Codice, e comunemente accolta dalla dottrina. Sul punto, v. retro nota n. 75. Aggiunge, poi, che la ragione della permanente opponibilità dell'eccezione di rescissione andrebbe ricercata «[...] nello speciale carattere che hanno in sé le cause della rescindibilità del contratti [...]», ossia il pericolo attuale di danno grave per un contraente, lo stato di bisogno in cui si trovi e il correlativo sfruttamento di tale situazione da parte dell'altro contraente. Tali cause «[...] implicano sempre la mala fede di colui che di tale stato di cose ha approfittato per trarne egoistico vantaggio [...]».

Era quasi universalmente condiviso, già prima della tipizzazione del patto, che esso non potesse riguardare nullità e annullabilità.

L'aggiunta dell'eccezione di rescissione consente di estendere le riflessioni sull'inefficacia del *solve* al rapporto, nel suo momento obbligatorio.

Così, da una parte, la persistente opponibilità delle eccezioni di nullità e annullabilità consente di affermare la rilevanza diretta e genetica della causa, intesa come elemento costitutivo del negozio.

D'altra parte, l'opponibilità delle eccezioni di rescissione, e dunque solo in questo caso espressamente disciplinato dal codice, permette di considerare irrinunciabile un singolo profilo indiretto della causa.

Un profilo nel quale, in altre parole, la causa ha già esaurito la sua funzione genetica di controllo di meritevolezza del contratto, ma può ancora fungere da strumento di controllo della ragionevolezza della relazione tra le obbligazioni.

Qui è preservata la causa nella sua funzione di controllo del rapporto, lì, invece, nella sua valenza di meccanismo di verifica dell'accordo.

Vere queste conclusioni, supportate dagli sforzi ricostruttivi di parte della dottrina e non contraddette dall'indirizzo pratico della giurisprudenza, si entra nel regno delle pure ipotesi.

Il *solve et repete*, nei suoi limiti di efficacia, sanciti espressamente dal legislatore, potrebbe essere considerato un avamposto a difesa della funzione causale del contratto. Potrebbe assurgere, cioè, a linea di confine entro la quale la causa ancora può dispiegare le funzioni cui è preposta nel sistema.

Al di là di tale limite, il collegamento tra la causa e il negozio cui inerisce sarebbe talmente flebile, da impedirne l'efficacia.

Allora, l'ordinamento avrebbe dotato l'interprete di un metro di paragone, in relazione al quale valutare l'efficacia di

quei negozi atipici che, con varietà di meccanismi operativi, implicino una progressiva astrazione dalla propria causa.

Ove, infatti, l'affievolimento della causa del contratto atipico superasse quel limite consentito con l'apposizione di una clausola «*solve et repete*» a un contratto sinallagmatico tipico, allora il negozio sarebbe destinato alla dichiarazione di nullità per difetto di causa.

Queste ipotesi, naturalmente, andranno verificate in via sperimentale, in aderenza al principio scientifico, solo dopo aver completato il quadro descrittivo del funzionamento e dei limiti del *solve et repete*.

2.2.2 Eccezioni estintive dell'obbligazione: pagamento, novazione, remissione, compensazione, confusione, impossibilità, prescrizione, giudicato, transazione

L'analisi ermeneutica dell'art. 1462 cod. civ., compiuta nel primo paragrafo di questo capitolo, ha consentito di porre in evidenza una delle principali questioni interpretative sollevate dalla formulazione della norma: l'uso del plurale "eccezioni", per delimitare l'ambito di efficacia del patto.

L'espressione potrebbe ispirare l'interprete verso una grande ampiezza di confini della norma, oltre i quali si trovano solo le eccezioni di nullità, annullamento e rescissione, unici limiti di efficacia che il legislatore avrebbe inteso fissare²³⁷.

Pur se come ipotesi di lavoro e in via fortemente dubitativa e critica, l'eventualità è stata effettivamente adombrata dalla dottrina, sostenendo che il termine "eccezioni" avrebbe potuto essere assunto «[...] *in senso così lato da poter comprendere sia la difesa, con cui il convenuto*

²³⁷ Sul carattere non tassativo dell'elencazione dell'art. 1462 cod. civ., vedi in particolare E. LECCESE, *op. cit.*, p. 80. Nello stesso senso, e contro l'utilizzo di argomentazioni *a contrario*, E. DE LONGHI, *Intorno al patto del solve et repete nei contratti*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, II, p. 91.

*assuma di non dovere la prestazione, perché quella a carico della controparte è perita per caso fortuito, sia quella, con cui si assume che l'obbligazione è estinta per un fatto diverso dall'adempimento [...]»*²³⁸.

Eppure, un certo senso di fastidio assale l'interprete, al pensiero della paralisi che potrebbero subire eccezioni fondate sull'estinzione dell'obbligazione dedotta in contratto, per l'intervenuto pagamento o per altro fatto equiparato dall'ordinamento²³⁹.

Queste eccezioni, infatti, sembrano condividere un fondamento comune con l'eccezione di nullità: l'inesistenza del fondamento dell'azione di adempimento eventualmente esercitata dalla parte beneficiaria del *solve*.

²³⁸ G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 350 ss..

²³⁹ Infatti, i fatti estintivi delle obbligazioni sono equiparati all'adempimento dalla stessa sistematica del Codice civile. Se l'adempimento priva di efficacia il *solve*, il medesimo esito dovrebbero avere anche le eccezioni di estinzione. In questo senso A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849. Per la verità, in relazione al *solve*, l'adempimento non priva di efficacia il patto, bensì ne realizza lo scopo e, dunque, scioglie i vincoli alla proponibilità di eccezioni ovvero alla ripetizione *tout court*. Cfr. C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 589; lo stesso A. DALMARTELLO, *cit.*, p. 848, il quale utilizza un argomento apogogico fondato sulla immeritevolezza di un accordo che generi una infinita catena di condanne, fondate sul medesimo contratto. Invece, i fatti estintivi del rapporto obbligatorio, che fondano le eccezioni in discorso, impediscono che il *solve* possa dispiegare il proprio effetto limitativo della proponibilità, perché rendono la prestazione assistita dal *solve* non più dovuta.

Comune il fondamento logico, comune dovrebbe essere, allora, la sorte di inefficacia cui è destinato il patto²⁴⁰.

Un sostegno testuale a questa interpretazione estensiva potrebbe essere rinvenuto nell'espressione «[...] *prestazione dovuta* [...]»²⁴¹, contenuta nella norma.

Sarebbe “dovuta”, infatti, la prestazione derivante da un titolo idoneo – dunque da un contratto valido – e ricollegata a un rapporto obbligatorio attuale²⁴².

L'estinzione del rapporto obbligatorio, allora, non potrebbe che legittimare la parte onerata dal patto alla proposizione delle relative eccezioni²⁴³.

²⁴⁰ Inoltre, secondo G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 352, se il patto limitativo della proponibilità di queste eccezioni fosse efficace, sarebbe illogica la collocazione sistematica della norma, inserita in materia di contratti a prestazioni corrispettive. Infatti, esse sono configurabili nei rapporti derivanti da qualunque tipo di contratto, ad eccezione dell'eccezione per impossibilità sopravvenuta. Questa argomentazione non convince fino in fondo, soprattutto perché è assai dubbio che il *solve* sia applicabile ai soli contratti a prestazioni corrispettive. Il tema verrà affrontato nell'ultimo paragrafo di questo capitolo.

²⁴¹ Cfr., tra gli altri, E. ENRIETTI, *cit.*, p. 863: «[...] *lo stesso art. 1462 parla di [...] prestazione dovuta: è evidente che in tutti i casi in cui l'obbligazione del soggetto passivo del s. et rep. è già estinta. Si è fuori dell'applicabilità della clausola, perché in detti casi la prestazione ... non è più dovuta* [...]».

²⁴² Secondo E. ENRIETTI, *op. loc. cit.*, «[...] è evidente che, se il convenuto non potesse, in forza del *solve et repete*, opporre dette eccezioni, ciò equivarrebbe a togliere al contratto sinallagmatico la sua caratteristica insopprimibile, la quale è data appunto dal rapporto di corrispettività teleologica tra gli arricchimenti [...] tale possibilità non rientra in quella autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 [...]». Come si vede, tuttavia, questa opinione presuppone che il *solve et repete* abbia diritto d'asilo nei soli contratti a prestazioni corrispettive. Prospettiva, questa, che come si vedrà è assai dubbia.

²⁴³ Si è già segnalato che diventa indispensabile, per poter seguire questa impostazione, spiegare per quale ragione la norma si esprima al plurale,

Secondo la prevalente dottrina, tuttavia, rimangono insensibili al *solve* solo le eccezioni conseguenti a fatti estintivi estranei al «[...] *gioco del sinallagma funzionale* [...]»²⁴⁴.

In caso contrario, resterebbe tradita la funzione del patto, giudicata meritevole dall'ordinamento, che è quella di impedire il ritardo della prestazione con eccezioni dipendenti dal comportamento del debitore onerato²⁴⁵.

Dunque, pur con qualche disparità di vedute²⁴⁶, si reputa comunemente che siano insensibili al patto di *solve et repete* le eccezioni di pagamento²⁴⁷, novazione, remissione,

menzionando «[...] *le eccezioni* [...]» volte a evitare o ritardare la prestazione. Secondo molti, il motivo sarebbe che, nel novero delle eccezioni differibili, sarebbero da includere tanto la *exceptio inadimpleti contractus*, quanto la sospensione nell'esecuzione del contratto per mutamento nelle condizioni patrimoniali del contraente. Vedi, tra gli altri, G. G. AULETTA, *op. loc. cit.*; A. DALMARTELLO, *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *op. cit.*, p. 849 e particolarmente nota 5. Tuttavia, sono numerosi gli Autori che, pur convinti della indifferibilità delle eccezioni estintive, hanno escluso l'estensibilità del *solve* alla sospensione dell'esecuzione. Tra questi E. PERSICO, *cit.*, p. 217; L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 93.

²⁴⁴ A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849.

²⁴⁵ Concordi sul punto anche L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 90 s.; C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1259.

²⁴⁶ Vedi oltre nota n. 248.

²⁴⁷ La giurisprudenza, sul punto, è particolarmente costante nell'affermare che «[...] *il preventivo adempimento non è qualificabile come presupposto processuale e l'eccezione o la domanda riconvenzionale potenzialmente colpite dall'operare della clausola possono essere esaminate quanto, sia pure nel corso del giudizio, sia avvenuto il soddisfacimento del diritto* [...]». Così Cass. 14 dicembre 1994, n. 10697, in *Mass. giur. it.*, 1994. Tra le ultime, cfr. anche Cass. 27 febbraio 1995, n. 2227, in *Corr. giur.*, 1995, 7, p. 835, con nota di A. FRAGINI, *In tema di efficacia della clausola «solve et repete»*, *ivi*, e Cass. 26 gennaio 1994, n. 759, in *Mass. giur. it.*, 1994.

compensazione²⁴⁸, confusione, impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore^{249 250}.

²⁴⁸ P. GRECO, *op. cit.*, p. 149, già sotto la vigenza del Codice del 1865 reputava che tale eccezione fosse sempre esercitabile. Infatti, di fronte a una compensazione, l'efficacia del *solve* sarebbe stata antitetica «[...] con l'essenza del contratto bilaterale e col vincolo sinallagmatico delle obbligazioni che ne discendono, la cui funzione non è di elidersi reciprocamente, ma per contro di attuarsi in correlazione l'una all'altra [...]». Si era obiettato, tuttavia, che il fatto del debitore, che trattenesse la cosa oggetto di prestazione a titolo di compensazione, sarebbe stato una ritenzione, facoltà certamente sottoposta all'effetto paralizzante del *solve*. A. SENIN, *op. cit.*, p. 40, sul tema ha replicato che, in questa ipotesi, la ritenzione sarebbe solo un fatto materiale che deriverebbe dalla definitiva estinzione dell'obbligo di consegna della cosa, a sua volta conseguente all'elisione reciproca e *ipso iure* dei due crediti. Il controcredito che provoca la compensazione non riguarderebbe il rapporto sinallagmatico e, dunque, il *solve* non sarebbe nemmeno operante.

Proprio questa argomentazione consente, tuttavia, di immaginare che il *solve* possa paralizzare l'eccezione di compensazione tra il credito del beneficiario e il presunto credito dell'onerato, che nasca dall'inadempimento del contratto e, dunque, abbia natura di risarcimento del danno.

La domanda riconvenzionale per il risarcimento del danno da inadempimento, infatti, sarebbe preclusa dalla paralisi dell'eccezione di inadempimento, che sola la potrebbe legittimare, per lo meno fin tanto che, anche in corso di giudizio, l'onerato non adempia la prestazione. Cfr. ancora A. SENIN, *op. cit.*, p. 41 s..

Per la compensazione dell'obbligazione accessoria, che avrebbe natura bilaterale, ma non sinallagmatica, e dell'obbligazione risarcitoria, come trasformazione dell'obbligazione originaria, v. L. TARTUFARI, *L'exceptio inadimpleti contractus e l'azione di danni per causa dell'eccezione inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, p. 306.

²⁴⁹ Si è osservato, in particolare, che l'impossibilità rilevante è quella riguardante la prestazione del debitore onerato del *solve*. Difatti, l'impossibilità della prestazione del creditore beneficiario, rendendo impossibile l'azione di ripetizione, renderebbe inoperativo il meccanismo, poiché farebbe venir meno «[...] lo stesso interesse ad una pronuncia di condanna con riserva [...]». Così A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849, nota n. 1. Cfr. anche C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1260 e C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 589.

²⁵⁰ A mio avviso, malgrado la generale improcedibilità delle azioni per il soggetto onerato (v. il paragrafo successivo), questi permarrà nella facoltà di far accertare l'intervenuta estinzione del rapporto obbligatorio, con tutte le conseguenze che ne derivano sul contratto (ad esempio, per la risoluzione *ex art.* 1463 cod. civ.). Militano in questo senso non solo le riflessioni circa l'ambito di operatività del *solve* ai rapporti obbligatori esistenti («[...] prestazione dovuta [...]»), ma anche la considerazione che nullità, annullabilità e rescissione, sebbene indicate nella norma *more exceptionis*, ben potrebbero essere utilizzate in via di azione. Poiché le eccezioni in discorso condividono un fondamento comune con le eccezioni di nullità e annullamento, le vicende estintive, che ne costituiscono il fondamento, dovrebbero poter legittimare anche le azioni di accertamento e/o di risoluzione.

Del pari, è opinione diffusa che provochino l'inefficacia del patto anche la prescrizione, il giudicato e la transazione, che dunque resteranno sempre opponibili al creditore beneficiario²⁵¹.

Sul tema, taluno ha sostenuto che le eccezioni fondate su tali fatti sarebbero proponibili in relazione a qualsiasi obbligazione e non solo a quelle derivanti da contratto a prestazioni corrispettive.

Conseguentemente, tali eccezioni non potrebbero comunque essere oggetto del *solve*²⁵².

A questa argomentazione viene replicato che la disposizione citata, malgrado la sua collocazione sistematica

²⁵¹ L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 90, nota n. 5 e pag. 2, nota n. 3, ha rilevato che si dovrebbe tenere conto del *modus operandi* dei due istituti. Infatti, prescrizione e compensazione non opererebbero di diritto, bensì solo a seguito dell'esercizio del diritto potestativo all'estinzione. Allora, il *solve* manterrebbe la propria efficacia fino all'esercizio del diritto potestativo volto a ottenere l'emissione di una sentenza costitutiva di estinzione del credito. Per la verità, è opinione isolata che tali fatti estintivi non operino *ipso iure*. *Contra* v. C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1260, secondo la quale non sarebbe utile distinguere tra fattispecie estintive del debito che abbiano già prodotto i loro effetti al momento della domanda dell'attore, e rispetto alle quali la sentenza del giudice ha natura dichiarativa, e fattispecie estintive che possono produrre tali effetti solo a seguito di una sentenza costitutiva dotata di efficacia retroattiva. Infatti, «[...] anche nelle altre ipotesi prospettate di estinzione del debito, come del resto nei casi di nullità, annullabilità e rescissione, è la ragione, che sta alla base dell'exceptio, a qualificarne la rilevanza ai fini dell'inoperatività della clausola, non già la natura la natura della sentenza che stabilisca la sussistenza della fattispecie excepta (sentenza che nell'ipotesi di rescissione notoriamente non è dichiarativa) [...]».

²⁵² L'opinione è espressa da A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*, e condivisa anche da C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1259.

in ambito sinallagmatico, ben può riferirsi anche a eccezioni non sinallagmatiche, come, del resto, non sono sinallagmatici i rimedi della nullità o dell'annullamento²⁵³.

E con queste ultime, le eccezioni in discorso condividerebbero il meccanismo di neutralizzazione dell'efficacia del patto²⁵⁴.

Inoltre, si dovrebbe reputare che prescrizione, giudicato e transazione debbano sempre restare opponibili perché, similmente all'eccezione di estinzione per fatti diversi dall'adempimento, renderebbero la prestazione del beneficiario del *solve* non più dovuta²⁵⁵.

²⁵³ C. LUCCHI, *op. loc. cit.*

²⁵⁴ C. LUCCHI, *op. loc. cit.*, si riferisce all'inesistenza sopravvenuta del fondamento del credito. Tale inesistenza «[...] *elimina in radice le ragioni stesse dell'azione non meno di quanto faccia un'eccezione basata su vizi e carenze genetiche del contratto* [...]». Nello stesso senso anche C. MIRAGLIA, *op. cit.*, la quale sottolinea che proprio per questa inesistenza sopravvenuta del fondamento del credito, e non per la sua inattualità, deve essere respinta la pretesa del creditore beneficiario del patto. Sarebbe di sostegno a questa ricostruzione l'orientamento giurisprudenziale che precisa come la clausola operi soltanto sul terreno dell'adempimento. Cfr. Cass. 14 luglio 1967, n. 1767, in *Foro it.*, 1967, I, cc. 2555 e 2557; Cass. 6 agosto 1968, n. 2826, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2062.

²⁵⁵ L'opinione è attribuita da C. MIRAGLIA, *op. loc. cit.*, a G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 352 ss. L'Autrice aggiunge che sussistono molti dubbi su una ricostruzione che faccia riferimento a prestazioni effettivamente dovute, poiché, anche nel caso di eccezione di inadempimento e di sospensione della prestazione per mutamento delle condizioni patrimoniali del contraente, la prestazione sarebbe pur temporaneamente non dovuta. Ciononostante, secondo Miraglia, *exceptio* ed eccezione di mutamento sono sicuramente paralizzati dal *solve*. L'Autrice conclude che «[...] *qualsiasi eccezione, a prescindere dal fatto che i motivi siano di carattere dilatorio o perentorio, allorché è opposta alla domanda di adempimento dell'attore, ha sempre il fine di evitare o ritardare la prestazione «dovuta» ex obbligazione, sicché sono destinati a cadere nel vuoto tutti i tentativi*

Un'ultima argomentazione a sostegno della insensibilità al *solve* della eccezione di giudicato, può essere tratta da un tradizionale insegnamento a mente del quale le eccezioni a contenuto processuale non possono formare oggetto di rinuncia²⁵⁶.

di discriminarne l'efficacia con considerazioni di questo tipo [...]». Si deve osservare, per la verità, che intanto l'Auletta non si riferisce mai a prescrizione, giudicato e transazione, bensì segnatamente alle eccezioni fondate su fatti estintivi dell'obbligazione diversi dall'adempimento di cui agli artt. 1230 – 1259 cod. civ. e al perimento del bene. Inoltre, l'Autore chiarisce che sarebbe «*effettivamente dovuta*» solo la prestazione che, «*[...] in mancanza del patto, la parte è autorizzata a non effettuare, per uno scopo di garanzia, che non esclude l'obbligo della prestazione ed il relativo possibile accertamento [...]*». Come si vede, la prestazione sospesa *ex art* 1461 cod. civ. o di cui è variato l'ordine di esecuzione, rendendola contemporanea alla controprestazione, è pur sempre effettivamente dovuta. La parte è solo autorizzata, in garanzia, a non effettuarla temporaneamente o a effettuarla solo in esito e contemporaneamente alla controprestazione. In altre parole, qui è la modalità di adempimento che è in rilievo, non la sussistenza del rapporto obbligatorio. Invece, le eccezioni di nullità, annullabilità e di estinzione dell'obbligazione per adempimento o per altri fatti idonei agisce sulla struttura del rapporto obbligatorio, elidendolo. E queste argomentazioni possono senz'altro estendersi anche a prescrizione, giudicato e transazione (che alla precedente deve essere assimilata).

²⁵⁶ Le eccezioni di diritto processuale, tra le quali anche quelle di incompetenza, litispendenza etc., «*[...] non possono essere comprese nella clausola solve et repete in quanto pure esse sono da ritenere indisponibili, essendo indisponibili i diritti processuali in generale, a cagione del carattere pubblicistico proprio del diritto processuale [...]*». Così E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 862. Sul tema già E. ALLORIO, *Patto di non denunciare e indisponibilità dei diritti processuali*, in *Riv. dir. pen.*, 1935, p. 196 ss.; V. ANDRIOLI, *Peculiarità processuali delle polizze di assicurazione*, in *Foro it.*, 1935, IV, c. 340; K. HELLWIG, *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, in *Scritti per Gierke*, II, Breslavia, 1910, p. 88 ss.. Per la verità, secondo il Supremo Collegio l'esistenza di un giudicato, interno o esterno che sia, è addirittura rilevabile d'ufficio e il Giudice è tenuto a pronunciarsi sulla sua esistenza qualora emerga da atti comunque prodotti nel corso del giudiziario merito. Vedi Cass. 16 gennaio 2004, n. 630, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1320. Ancora, «*[...] il divieto di bis in idem ha carattere pubblicistico [...]*». Così Cass. 27 gennaio 2003, n. 1153, in *Mass. giur. it.*, 2003, p. 122.

Pare certo, peraltro, che l'eccezione di giudicato abbia natura processuale²⁵⁷, sicché si dovrebbe concludere che la clausola limitativa della proponibilità di eccezioni non possa paralizzarne l'esercizio.

²⁵⁷ È pur vero che la preclusione alla proponibilità di un nuovo giudizio, in relazione a un diritto controverso, deriva sia da norme processuali (art. 324 cod. proc. civ., cd. cosa giudicata in senso formale), sia da norme sostanziali (art. 2909 cod. civ., cosa giudicata in senso sostanziale). Tuttavia, entrambe le norme implicano che, in caso di tentativi volti a mettere in discussione l'accertamento che ormai «[...] *fa stato tra le parti* [...]», la parte convenuta possa eccepire che sia intervenuta sentenza passata in giudicato. Il giudicato, peraltro, potrebbe anche essere rilevato d'ufficio (il tema è già stato toccato). Come si vede, il giudicato non consisterebbe solo nella negazione o affermazione di un bene della vita, ossia nell'accertamento circa l'esistenza del diritto sostanziale, ma nella perdita della facoltà di vantare quella posizione soggettiva in giudizio, poiché si sarebbe consumato il diritto alla relativa azione. E l'eccezione sarebbe proprio la contestazione processuale dell'assenza di tale diritto all'azione. L'effetto dell'eccezione sarebbe tutto processuale e non cambierebbe il mondo dei diritti sostanziali, impedendo solamente la prosecuzione del nuovo giudizio. Questa ricostruzione è laconicamente prospettata da Cass. 19 marzo 2003, n. 4014, in *Mass. giur. it.*, 2003, «[...] *La preclusione nascente da giudicato si risolve in un ostacolo a che il giudice possa nuovamente pronunciare su di un bene della vita già riconosciuto o negato* [...]». In dottrina, tra gli altri, secondo E. ENRIETTI, *op. loc. cit.*, «[...] *l'appartenenza di un potere di impugnativa al diritto sostanziale ovvero al diritto processuale va giudicata dalla natura sostanziale o processuale degli effetti che quel potere è diretto a produrre, restando indifferente il fatto che quel potere si eserciti nel processo, oppure fuori di esso* [...]».

2.2.3 Eccezioni e azioni in generale

È assai agevole rilevare che l'art. 1462 cod. civ. preveda l'efficacia della clausola limitativa della proponibilità di "eccezioni".

Si è già visto cosa si debba intendere per eccezioni e quali siano le ragioni idonee a giustificare l'utilizzo del sostantivo plurale da parte del legislatore.

La dottrina si è interrogata a lungo sulla possibilità di includere, tra le eccezioni assoggettabili al *solve*, tanto quelle strettamente sinallagmatiche, che traggono origine da un contratto a prestazioni corrispettive, sia quelle che afferiscano alla posizione creditoria in generale, non derivanti dal rapporto sinallagmatico²⁵⁸.

La collocazione della norma nell'ambito della disciplina del contratto a prestazioni corrispettive e nel capo dedicato ai rimedi contro l'inadempimento o al pericolo di inadempimento,

²⁵⁸ Sono di natura non sinallagmatica l'eccezione di pagamento, di remissione, di novazione, di compensazione, di confusione, impossibilità sopravvenuta etc.

ha fatto reputare che l'operatività della clausola *solve et repete* sia da limitare ai negozi sinallagmatici.

Allora, le eccezioni non sinallagmatiche non potrebbero essere paralizzate dal *solve et repete* perché esso sarebbe configurabile solo in relazione a contratti a prestazioni corrispettive.

L'opinione è apparentemente condivisa anche dalla giurisprudenza, secondo la quale la clausola è destinata ad operare sul terreno dell'adempimento, dove essa può attuare la sua funzione di alterazione del sinallagma.

Con la conseguenza che sarà impedito, al soggetto onerato del patto, di utilizzare eccezioni dipendenti dal comportamento della controparte.

I pochi interpreti che dubitano della correttezza dell'esclusione, denunciano che le eccezioni non sinallagmatiche «[...] *rappresentano il profilo problematico della materia* [...]»²⁵⁹.

Infatti, non è affatto certo che il *solve et repete* sia un istituto applicabile solo ai contratti a prestazioni corrispettive.

²⁵⁹ E. LECCESE, *op. cit.*, p. 78.

E se il patto fosse applicabile anche a negozi di altra natura²⁶⁰, poiché le uniche eccezioni testualmente escluse dalla norma sono solo quelle di nullità, annullabilità e rescissione, si dovrebbe concludere che anche le eccezioni non sinallagmatiche possano essere assoggettate all'imperatività del *solve*.

Da questo punto di vista, tuttavia, l'inquadramento sistematico del *solve et repete*, non pare indispensabile per risolvere la questione della limitata proponibilità delle eccezioni non sinallagmatiche.

Infatti, come è stato già rilevato, verosimilmente le eccezioni paralizzabili sono quelle afferenti alla prestazione in quanto *dovuta*²⁶¹.

Vera questa premessa, che si fonda su un dato testuale, si deve concludere che tutti i fatti dai quali maturi una causa di scioglimento del vincolo contrattuale dovrebbero comunque poter essere eccepiti dalla parte.

²⁶⁰ La questione sarà approfondita nel capitolo V.

²⁶¹ Il tema è stato affrontato nel paragrafo precedente. In dottrina v. G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 351; E. ENRIETTI, *cit.*, p. 863: «[...] lo stesso art. 1462 parla di [...] prestazione dovuta: è evidente che in tutti i casi in cui l'obbligazione del soggetto passivo del s. et. rep. è già estinta. Si è fuori dell'applicabilità della clausola, perché in detti casi la prestazione ... non è più dovuta [...]».

E le eccezioni non sinallagmatiche condividono una negazione circa la sussistenza del rapporto obbligatorio, almeno in relazione alla prestazione dedotta nel contratto.

Anche la possibilità di paralizzare con il *solve* le azioni è stata oggetto di ampia discussione.

Stando alla lettera della norma, sembrerebbero contenute nell'ambito di efficacia del *solve* le sole eccezioni e sarebbe precluso includervi per via interpretativa anche le azioni²⁶².

Secondo un'altra impostazione, i diritti che potrebbero formare oggetto di eccezioni, di cui, tuttavia, si sia limitata

²⁶² Secondo l'autorevole opinione di G. G. AULETTA, *Valore ed efficacia della clausola del «solve et repete» nei suoi vari tipi*, in *Giur. it.*, I, 1, c. 423 ss., particolarmente c. 428, sono inefficaci le clausole limitative della proponibilità di azioni. Per l'Autore, l'efficacia del patto deriva integralmente dalla codificazione del 1942. L'art. 1462 cod. civ. non fa espresso riferimento alle azioni e dunque, esclusa la possibilità di interpretazioni estensive, si dovrebbe concludere che esse non possano formare oggetto di *solve et repete*. V. dello stesso Autore, *Valore ed efficacia della clausola «solve et repete» nei suoi vari tipi*, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, c. 427 s.. Gli epigoni di questa teoria, peraltro, si basano su una concezione processualistica della clausola. Scrive, infatti, A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 857: «[...] se, come abbiamo dimostrato, l'efficacia della clausola è tutta e solo processuale – consistendo nella possibilità di una condanna con riserva e sussistendo, quindi, nei soli limiti in cui il riconoscimento legislativo (di cui all'art. 1462 C. Civ.) opera – è inevitabile la conclusione che oggetto di riserva potranno essere le eccezioni del convenuto cui è rivolta la domanda giudiziale basata sul *solve* del patto negoziale, mai le azioni promosse dal soggetto passivo della clausola, prima di essere convenuto in giudizio [...]». Secondo D. RUBINO, *op. cit.*, p. 558, con il *solve* ex art. 1462 cod. civ. il legislatore ha inteso invertire la posizione processuale dell'onerato, «[...] togliendogli l'eccezione e lasciandogli solo l'azione [...]».

convenzionalmente la proponibilità, non potranno consentire nemmeno la proposizione dell'azione in via autonoma²⁶³.

In caso contrario, come è stato rilevato anche da una parte significativa della dottrina, si giungerebbe a negare una effettiva efficacia al patto, consentendo iniziative giudiziarie che, con ogni probabilità, si caratterizzerebbero per un intento defatigatorio, per così dire, anticipatamente posto in essere²⁶⁴.

²⁶³ Tanto che, per la giurisprudenza prevalente, l'efficacia della clausola si estende «[...] *fino a precludere al soggetto [onerato: N.d.R.] di far valere il giudizio la risoluzione per inadempimento [...]*». Cfr. Cass. 5 ottobre 1976, *cit.*. In dottrina, E. DE LONGHI, *op. cit.*, p. 91. Per la validità del patto limitativo della proponibilità di eccezioni ed azioni, v. E. BETTI, *op. cit.*, p. 535 s.. L'Autore osserva, tuttavia, la disciplina dell'art. 1462 cod. civ. sarebbe una vera «[...] *soluzione di opportunità [...]*», giacché, in sua assenza, il patto sarebbe stato radicalmente invalido. Si consideri che ancor prima della codificazione della norma, taluno aveva già osservato che il patto sarebbe stato sostanzialmente inutile se non fosse stato esteso anche alle azioni. In caso contrario, infatti, la parte onerata sarebbe stata incentivata ad agire preventivamente, per impedire alla parte beneficiaria di avvalersi dell'imperativo *solve*. Così T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 291. Conviene riportare le parole dell'Autore: «[...] *Non v'ha nel patto una semplice rinuncia a far valere in via d'eccezione un diritto che tuttavia possa sempre farsi valere in via d'azione. Simile interpretazione del patto, per quanto si presenti spontanea [...] va rifiutata ed è difatti stata rifiutata implicitamente dalla giurisprudenza [...]. Se così non fosse si determinerebbe tra le parti una gara nell'ottenere, ciascuna prima dell'altra, una sentenza favorevole, e ben scarsa sarebbe la tutela che il patto in questione offrirebbe alla parte che lo ha imposto, perché esso si risolverebbe in un incentivo alla controparte ad agire sempre ed immediatamente per la tutela dei propri diritti [...]*». Conforme, tra gli altri, anche A. SENIN, *op. cit.*, p. 51. L'Ascarelli ha anche argomentato sulla base dell'analogia con l'istituto fiscale, ora abrogato. Infatti, se il parallelo con il *solve* tributario non sarebbe stato rilevante per dedurre il fondamento giuridico e la validità del *solve* privatistici, avrebbe importanza per comprendere il funzionamento nella volontà delle parti. Ebbene, il *solve* fiscale importava l'impossibilità di agire contro il ruolo, se non previo pagamento dell'imposta.

²⁶⁴ È stato affermato, infatti, che «[...] *persino nel caso in cui il contraente sfavorito agisca in via principale, per primo, l'altro contraente può chiedere riconvenzionalmente (egli stavolta) il pagamento dovutogli in via prioritaria grazie*

L'opinione contraria alla limitazione di proponibilità delle azioni si basa ora su una interpretazione letterale e restrittiva dell'art. 1462 cod. civ.²⁶⁵, ora sul carattere non reattivo delle azioni²⁶⁶.

al solve et repete [...]». Così C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 592. L'impostazione è stata condivisa dalla giurisprudenza, per la quale si veda, tra le altre, Cass. 5 ottobre 1976, n. 3272, *cit.*. In senso contrario C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 357. L'Autore reputa, peraltro, che le parti possano liberamente pattuire, purché espressamente, un regime convenzionale di limitata proponibilità di azioni. La ricostruzione preferibile pare quella seguita dalla giurisprudenza. Tuttavia, a dimostrazione del permanere di dubbi e incertezze, si deve rilevare il frequente ricorso, nei formulari a clausole quali la seguente « [...] *Nessuna contestazione può essere promossa né in via di azione né in via di eccezione se prima non è stato effettuato il pagamento delle rate scadute; il committente non può nemmeno proseguire la sua azione od eccezione se non dopo pagate le rate che vengono a scadere nel corso del giudizio [...]* ». La clausola era stata offerta alla valutazione del Supremo Collegio, il quale, con la sentenza del 5 ottobre 1976, n. 3272, *cit.*, ha affermato che « [...] *se scopo della norma [...] è quello di impedire che un soggetto negoziale eviti o ritardi di adempiere la propria prestazione fondandosi sul comportamento antiggiuridico della controparte, lo stesso scopo è realizzato, vietando a costui di opporre eccezioni, quanto di proporre azioni rivolte al medesimo risultato [...]* ».

Secondo alcuni Autori (tra tutti v. D. POLETTI, *op. cit.*, p. 9), la clausola con la quale una parte rinunci alla facoltà di proporre azioni nei confronti della controparte beneficiaria sarebbe una « [...] *ipotesi spuria di solve et repete [...]* ».

²⁶⁵ L'interpretazione restrittiva si basa anche su un ulteriore elemento interpretativo. È stato osservato, al riguardo, che la limitazione alla facoltà di proporre azioni non è menzionata nell'elencazione delle clausole vessatorie contenuta nell'art. 1341 cod. civ. La mancata inclusione nel novero tassativo delle clausole vessatorie farebbe presumere che « [...] *le clausole limitative della proponibilità di azioni, che sono certamente più onerose di quelle che impediscono la procedibilità delle eccezioni, non può non essere interpretato come corollario della loro invalidità [...]* ». Così C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1265. Sul punto già G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 428; D. MESSINETTI, *Nota a Cass. 30 ottobre 1956, n. 1361*, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1916, secondo il quale, se si potesse efficacemente disporre del diritto all'azione « [...] *la clausola non [sarebbe: N.d.R.] rilevante quale rafforzamento dell'adempimento, bensì quale mezzo per costringere la parte onerata ad una prestazione verso chi gli sia già inadempiente [...]* ».

Si deve osservare, in relazione alla tassatività dell'elenco contenuto nell'art. 1341 cod. civ., che la giurisprudenza ha costantemente affermato che esso è tuttavia suscettibile di interpretazione estensiva, esclusa l'applicazione analogica. Tra le altre, v. Cass. 19 marzo 2003, n. 4036, in *Mass. giust. civ.*, 2003, p. 553; Cass. 3 novembre 1987, n. 8062, in *Mass. giust. civ.*, 1987, 11. L'opinione è prevalente anche in dottrina, per la quale vedi C. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario* diretto da A. Scialoja e G. Branca, II, Bologna – Roma, 1988, Libro

Per quanto riguarda il primo aspetto, l'art. 1462 cod. civ. sarebbe norma di stretta interpretazione, poiché istituirebbe un caso di pronuncia di condanna con riserva di successivo esame delle eccezioni differite²⁶⁷.

Quanto al carattere non reattivo dell'azione, che ne impedirebbe il differimento, essa, proprio in quanto preventiva rispetto alla intimazione di adempimento del soggetto beneficiario del *solve*, non manifesterebbe l'intento defatigatorio che, altrimenti, giustificerebbe la limitazione di proponibilità.

Quarto. Delle obbligazioni, p. 281 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, 3, Milano, 2000, p. 353 ss..

²⁶⁶ Per A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*, sono paralizzabili tanto le eccezioni riconvenzionali quanto le domande riconvenzionali sinallagmatiche, per il loro carattere di reazione «[...] *che il convenuto propone sotto la spinta della pretesa della controparte, e non in via autonoma [...] il che giustifica il sospetto che si tratti di una reazione determinata da ragioni di resistenza defatigatoria, più che da una vera, spontanea e sentita esigenza di giustizia [...]*». Della questione ci si occuperà nel paragrafo successivo. Peraltro, una simile conclusione non sarebbe applicabile alle azioni proposte in via preventiva «[...] *alle quali manca, per definizione, quel carattere reattivo, la cui neutralizzazione costituisce la ragion d'essere e il limite della clausola solve et repete [...]*». L'Autore non ignora che «[...] *l'azione in prevenzione potrebbe essere stata promossa, da un debitore estremamente malizioso ed accordo, al solo scopo di precludere al creditore la invocazione della clausola [...]*», ma questi non saranno che «[...] *casi sporadici [...]*», atteso che «[...] *l'assumere una iniziativa giudiziaria (con tutto quel che di onere e rischio una simile iniziativa comporta) è, normalmente, di per sé indice di una ponderazione responsabile, cui può tranquillamente attribuirsi maggiore credito di quanto non meriti la semplice reazione ad una iniziativa altrui [...]*».

²⁶⁷ *Contra v.*, tra gli altri, E. DE LONGHI, *cit.*, p. 91. Questa soluzione riposa su una costruzione sostanzialistica dell'istituto.

La tesi della persistente proponibilità di azioni, anche in caso di patto *solve et repete*, ha in dottrina numerosi e autorevoli sostenitori²⁶⁸; per la non proponibilità è costantemente orientata, d'altra parte, la giurisprudenza²⁶⁹.

Al dibattito, mai sopito, si può forse tentare di aggiungere un elemento interpretativo che non risulta essere stato ancora considerato nei termini qui proposti.

In una prospettiva ermeneutica, si osserva che la norma considera quali eccezioni, salvo stabilirne la indifferibilità, situazioni di nullità, annullabilità o rescissione del contratto.

Tali situazioni, naturalmente, potrebbero fondare altrettante azioni autonome.

²⁶⁸ Per le opinioni dei quali v. note precedenti.

²⁶⁹ La giurisprudenza ha svolto il proprio ragionamento sulla base della *ratio* della norma. Poiché «[...] *la clausola solve et repete rappresenta un mezzo di autotutela convenzionale del beneficiario, il quale altera il sinallagma funzionale della corrispettività [...]*», pertanto «[...] è ovvio che la mens legis, risultante dall'art. 1462 cod. civ., non preclude solo al soggetto gravato dalla clausola l'opponibilità delle eccezioni ivi menzionate, ma deve estendersi fino a comprendere il divieto imposto a costui di promuovere azioni intese ad ottenere l'adempimento della controparte, prima di eseguire la propria prestazione, in quanto scopo della norma è quello di assicurare la priorità temporale dell'adempimento di tale soggetto, scopo che non sempre si realizzerebbe con una interpretazione restrittiva del citato articolo [...]». Cass. 5 ottobre 1976, in *Giust. civ.*, 1977, I, 117 e in *Temi*, 1977, p. 113 ss., con nota di M. T BONAVIA, *cit.*.

Ciò implica, a quanto pare, che il legislatore intenda far condividere la medesima sorte, sul versante dell'inefficacia del patto, sia alle eccezioni che alle azioni²⁷⁰.

Sarebbe irragionevole reputare che, ad esempio, non sia paralizzabile l'eccezione di nullità del contratto, ma lo sia l'azione in via autonoma.

E se la ventura delle eccezioni e azioni non sottoponibili a *solve* appare comune dal lato dell'inefficacia del patto, una medesima conclusione dovrebbe essere raggiunta anche nei casi di efficacia²⁷¹.

²⁷⁰ Per un diverso approccio alla norma, in particolare per considerazioni in ordine alla qualificazione di attore e convenuto in senso sostanziale, v. A. DALMARTELLO, *op. cit.*, pag. 848, nota n. 2. A sostegno dell'ipotesi formulata nel testo, invece, I. BOLOGNA, *op. cit.*, p. 46: «[...] la clausola può essere considerata operante nei confronti di difese anche se non rigorosamente riconducibili alla nozione tecnica di eccezione [...]». L'Autore, in particolare, ha inteso replicare all'argomento di quanti, come l'Allorio, *op. cit.*, p. 53 s., e l'Enrietti, *op. cit.*, p. 861 s., avevano distinto le obiezioni dalle eccezioni in senso tecnico, affermando la sottoponibilità al *solve* esclusivamente di queste ultime.

²⁷¹ A ben vedere l'ipotesi che il legislatore abbia considerato omogeneamente azioni ed eccezioni, menzionando queste ultime solo per la frequenza con la quale si presentano, come strumenti volti a evitare o ritardare la prestazione, emerge dalle considerazioni svolte da A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849 e particolarmente nota 5. L'Autore, ragionando sulle eccezioni sinallagmatiche che certamente possono formare oggetto del patto limitativo di proponibilità, annovera tra esse quella di cui all'art. 1460 cod. civ. e l'istituto disciplinato dall'art. 1461 cod. civ.. L'A. rileva che mentre l'istituto di cui all'art. 1460 cod. civ. è senz'altro qualificato come eccezione, la sospensione, d'altra parte, sarebbe «[...] certamente deducibile come «eccezione», quando il contraente, le cui condizioni patrimoniali sono peggiorate, reagisca alla sospensione dell'esecuzione dell'altrui prestazione (autorizzata dall'art. 1461 C. Civ.), con la domanda di adempimento [...]». Ordinariamente, tuttavia, il rimedio della sospensione nell'esecuzione è utilizzato, processualmente, in via di azione. Eppure sono assai isolate le voci che escludono dal campo di efficacia del *solve* la sospensione dell'esecuzione. Anzi, è opinione ampiamente

Pertanto, dovrebbe potersi affermare la sottoponibilità del diritto all'azione al preventivo adempimento, salvo reputare che persista, in ogni caso, il diritto all'azione volta a dimostrare che la prestazione pretesa da controparte non sia «dovuta», per fatti estintivi del rapporto obbligatorio²⁷².

Infatti, è opinione ampiamente argomentata, e già più volte riferita, che le iniziative giudiziarie siano paralizzabili con il *solve* solo se la prestazione sia *dovuta*²⁷³.

Allora tutti i fatti dai quali maturi una causa di scioglimento del vincolo contrattuale dovrebbero poter essere

condivisa che l'art. 1462 cod. civ. si esprima con il plurale «eccezioni», proprio per includervi *exceptio* e sospensione. Cfr. per tutti, sul punto, G. G. AULETTA, *op. cit.*, p. 352.

²⁷² Questa impostazione potrebbe ricevere sostegno argomentativo dall'orientamento della giurisprudenza, che, tranne qualche isolatissima incertezza, peraltro assai risalente (App. Milano, 29 aprile 1926, in *Foro it.*, 1926, voce *Vendita*, c. 482), ha sempre ravvisato nella limitazione alla proponibilità di azioni non una ipotesi diversa da quella configurata all'art. 1462 cod. civ., bensì una sua interpretazione estensiva, già presente nella *mens legis*. Cfr. la più volte citata Cass. 5 ottobre 1976, n. 3272: «[...] Ora non vi è dubbio, in base alla effettiva mens legis, quale si rileva dall'art. 1462, che si possa comprendere nella relativa previsione normativa l'ipotesi del divieto di «azioni», proposte dal soggetto gravato dalla clausola. Contra D. POLETTI, *op. cit.*, p. 9, secondo la quale «[...] il patto di esclusione o limitazione della proponibilità di azioni deve ritenersi effettivamente estraneo alla portata applicativa dell'art. 1462 c.c., salvo discutere della sua stessa validità sul piano generale dei limiti all'autonomia privata [...]». Sembrerebbe condividere quest'ultimo punto di vista anche C. M. BIANCA, *op. loc. cit.*, il quale propende per la validità del patto limitativo della proponibilità di azioni. In effetti, in altro passaggio argomentativo dell'ultima sentenza citata, sembrerebbe che il Supremo Collegio avalli, almeno in parte, anche questa ricostruzione, affermando che la clausola limitativa della proponibilità di azioni ha «[...] almeno formalmente, se anche non sostanzialmente, una maggiore estensione di contenuto di quella prevista dall'art. 1462 [...]».

²⁷³ Per tutti G. G. AULETTA, *La risoluzione etc.*, *cit.*, p. 352.

utilizzati dalla parte onerata, sia in via di eccezione che di azione²⁷⁴.

²⁷⁴ In caso contrario, si tutelerebbe un interesse non apprezzabile dell'attore, che si troverebbe «[...] *nella condizione di un soggetto non più legittimato, in quanto non più creditore (né debitore)* [...]». Così L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 92. Nello stesso senso anche C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1260. Per la verità, le Autrici svolgono il proprio ragionamento con esclusivo riferimento alla proponibilità di eccezioni.

2.2.4 Azione di adempimento

Dagli orientamenti appena descritti deriva l'opinione circa l'efficacia paralizzante del *solve* nei confronti dell'azione di adempimento, prevista all'art. 1453, comma 1, cod. civ.²⁷⁵.

Come noto, nei contratti a prestazioni corrispettive, «[...] *quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto [...]*».

Per coloro i quali reputano che anche le azioni siano precluse dalla conclusione di una clausola *solve et repete*, il patto limiterà anche la proponibilità dell'azione di adempimento. In tal caso, il contraente onerato non potrà pretendere la prestazione, se non in esito al proprio adempimento²⁷⁶.

²⁷⁵ Così, la giurisprudenza e taluni autori, reputano che l'azione di adempimento sia in ogni caso preclusa. V. oltre nel testo.

²⁷⁶ E, ove la controparte beneficiaria si costituisca in giudizio chiedendo in via riconvenzionale l'adempimento e eccependo l'esistenza di un patto *solve et repete*, secondo l'interpretazione che pare preferibile, l'attore onerato dal patto non potrà nemmeno invocare il rimedio di cui all'art. 1460 cod. civ. Sul tema vedi oltre, al paragrafo 2.2.8. Per la verità, non pare un esercizio di coerenza che la giurisprudenza neghi la proponibilità e la procedibilità dell'azione di adempimento, ma affermi l'inefficacia del *solve* nei confronti dell'*exceptio inadimpleti*

Pare che questa sia l'impostazione da preferire, per conservare la *ratio* dell'istituto del *solve*²⁷⁷.

Viceversa, chi sostiene l'inefficacia del *solve*, in generale, nei confronti delle azioni²⁷⁸, conclude che sia procedibile l'azione di adempimento proposta dal soggetto onerato del patto²⁷⁹.

contractus. Infatti, sempre di totale inadempimento si tratterebbe. Anche su questo problema si veda oltre.

²⁷⁷ Cfr. Cass. 5 ottobre 1976, n. 3272, *cit.*.

²⁷⁸ Tra gli altri specialmente A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*, e C. MIRAGLIA, *op. loc. cit.*.

²⁷⁹ Altrettanto incoerente sembra la posizione di questa dottrina, che mentre reputa inefficace il patto nel caso di azione di adempimento, sostiene che il *solve* sia efficace sia verso la *exceptio non rite*, sia verso la *exceptio inadimpleti contractus*. Eppure, un medesimo fatto legittima l'azione o l'eccezione, ossia l'inadempimento attribuito alla parte beneficiaria del *solve*. Di modo che, almeno per ragioni di tenuta della costruzione proposta, i due strumenti processuali dovrebbero essere accomunati nelle sorti interpretative.

2.2.5 Azione di risoluzione per inadempimento

Come detto, per la giurisprudenza l'efficacia della clausola si estende «[...] *fino a precludere al soggetto* [onerato: N.d.R.] *di far valere il giudizio la risoluzione per inadempimento* [...]»²⁸⁰.

Il dibattito circa la generale sensibilità al *solve* delle azioni si è svolto con diretto riferimento all'azione di risoluzione per inadempimento. Sulla procedibilità di tale azione per il soggetto onerato dal patto, dunque, non si può che rinviare a quanto già detto in precedenza²⁸¹.

Solo deve aggiungersi che anche autori generalmente contrari alla limitazione del potere di proporre azioni, hanno reputato inclusa nel patto *solve et repete* una rinuncia tacita all'azione di risoluzione, per ragioni di tenuta del sistema²⁸².

²⁸⁰ Così Cass. 5 ottobre 1976, *cit.*.

²⁸¹ Poiché il potere di risoluzione per inadempimento non è nemmeno attuale per effetto del *solve*, e considerando che il patto importa la rinuncia all'*exceptio inadimpleti contractus*, si deve concludere che il debitore onerato sia senz'altro tenuto all'adempimento. Allora, la mancata osservanza del *solve* potrebbe essere invocata come causa di risoluzione del contratto a carico della parte onerata ovvero dare luogo, ove sia possibile, all'adempimento forzato. Così E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 865 s. *Contra* A. SENIN, *op. cit.*, p. 90 ss..

²⁸² Secondo G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 353, nella dichiarazione di liceità del patto compiuta dal codice sarebbe da ricomprendersi la rinuncia alla risoluzione per inadempimento. In caso contrario, infatti, l'onerato potrebbe vanificare la clausola asserendo, con una affermazione unilaterale a tale scopo precostituita, che il beneficiario del *solve et repete* non abbia tenuto fede ai suoi impegni. In tal modo,

Tali opinioni non possono che condividersi²⁸³.

l'onerato potrebbe generare unilateralmente una «[...] *apparenza della risoluzione del rapporto, che legittimi al non adempimento, finché l'autorità giudiziaria non abbia deciso sull'asserito inadempimento della controparte e sul conseguente potere di risoluzione* [...]».

²⁸³ Oltre agli autori generalmente favorevoli, per i quali si vadano i paragrafi precedenti, pare aderire a questa impostazione anche E. ENRIETTI, *cit.*, p. 862 ss., specialmente p. 864.

2.2.6 Azione, domanda riconvenzionale o eccezione di risoluzione per eccessiva onerosità

È stato affermato dagli interpreti che la clausola *solve et repete* dispieghi la propria efficacia paralizzante anche nei confronti dell'azione (della domanda riconvenzionale) e dell'eccezione²⁸⁴ di risoluzione per eccessiva onerosità della prestazione, *ex art. 1467 cod. civ.*²⁸⁵.

In particolare, il *solve* produrrebbe non già la rinuncia all'azione o all'eccezione, bensì il differimento della proponibilità²⁸⁶.

Con la conseguenza che, avvenuto l'adempimento, anche nel corso dello stesso giudizio²⁸⁷, la parte onerata dal *solve* potrebbe richiedere la risoluzione, con i consueti effetti restitutori parziali²⁸⁸, ovvero ricevere la *reductio ad equitatem*

²⁸⁴ Nella misura in cui un simile rimedio sia configurabile nel nostro ordinamento. V. oltre nota n. 106.

²⁸⁵ Nell'unico precedente noto, così si è pronunciata la giurisprudenza. V. Cass. 5 ottobre 1976, n. 3272, *cit.*.

²⁸⁶ La precisazione è di E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 865.

²⁸⁷ Cfr. da ultima Cass. 27 febbraio 1995, n. 2227, *cit.*.

²⁸⁸ Trattandosi di ipotesi di contratti a prestazioni continuate o periodiche.

proposta dalla controparte, e dunque ottenere la parziale ripetizione della prestazione adempiuta²⁸⁹.

Sebbene la collocazione del *solve* prima della disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità potrebbe ingenerare qualche dubbio, la soluzione prospettata dalla giurisprudenza appare convincente.

Infatti, l'eccezione (o l'azione)²⁹⁰ della parte onerata non contesterebbe in radice la pretesa del beneficiario,²⁹¹ ma

²⁸⁹ Sul punto v. C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 592. L'Autore istituisce un confronto tra il rimedio rescissorio e il rimedio risolutorio per eccessiva onerosità, rilevando che mentre il primo deriverebbe pur sempre da una ipotesi di invalidità contrattuale, nella quale la riduzione ad equità «[...] comporta un adeguamento a valori economici «esterni» ai contraenti, «oggettivi», ricavati da indicazioni di mercato; la risoluzione per eccessiva onerosità può invece essere evitata proprio sulla base della validità del contratto, con un adeguamento ai valori economici soggettivi inizialmente stabiliti dagli stessi contraenti [...]».

²⁹⁰ Secondo l'indirizzo prevalente, i casi configurabili sono quello di azione di risoluzione e di domanda riconvenzionale di risoluzione, e sarebbe preclusa la proponibilità della mera eccezione. Secondo il Supremo Collegio, infatti, «[...] La richiesta di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, da parte del contraente convenuto per l'esecuzione del contratto medesimo, integra una domanda riconvenzionale, non una semplice eccezione, in quanto è diretta al conseguimento di una pronuncia esorbitante dal mero rigetto della domanda attrice [...]». Così Cass. 6 aprile 1987, n. 3321, in *Mass. giust. civ.*, 1987, n. 4. Ancora, secondo Cass. 8 giugno 1984, n. 3450, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1665, «[...] L'eccessiva onerosità sopravvenuta, nel contratto a prestazioni corrispettive, può essere invocata a fondamento di una domanda di risoluzione del contratto stesso, ai sensi dell'art. 1467, non anche quale mera eccezione per contrastare l'altrui richiesta di adempimento [...]». *Contra*, però, Cass. 13 dicembre 1980, n. 6470, in *Foro it.*, 1981, I, c. 713, «[...] L'eccessiva onerosità sopravvenuta è dal debitore deducibile anche in via d'eccezione, al solo scopo di ottenere il rigetto della domanda di adempimento proposta nei suoi confronti, in quanto nell'ampia facoltà di domandare la risoluzione del contratto – alla quale soltanto si riferisce la previsione letterale della legge – deve ritenersi compresa quella più ristretta di eccepire il venir meno dell'obbligo e della responsabilità in virtù dello stesso evento che autorizza a richiedere la risoluzione medesima [...]».

addurrebbe uno squilibrio delle prestazioni intervenuto solo nella fase esecutiva²⁹².

²⁹¹ In altre parole, la domanda di risoluzione per eccessiva onerosità non prospetterebbe una situazione di estinzione del credito, ma solo di necessità di riequilibrio del sinallagma. Vedi C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1260.

²⁹² Ancora C. LUCCHI, *op. loc. cit.*; cfr. anche C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1258. Si è già rilevato, invece, che nella rescissione la sproporzione tra le prestazioni, riguardando già il momento genetico del rapporto, intacca il principio stesso della corrispettività. V. in precedenza, il paragrafo 2.2.1 e ivi i riferimenti bibliografici, specialmente quelli indicati alla nota n. 51.

2.2.7 Eccezioni riconvenzionali e domande riconvenzionali

Le eccezioni riconvenzionali di carattere sinallagmatico sono quelle che hanno a fondamento una condotta di inadempimento o inesatto adempimento del contraente che chiede, in via di azione, l'adempimento dell'altra parte.

Tali sono l'eccezione di intervenuta risoluzione per aver già operato, contro l'attore, la diffida ad adempiere, in virtù dell'art. 1454 cod. civ.; l'eccezione di intervenuta risoluzione a seguito dell'esercizio del diritto potestativo di cui all'art. 1456 cod. civ., nel caso di clausola risolutiva espressa; l'eccezione di inadempimento nel termine essenziale, *ex art.* 1457 cod. civ.²⁹³.

²⁹³ L'eccezione riconvenzionale di intervenuto scioglimento del contratto, per essere già sopravvenuta l'impossibilità della prestazione dovuta dall'attore, configurata dall'art. 1463 cod. civ., ha un fondamento parzialmente diverso e si sottrae all'efficacia paralizzante del *solve et repete* perché, come esattamente rilevato da A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 850, nota 3, «[...] *la fortuita impossibilità [...] rileva come causa estintiva riflessa – in virtù del sinallagma genetico [...]»*.

L'orientamento assolutamente univoco in giurisprudenza, sebbene affermato in sentenze non recenti²⁹⁴, è quello che reputa efficace il patto *solve et repete* anche in relazione alle eccezioni riconvenzionali²⁹⁵.

La ricostruzione giurisprudenziale si basa sulla considerazione dell'elemento teleologico posto dalla norma come fondamento della validità del patto.

Poiché, infatti, non sono efficaci clausole limitative della proponibilità di eccezioni attinenti alla invalidità del contratto, allora sarebbe la legge stessa a indicare quale unico limite al divieto di opporre eccezioni l'esigenza funzionale del vincolo contrattuale.

Con la conseguenza che tutte le altre ragioni del debitore, se costituiscono posizioni disponibili, ricadrebbero nei limiti di efficacia del patto.

²⁹⁴ Si vedano Cass. 6 agosto 1968, n. 2826, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1969, II, p. 54 ss.; Cass. 14 luglio 1967, n. 1767, in *Foro it.*, 1967, I, c. 2555 ss.. Da ultimo, anche con alcuni riferimenti alla questione, Cass. 14 dicembre 1994, n. 10697, in *Rep. Foro it.*, 1994, n. 497.

²⁹⁵ Le eccezioni non sinallagmatiche sono quelle che astrattamente suscettibili di essere opposte a qualsiasi pretesa creditoria: l'eccezione di pagamento e di estinzione dell'obbligazione per fatti diversi dall'adempimento, di prescrizione, di giudicato, di transazione, con cui si fa valere una causa estintiva della pretesa «[...] che non abbia la sua base né trovi la sua giustificazione nei principi del sinallagma [...]». Così A. DALMARTELLO, *cit.*, p. 848 s..

La posizione della giurisprudenza è largamente condivisa dalla dottrina.

Generalmente, si argomenta che se, per ragioni di principio, il patto *solve et repete* fosse inefficace di fronte a tutte le eccezioni riconvenzionali sinallagmatiche, non sarebbe stato necessario menzionarne alcuna.

Invece, poiché sono espressamente indicate le eccezioni che si fondano sulla nullità, annullabilità e rescissione del contratto, ossia rimedi normalmente esperibili in via di azione, ma deducibili dal convenuto come eccezioni riconvenzionali sinallagmatiche, allora si devono considerare escluse dal divieto dell'art. 1462 cod. civ. le altre eccezioni riconvenzionali²⁹⁶.

Inoltre, le eccezioni riconvenzionali, sebbene volte a ottenere il rigetto della domanda di condanna proposta dal

²⁹⁶ Così A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 850. L'Autore osserva che le eccezioni riconvenzionali, in quanto attinenti alla fase esecutiva del rapporto, sarebbero trattate dal gioco del sinallagma funzionale e, come tali, sarebbero paralizzate dal *solve*. E non potrebbe essere eccepita la loro dissomiglianza dai rimedi di cui agli artt. 1460 e 1461 cod. civ., predicandone la natura non dilatoria, poiché esse si fonderebbero «[...] su una definitiva estinzione del credito [...]. *Quel che conta, nella disciplina della clausola solve et repete, non è il carattere dilatorio o perentorio dell'eccezione, bensì il fatto che si tratti di eccezioni ricavate dal comportamento dell'attore sul terreno dell'adempimento*». Vedi anche E. LECCESE, *op. cit.*, p. 84.

beneficiario del *solve*, restano sul terreno dell'adempimento²⁹⁷.

Ed è appunto su questo terreno che è chiamato ad operare ed è efficace il patto di cui all'art. 1462 cod. civ.²⁹⁸

Questa impostazione non è del tutto appagante²⁹⁹.

Infatti, con le eccezioni riconvenzionali si mira a far valere l'intervenuta estinzione del rapporto per fatti irreversibili.

Poiché, con ogni probabilità, intanto le eccezioni sono paralizzabili con il *solve*, in quanto la prestazione sia *dovuta*, allora tutti i fatti dai quali maturi una causa di scioglimento del vincolo contrattuale dovrebbero poter essere eccepiti dalla parte, pur onerata dal patto³⁰⁰.

In caso contrario, si tutelerebbe un interesse non apprezzabile dell'attore, che si troverebbe «[...] *nella condizione di un soggetto non più legittimato, in quanto non più creditore (né debitore) [...]*»³⁰¹.

²⁹⁷ Ancora A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*.

²⁹⁸ Cfr. , su questo punto, le già citate sentenze: Cass., 14 luglio 1967, n. 1767, *cit.*; Cass., 6 agosto 1968, n. 2826, *cit.*.

²⁹⁹ L'argomento *a contrario* utilizzato da Dalmartello è sembrato «[...] *di dubbia evidenza [...]*» a C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 591.

³⁰⁰ Questo aspetto interpretativo è stato approfondito nel paragrafo precedente, al quale si rinvia.

³⁰¹ L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 92. Nello stesso senso anche C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1260. L'Autrice, replicando alla tesi di Dalmartello, sostiene che l'elemento logico-giuridico che accomuna le ipotesi tipizzate di inefficacia del *solve* non ha

Anche questa soluzione interpretativa palesa alcune fragilità.

È stato autorevolmente osservato, infatti, che la possibilità di intimare alla parte beneficiaria del patto una diffida ad adempiere, per opporre, nel successivo giudizio la risoluzione di diritto, annullerebbe il vantaggio derivante dal patto, privando di efficacia una parte del contratto³⁰².

Questo risultato sarebbe irragionevole sotto il profilo interpretativo.

Qui, peraltro, il *solve* sarebbe frustrato da un atto di volontà dell'onerato, che si potrebbe preconstituire «[...] *almeno*

natura soltanto processuale, bensì anche sostanziale. Allora, non avrebbe rilievo determinante, per accomunare le eccezioni riconvenzionali alla nullità, annullabilità e rescissione, che anche queste possano essere dedotte per via di eccezione. Peraltro, queste ultime ipotesi attengono a profili di invalidità del negozio, mentre le eccezioni riconvenzionali sinallagmatiche riguardano profili di intervenuta decadenza dell'obbligo di adempiere per il venir meno dello stesso rapporto sinallagmatico alla base dell'obbligazione. Né avrebbe alcun rilievo la natura della sentenza pronunciata dal giudice. Quest'ultimo strumento interpretativo, utilizzato da alcuni per l'analisi delle eccezioni di prescrizione e di giudicato, sarà analizzato nel paragrafo 2.2.4 di questo stesso capitolo.

Contra la prospettazione di Miraglia, è stato rilevato che l'eccezione riconvenzionale basata sull'art. 1453 cod. civ. mira e potrebbe condurre a una sentenza allo scioglimento del contratto con effetti retroattivi e sottrarrebbe fondamento alla pretesa dell'attore non meno di quanto farebbe la rescissione. «[...] *Ciò malgrado, l'inadempimento dell'attore può essere opposto dal convenuto in via di eccezione ex art. 1461, ma, appunto, tale eccezione è differibile ex art. 1462, mentre non lo è quella che invochi la rescissione. Dunque, tra eccezioni che l'art. 1462 mette fuori della portata della clausola solve et repete ed eccezioni di cui è dubbia la differibilità, è possibile mostrare parecchi tratti comuni [...]*». Così C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 591.

³⁰² Per questa obiezione, vedi G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, *cit.*, p. 353.

l'apparenza della risoluzione del rapporto, che legittima al non adempimento [...]»³⁰³.

Allora, sembrerebbe opportuno, anche per attribuire un compiuto significato all'intero negozio, ivi compreso il patto del *solve et repete*, considerare tacitamente inclusa, nella rinuncia all'*exceptio inadimpleti contractus*, anche una rinuncia alla risoluzione *ex art. 1454 cod. civ.*³⁰⁴.

Negli altri casi, invece, ossia inadempimento a una obbligazione specificatamente indicata come causa di automatica risoluzione *ex art. 1456 cod. civ.* e inutile spirare del termine essenziale, parrebbe preferibile affermare l'inefficacia del patto *solve et repete*³⁰⁵.

Sono più agevoli, d'altra parte, le riflessioni circa la sorte delle domande riconvenzionali ³⁰⁶ ³⁰⁷.

³⁰³ Ancora G. G. AULETTA, *op. loc. cit.*

³⁰⁴ Questa soluzione sembra implicitamente prospettata anche da G. G. AULETTA, *op. cit.*, p. 352 s..

³⁰⁵ Si noti che la previsione, nel tessuto contrattuale, sia di un *solve et repete* a favore di una parte, sia un termine essenziale o un diritto potestativo alla risoluzione *ex art. 1456 cod. civ.*, a favore dell'altra parte, rende plausibile che le parti abbiano voluto far coesistere i diversi istituti e, dunque, il patto di cui all'art. 1462 cod. civ. non potrà avere efficacia per i casi di clausola risolutiva espressa e termine essenziale.

³⁰⁶ L'esempio tradizionale di domanda riconvenzionale è quella diretta alla pronuncia costitutiva di risoluzione del contratto per inadempimento dell'attore, *ex art. 1453 cod. civ.*. Come si vedrà subito, tale domanda riconvenzionale è

A una prima considerazione del tenore letterale della norma, come pure si è già detto, sembrerebbe che le azioni non siano state prese in considerazione dal legislatore.

Ovviamente, le domande riconvenzionali sono da considerare alla stregua delle azioni vere e proprie, poiché mirano all'affermazione di un diritto del tutto autonomo da quello alla cui tutela aspira l'attore³⁰⁸.

Ora, è ben noto che la disposizione dell'art. 1462 cod. civ. è stata approntata per fugare i dubbi di legittimità del patto, che si era ampiamente diffuso nella prassi contrattuale e, soprattutto, nei formulari delle imprese.

In conseguenza della codificazione del 1942, è valido ed efficace l'accordo con il quale le parti stabiliscono che l'una

comunemente reputata improcedibile, nel caso di patto *solve et repete* a favore dell'attore.

³⁰⁷ Per la verità, qualcuno reputa che il problema dell'applicabilità del *solve* alle domande riconvenzionali sia «[...] *ben più grave* [...]» di quello della paralisi delle eccezioni riconvenzionali. La questione sarebbe di «[...] *preoccupante gravità, perchè, mentre da un lato non sembra doversi concedere al convenuto la possibilità di sottrarsi all'azione della clausola semplicemente configurando come domanda riconvenzionale la difesa che potrebbe far valere in via di eccezione, dall'altro lato non si può nemmeno estendere sic et simpliciter il riconoscimento legislativo della clausola limitativa della proponibilità di eccezioni anche alla proponibilità delle azioni e quindi delle domande riconvenzionali* [...]». In questi termini si è espresso A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 850.

³⁰⁸ Cfr. sul tema Cass. 14 luglio 1967, n. 1767, *cit.*; Cass. 6 agosto 1968, n. 2826, *cit.*. In dottrina, tra gli altri, v. C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1260. L'Autrice arguisce l'intenzione del legislatore di equiparare eccezioni a domande riconvenzionali dal fatto che sono considerate «[...] *more exceptionis anche le azioni di nullità, annullabilità e rescissione, quando abbiano il fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, in reazione alla domanda di adempimento dell'attore* [...]».

non possa opporre all'altra «eccezioni», al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta.

Allora, si dovrebbe concludere che la mancata menzione di un patto di limitazione nella proponibilità di azioni equivalga a una esclusione della sua efficacia³⁰⁹, e che resti preclusa, conseguentemente, anche la proponibilità di domande riconvenzionali.

Se non che, sul piano operativo e in relazione agli effetti prodotti, la domanda riconvenzionale non differisce dalle eccezioni, poiché è pur sempre volta a evitare o ritardare la prestazione.

Essa, infatti, non è uno strumento utilizzato in via autonoma, ma in risposta all'iniziativa del creditore beneficiario del *solve*³¹⁰.

³⁰⁹ A. DALMARTELLO, *op. loc. ult. cit.*, ha osservato che non esisterebbe nella norma «[...] alcun addentellato [...]» per una interpretazione estensiva che consenta di far rientrare nello spazio di efficacia ritagliato dal legislatore al *solve*, la possibilità per le parti di limitare la proponibilità di azioni o domande riconvenzionali.

³¹⁰ Peraltro, alcuni autori, basandosi sulla *ratio* del patto limitativo della proponibilità di eccezioni, sono giunti ad affermare che «[...] persino nel caso in cui il contraente sfavorito agisca in via principale, per primo, l'altro contraente può chiedere riconvenzionalmente (egli stavolta) il pagamento dovutogli in via prioritaria grazie al *solve et repete* [...]». In questi termini C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 592. L'impostazione è stata frequentemente condivisa dalla giurisprudenza, per la quale si veda, tra le altre, Cass. 5 ottobre 1976, n. 3272, *cit.*. In senso contrario C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 357. L'Autore

Sicché, è legittimo reputare che la domanda riconvenzionale sia «[...] *determinata da ragioni di resistenza defatigatoria più che da una vera, spontanea e sentita esigenza di giustizia, quale (almeno normalmente) è alla base dell'azione vera e propria* [...]»³¹¹.

Queste considerazioni hanno portato dottrina e giurisprudenza a estendere il campo d'azione della clausola anche alle domande riconvenzionali «[...] *purché esse abbiano natura sinallagmatica* [...]»³¹².

reputa, tuttavia, che le parti possano liberamente pattuire, purché espressamente, un regime convenzionale di limitata proponibilità di azioni.

³¹¹ A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 851. Dello stesso tenore anche A. FRAGINI, *op. cit.*, p. 836.

³¹² E. LECCESE, *op. cit.*, p. 85 s., ove vedi ampie citazioni giurisprudenziali. In particolare, Cass., 14 dicembre 1994, n. 10697, *cit.*: «[...] *l'eccezione o la domanda riconvenzionale [sono: N.d.R.] potenzialmente colpite dall'operare della clausola [...]*». La richiesta natura sinallagmatica della domanda riconvenzionale si spiega con il fatto che, per l'operatività del *solve*, il convenuto non deve porre a base del richiesto rigetto una situazione che prospetti l'estinzione del credito, perché in tal caso la domanda potrebbe essere esaminata dal giudice. Analogamente, sarebbe preclusa all'onerato domanda riconvenzionale volta a far valere la risoluzione per eccessiva onerosità. Sarebbe, invece, consentita la domanda riconvenzionale avente fondamento dall'estinzione dell'obbligazione del convenuto per sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta dal beneficiario del patto. Qui, del resto, l'interesse a una sentenza di condanna con riserva difetterebbe. In questi termini C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1260; in senso conforme cfr. anche A. FRAGINI, *op. cit.*, p. 836; D. POLETTI, *op. cit.*, p. 5 s; A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 850 s. Quest'ultimo Autore precisa anche che intanto potrebbe paralizzarsi la domanda riconvenzionale, in quanto essa tenda effettivamente a evitare o ritardare il pagamento. E tale non sarebbe la domanda volta a ottenere, ad esempio, l'integrazione o rettifica della prestazione ricevuta, senza constare l'obbligazione di pagamento, o quella tesa al risarcimento del danno causato al convenuto dal mancato o inesatto adempimento dell'attore beneficiario del *solve*. Pare favorevole alla sottoponibilità al *solve* della domanda riconvenzionale di risoluzione per inadempimento anche E. ENRIETTI, *cit.*, p. 862 ss., specialmente p. 864, il quale sembra escludere dall'efficacia del patto le eccezioni riconvenzionali sinallagmatiche.

2.2.8 Eccezione di inadempimento

Quella dell'efficacia paralizzante del *solve* nei confronti dell'eccezione *ex art. 1460 cod. civ.* è questione complessa e articolata, che in tempi relativamente recenti si è arricchita di contributi giurisprudenziali di segno non univoco.

In particolare, si è dubitato che il *solve* fosse efficace tanto contro l'eccezione *non rite adimpleti contractus*, quanto contro l'*exceptio non adimpleti contractus*.

In altre parole, ci si è interrogati se, ai fini dell'efficacia paralizzante del *solve*, l'inadempimento fosse da equiparare all'inesatto adempimento.

Fin dalla codificazione del 1942, tranne qualche isolata opinione dissenziente³¹³, dottrina³¹⁴ e giurisprudenza³¹⁵

³¹³ A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 851 ss.. In giurisprudenza, prima della sentenza del 1994, per la quale vedi poco oltre nel testo, nel senso dell'inefficacia del *solve* in caso di *exceptio non adimpleti contractus* si è pronunciata solo Cass. 3 dicembre 1981, n. 6406, con nota di S. DI PAOLA, in *Foro it.*, 1982, I, c. 698 ss..

³¹⁴ Tra gli altri, E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 864; E. PERSICO, *op. cit.*, p. 216; F. REALMONTE, «*Eccezione di inadempimento*», in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 238; G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 574; L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 97; C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1261; D. POLETTI, *op. cit.*, p. 5; con quale differenza di accento anche C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 590.

³¹⁵ Per alcune sentenze risalenti si veda la nota n. 117. In epoca più recente, cfr. Cass. 5 ottobre 1976, *cit.*, Cass. 12 novembre 1974, n. 256, rinvenuta solo per massime in *CED Cassazione*, 1974; Cass. 7 aprile 1972, n. 1035, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 781 ss.; Cass. 14 marzo 1964, n. 575, in *Rep. Foro It.*, 1964, *Obbligazioni e*

hanno reputato che la clausola di limitazione della proponibilità di eccezioni impedisse al convenuto di eccepire l'inadempimento del beneficiario della clausola.

E nell'unica nozione di inadempimento si riassumevano le due *species* di inadempimento totale e parziale³¹⁶.

Pertanto, sulla scorta di questa considerazione, si reputava che il *solve* fosse pienamente efficace, anche nel caso di inadempimento totale del beneficiario del patto.

contratti, n. 181; Cass. 20 luglio 1961, n. 575, in *Rep. Foro It.*, 1961, *Obbligazioni e contratti*, n. 289.

³¹⁶ Secondo L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 98, la ripartizione concettuale tra inadempimento totale e parziale avrebbe «[...] *valore prevalentemente, se non esclusivamente, descrittivo* [...]». Il tema dell'inadempimento è di grande complessità e non può certo essere affrontato in questa sede. Tuttavia, alcuni appunti appaiono indispensabili per poterne trarre qualche conclusione per il problema dell'efficacia del *solve*. Attingendo al celebre commento di M. GIORGIANNI, voce «*Inadempimento*», in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XX, p. 860 ss., si può affermare che l'inadempimento si verifichi quando sia non esatto l'adempimento, ovvero l'esecuzione avvenga in ritardo, ovvero «[...] *nel caso in cui la prestazione effettuata non possiede i requisiti soggettivi e oggettivi, che sono idonei a farla coincidere con l'oggetto dell'obbligazione, ed a soddisfare l'interesse del creditore* [...]» (*ivi*, p. 863). L'inesattezza può spingersi fino all'assenza della prestazione dovuta. Inesattezza e assenza, dunque, non sarebbero concetto ontologicamente diversi, variando solo accidentalmente. Inoltre, semplificando, l'inadempimento o adempimento parziale o inesatto si lascia distinguere in due categorie. Quella dell'inadempimento quantitativo e quella dell'inadempimento qualitativo. Il primo attiene all'oggetto della prestazione dal punto di vista estrinseco e fenomenico (la misura); il secondo all'essenza della prestazione e può consistere in diversità, difformità o vizio. La legge in nessun caso prevede conseguenza diverse per inadempimento completo e inadempimento parziale. Poiché, infatti, la differenza tra le due specie è solo il *quantum* di inadempimento, essa potrà essere agevolmente ricomposta in una proporzionale graduazione del risarcimento riconosciuto dal Giudice. È, invece, previsto un regime diverso per l'inadempimento grave (che può consistere anche in un inadempimento parziale), che legittima la risoluzione *ex art.* 1455 cod. civ.

Peraltro, la dottrina ha osservato che il *solve* non potrebbe alterare l'ordine temporale delle prestazioni, né il contenuto del patto può consistere nella semplice fissazione di tempi diversi per i reciproci adempimenti.

I casi che si possono prospettare sono limitati.

Nell'ipotesi di contemporaneità delle prestazioni, l'esigibilità della controprestazione non dipenderebbe dall'offerta o dall'adempimento, bensì dalla scadenza del termine. Spirato il termine, se una parte richiedesse l'adempimento, non offrendo la controprestazione, risulterebbe per ciò stesso inadempiente, con la possibilità dell'altra parte di paralizzarne eventuali pretese con l'eccezione di inadempimento.

E l'eccezione dovrebbe essere paralizzata dal patto *ex art.* 1462 cod. civ., qualunque fosse l'irregolarità della prestazione del beneficiario, che essa sia inesatta o manchi totalmente ³¹⁷.

Se, invece, per le prestazioni fossero stabiliti termini diversi, e il beneficiario fosse tenuto ad adempiere per primo, il

³¹⁷ L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 95, la quale in tal modo intendeva replicare alle argomentazioni di Greco, espone nella nota n. 125. V. anche la sintesi operata da E. LECCESE, *op. cit.*, p. 96 s..

solve non verrebbe nemmeno in rilievo, poiché la pretesa del creditore beneficiario non sarebbe ancora attuale, per non essere spirato il termine per la prestazione della controparte. E se tale termine fosse spirato, l'onerato dal *solve* sarebbe inadempiente, così legittimando il beneficiario ad agire per l'adempimento³¹⁸.

Se, infine, fosse obbligato ad adempiere per primo l'onerato, egli non avrebbe alcun titolo ad utilizzare il rimedio dilatorio dell'art. 1460 cod. civ., perché non sarebbe nemmeno astrattamente configurabile alcun inadempimento³¹⁹.

Ancora una volta, le limitazioni nella proponibilità di eccezioni non verrebbero in rilievo, poiché non sarebbe attuale alcuna pretesa dell'onerato e il beneficiario potrebbe limitarsi

³¹⁸ Se i tempi dell'adempimento fossero diversi e l'esigibilità della prestazione dipendesse anche dal comportamento della controparte, oltre che dalla scadenza del termine, in assenza di specifica pattuizione limitativa dell'ampiezza del *solve*, la clausola paralizzerebbe interamente l'*exceptio*, vista l'ampiezza della norma contenuta nell'art. 1462 cod. civ. Così ancora L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 97. Nello stesso senso anche C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1261 s..

³¹⁹ Il problema potrebbe complicarsi nel caso che, prima della scadenza del termine per l'adempimento stabilito per l'onerato, il beneficiario, tenuto ad adempiere solo successivamente, dichiari l'intenzione seria e definitiva di non adempiere. Secondo una recente impostazione dottrina, che attinge all'esperienza tedesca, il rifiuto serio e definitivo di adempiere costituirebbe inadempimento e non sarebbe revocabile. Sul tema A. VENTURELLI, *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento, i.c.d.p.*

ad agire per l'adempimento, senza necessità di contro-eccepire il *solve*³²⁰.

Questa ricostruzione, come detto, ha trovato per lunghi anni l'avallo della Corte di Cassazione.

Il Giudice di legittimità ha reputato, infatti, che il *solve* avesse un'ampiezza tale da paralizzare interamente l'*exceptio* e da far reputare «[...] *irrilevante la circostanza che detto inadempimento fosse colpevole* [...]»³²¹.

Si pensi, poi, che la prima sentenza, emessa all'indomani della promulgazione del Codice civile, stabilì che «[...] *quando la parte a cui favore sia stata stipulata la clausola «solve et repete» sia inadempiente, secondo il motivato apprezzamento del giudice di merito, alla principale obbligazione da essa assunta, codesto inadempimento, già ritenuto dalla giurisprudenza siccome giusta causa di inefficacia della eccezione, costituisce ora, ai sensi dell'art. 1462 cpv. nuovo*

³²⁰ Altra questione, che non può essere oggetto di riflessione in questo ambito, è il caso del beneficiario, pur tenuto ad adempiere per secondo, non abbia posto in essere attività preparatorie indispensabili per il proprio adempimento. Questa situazione potrebbe riflettersi sull'operatività del *solve*, costituendo violazione del canone della buona fede nell'esecuzione del contratto, ovvero essere considerata come preventiva e irrevocabile condotta concludente, di significato analogo a una dichiarazione di non voler adempiere.

³²¹ Cass. 5 ottobre 1976, n. 3272, *cit.*.

*Codice civile, grave motivo per sospendere la condanna dell'altro contraente [...]*³²².

Come si vede, il Supremo Collegio esclude che l'inadempimento totale agisse sulla fattispecie del *solve*, comportandone l'inefficacia, ma stabilì che la mancanza totale della prestazione potesse essere considerato grave motivo, idoneo a consentire al Giudice la sospensione della condanna³²³.

Che l'intenzione del legislatore del 1942 fosse quella di includere in un'unica nozione tanto l'*exceptio non adimpleti* quanto l'*exceptio non rite adimpleti*, non sembra seriamente dubitabile per diverse ragioni.

³²² Così Cass. 6 giugno 1942, n. 1570, in *Mass. Foro it.*, 1942, p. 376. La sentenza fu seguita in breve da Cass. 6 febbraio 1947, n. 133, autorevolmente annotata da G. G. AULETTA, *Valore ed efficacia della clausola del «solve et repete» nei suoi vari tipi*, *cit.*, c. 423 ss. e da E. DE LONGHI, *op. cit.*, p. 88 ss.. Anche in questa occasione, affermando che fossero improcedibili le eccezioni finalizzate «[...] a giustificare il mancato pagamento a causa della inadempienza [...]» del beneficiario, la Corte si è riferita unitariamente alla paralisi dei rimedi fondati sul principio «[...] inadimplenti non est adimplendum [...]». Al riguardo, E. LECCESE, *op. cit.*, p. 98, ha affermato che «[...] nell'enunciazione del principio sembra accogliersi l'accezione lata del concetto di inadempimento [...]». Dello stesso tenore anche Cass. 4 febbraio 1949, n. 166, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, II, p. 40 ss..

³²³ È stato osservato che nell'ipotesi di totale inadempimento ciò che legittimerebbe alla sospensione della condanna è la malafede oggettiva che animerebbe la pretesa del beneficiario del patto. Così, tra gli altri, E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 864.

In primo luogo, nei lavori preparatori è detto assai chiaramente che «[...] la clausola può essere legittima solamente quando subordina all'adempimento di una delle parti l'esercizio dei diritti derivanti dall'inadempimento dell'altro contraente [...]»³²⁴.

Inoltre, il legislatore era certamente a conoscenza del dibattito che assai vigorosamente aveva animato la dottrina e la giurisprudenza formatesi sotto la vigenza del precedente Codice.

Quel confronto era terminato, in dottrina, con la prevalenza dell'opinione circa l'inattitudine del *solve et repete* a paralizzare l'*exceptio non adimpleti contractus*³²⁵.

Il patto, allora, avrebbe potuto solo differire la proponibilità dell'*exceptio non rite adimpleti contractus*³²⁶.

³²⁴ Relazione del Guardasigilli al Progetto ministeriale delle Obligazioni, n. 239.

³²⁵ Questa conclusione si rintraccia nella pagine di T. ASCARELLI, *Sulla clausola solve et repete nei contratti*, cit., p. 293. L'Autore afferma che quanto «[...] la scadenza del prezzo è posteriore o almeno contemporanea a quella della prestazione [...] il debitore del prezzo ben potrà opporre una *exceptio inadimpleti* [...]». Aderivano all'impostazione dell'Ascarelli anche A. SENIN, *op. cit.*, p. 81 ss.; P. GRECO, *op. cit.*, p. 142 ss..

³²⁶ Nella prevalente dottrina formata sotto il Codice del 1865, si usava strutturare concettualmente il problema dell'efficacia del *solve* verso le eccezioni *non adimpleti* e *non rite adimpleti* a seconda del rapporto cronologico tra le prestazioni. Così, se la parte onerata fosse stata quella tenuta ad adempiere per prima, essa non avrebbe comunque potuto adoperare l'eccezione di inadempimento, in nessuna sua specie, perché non vi sarebbe stato alcun attuale inadempimento da parte del

La giurisprudenza aveva, invece, maturato un convincimento opposto³²⁷.

È difficile immaginare che il legislatore del 1942, pur evidentemente conscio di questi problemi interpretativi, abbia così genericamente e ampiamente stabilito la validità della clausola *solve et repete*, collocandola appena dopo i rimedi sinallagmatici, come loro negazione, senza alcuna altra precisazione³²⁸.

beneficiario. Qui il *solve* non sarebbe stato neppure operante. Se fosse stata, invece, la parte beneficiaria del patto a dover adempiere per prima, essa non avrebbe potuto usare il *solve* per sovvertire l'ordine delle prestazioni stabilito dal contratto, sicché sarebbe risultata preclusa alla parte onerata dal *solve* la sola eccezione *non rite*. Anche nel caso in cui il negozio avesse previsto simultanei adempimenti, il *solve* non avrebbe potuto sovvertire la contemporaneità delle prestazioni e il soggetto onerato avrebbe potuto pretendere che la controprestazione fosse resa insieme al proprio adempimento. In questa ipotesi il *solve* non avrebbe potuto logicamente dispiegare alcun effetto. Del tutto residuale, poi, il caso di mancata previsione di un ordine tra le prestazioni. In questa ipotesi si riteneva che il convenuto onerato dal *solve* non avrebbe potuto proporre eccezioni non per l'efficacia del patto, ma per l'infondatezza nel merito dell'obiezione e per l'eventuale *replicatio inadimpleti* opposta dall'attore. Per una esauriente esposizione della impostazione precedente al Codice del 1942, si veda P. GRECO, *op. cit.*, p. 142 ss.. L'efficace sintesi si deve alla elaborazione di E. LECCESE, *op. cit.*, p. 93 s..

³²⁷ La giurisprudenza più vicina alla nuova codificazione era prevalentemente favorevole alla efficacia del patto, considerando unitariamente la *exceptio*. Cfr. Cass. 7 giugno 1933, in *Foro it.*, 1934, I, c. 242; Cass. 5 febbraio 1934, in *Foro it.*, 1934, v. *Obblig.*, c. 336; Cass. 14 marzo 1938, in *Rep. Foro it.*, n. 342. Le rare limitazioni introdotte, del resto, avevano sempre riguardato ipotesi di dolo del beneficiario: cfr. Cass. 2 febbraio 1938, in *Riv. dir. comm.*, 1938, II, p. 292; Cass. 27 giugno 1939, n. 2219, in *Foro it.*, 1939, I, c. 1557; Cass. 30 dicembre 1939, in *Rep. Foro it.*, 1939, v. *Obblig.*, n. 343 ss.

³²⁸ Si tenga anche in considerazione che, proprio nel 1942, G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, *cit.*, p. 344, aveva replicato alle argomentazioni degli Autori precedenti e, particolarmente, al Senin, negando rilevanza alla distinzione tra mancanza di adempimento. Secondo A. SENIN, *op. cit.*, p. 94 ss., l'inadempimento totale avrebbe comportato un difetto di causa, poiché lo stipulante non avrebbe potuto realizzare in modo assoluto lo scopo perseguito con il contratto. L'adempimento difettoso, invece, non avrebbe fatto venir meno la

È pur vero, d'altra parte, che la genericità dell'espressione impiegata dal legislatore autorizza a percorrere qualunque via interpretativa.

E così, sul finire degli Anni '60 dello scorso secolo, si è riaffacciata la teoria della limitazione di efficacia del *solve* all'eccezione *non rite*, ad opera di una isolata voce della dottrina³²⁹.

causa, non impedendo la realizzazione dello scopo contrattuale. «[...] *Onde l'invalidità del solve et repete nella prima ipotesi e la sua validità nella seconda* [...]». Ancora, il Senin traeva sostegno argomentativo ricordando che se si poteva rinunciare alla garanzia per vizi occulti, *ex art. 1500 cod. civ. ab.*, a maggior ragione si sarebbe dovuto subordinare l'azione redibitoria all'avvenuto pagamento. In realtà, come rilevato dall'Auletta, intanto anche l'adempimento difettoso potrebbe impedire la soddisfazione del bisogno cui doveva servire il bene oggetto del contratto bilaterale. Inoltre, l'art. 1500 cod. civ. ab. non avrebbe regolato una rinuncia all'azione, ma una modifica al contenuto dell'obbligazione, sicché quest'ultima, malgrado il vizio occulto, sarebbe stata considerata perfettamente adempiuta. Infine, nell'ipotesi delineata dall'art. 1510 cod. civ. ab., ossia il patto di pagare il prezzo nonostante la molestia di un'azione ipotecaria o rivendicatoria, non si sarebbe trattato di un adempimento difettoso, perché, se la pretesa del terzo fosse risultata fondata, il venditore sarebbe stato completamente inadempiente alla sua obbligazione principale di trasferire la proprietà della cosa. L'Auletta concludeva affermando che «[...] *la prestazione dell'onerato è perciò dovuta alla scadenza alla scadenza stabilita, anche se l'altra parte è inadempiente e ciò vale per tutti gli effetti giuridici e, in particolare, per la responsabilità d'inadempimento dell'onerato stesso* [...]». Egli attinge a questo risultato basandosi sulla funzione dell'*exceptio non adimpleti contractus*, che è considerata equivalente a un mezzo assicurativo, per in futuro rendimento delle sanzioni contro l'inadempimento, «[...] *onde il credito di ogni soggetto del contratto bilaterale è già perfetto (ed esistenti le condizioni dell'azione) anche prima dell'adempimento del proprio obbligo* [...]» e allora «[...] *la rinuncia all'exceptio vale rinuncia a tale mezzo assicurativo, non ad un'obiezione contro l'azione di condanna del beneficiario della clausola* [...]». E l'Autore conclude che la rinuncia preventiva a un mezzo assicurativo predisposto dalla legge non potrebbe incontrare difficoltà, quando, ad esempio, era pacifica la possibilità di rinunciare all'ipoteca legale dell'alienante.

³²⁹ Si allude a A. DALMARTELLO, *op. cit.*, 1970, p. 851 ss.. Lo stesso Autore aveva già rappresentato il proprio punto di vista nella precedente edizione della medesima voce del Novissimo Digesto, nel 1964. *Contra* E. BETTI, *op. loc. cit.*, il quale pare aderire al novero di coloro che reputavano rientrasse «[...] *nel normale ambito dell'autonomia privata la possibilità di escludere la regola inadimpleti non est*

Secondo questo punto di vista, il *solve*, per essere efficace, dovrebbe avere riguardo a «[...] *una situazione tale per cui, indipendentemente dal patto o clausola, le eccezioni sarebbero opponibili*»³³⁰.

E ciò sarebbe possibile quando sia superata la questione circa la priorità temporale di una prestazione rispetto all'altra, perché l'adempimento abbia avuto luogo, pur parzialmente, ovvero sia stata offerta la prestazione³³¹.

Questa impostazione, che continua a risultare isolata in dottrina, è ormai ampiamente avallata dalla giurisprudenza.

Infatti, si registrano un precedente del Giudice delle Leggi³³² e due pronunce della Corte di Cassazione, che

adimplendum, almeno nella misura in cui non si paralizzi la funzione del *sinallagma* del contratto nella fase di sua esecuzione e non si contravvenga al principio della buona fede [...]».

³³⁰ A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*.

³³¹ Ancora A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 853. A questo punto, dopo che quantomeno sia stata eseguita difettosamente una prestazione: «[...] *l'altro adempimento è, per ciò stesso divenuto attuale (come dovere di prestazione), ossia esigibile ratione temporis e quindi non contestabile in virtù del beneficio del termine, ma solo in virtù dell'exceptio non rite adimpleti contractus paralizzata dalla clausola* [...]».

³³² Corte Cost. 12 novembre 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 1180: il *solve* sarebbe configurabile «[...] *solo nei confronti delle eccezioni aventi il loro fondamento nell'inesatto o imperfetto adempimento da parte dell'attore, cioè delle exceptiones inadimpleti, e più propriamente non rite adimpleti contractus* [...]».

invertono completamente il corso precedente della giurisprudenza³³³.

La giurisprudenza ha costruito la propria sentenza sulla considerazione che non sarebbe meritevole di tutela l'interesse di chi pretenda il corrispettivo, in virtù del *solve et repete*, «[...] *senza aver eseguito, in tutto o in parte, la prestazione* [...]»³³⁴.

Le due pronunce della Cassazione hanno originato un indirizzo oramai consolidato, malgrado qualche rara sentenza di una certa ambiguità³³⁵.

³³³ Cass. 3 dicembre 1981, n. 6406, *cit.*, e Cass. 16 luglio 1994, n. 6697, in *Mass. giur. it.*, 1994, n. 620.

³³⁴ Cass. 3 dicembre 1981, n. 6406, *cit.*. «[...] *Onde il patto solve et repete esplica la propria limitata efficacia nel senso che, senza alcuna possibilità di paralizzare la exceptio inadimplenti contractus, preclude al convenuto soltanto la facoltà di ricorrere alla exceptio non rite adimplenti contractus* [...]».

³³⁵ Tra l'altro, la sentenza del 1994, pronunciata dalla Sez. II., non ha dedicato alcuna argomentazione alla propria soluzione, limitandosi a richiamare, con stringata enunciazione, la sentenza del 1981. Nella motivazione, infatti, è dato leggere che «[...] *Peraltro si è pure ribadito (v. Cass. 3.12.1981 n. 6406) che la garanzia da eccezioni dilatorie, propria della clausola solve et repete, "non ha un'efficacia tale da paralizzare in toto l'exceptio inadimplenti contractus, bensì resta correlata all'ambito di operatività dell'exceptio non rite adimplenti contractus, sicché essa non incide sulla possibilità di far valere la mancata esecuzione, totale o parziale, della controprestazione"; e a questo principio si è altresì attenuta la decisione impugnata sul presupposto, accertato, del mancato completamento dell'opera appaltata* ». Il caso pratico riguardava un contratto di appalto per la fornitura e montaggio di un impianto di ascensore. Il committente aveva rifiutato il pagamento delle somme, riguardanti la revisione prezzi, eccependo, in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, l'incompiutezza dell'opera e chiedendo in via riconvenzionale la condanna del ricorrente al risarcimento del danno e al completamento dell'impianto. L'appaltatore, da parte sua, sosteneva di non aver terminato talune opere, poiché il committente non aveva eseguito lavori di sua competenza, peraltro rifiutando di riconoscere la revisione prezzi, generata dal ritardo nell'esecuzione dell'opera non imputabile all'appaltatore. Per la verità, dall'analisi delle difese giudiziali e delle varie sentenze del giudizio, ci si avvede che l'appaltatore era risultato soccombente, in relazione alla controdeduzione del

Del resto, le argomentazioni articolate dalla Cassazione paiono tali da inaugurare una vera inversione di tendenza.

Larga parte della dottrina, però, è rimasta dubbiosa, nella considerazione che il nuovo orientamento scaverebbe un solco tra le eccezioni *non adimpleti* e *non rite*, che pare non fosse nelle intenzioni del legislatore e non trovi nemmeno sostegno nel sistema³³⁶.

solve et repete, non perché le Corti di merito avessero reputato inefficace il patto, ma perché «[...] la clausola "solve et repete" non comportava inammissibilità della opposizione a decreto ingiuntivo dato che il pagamento richiesto era comunque avvenuto per effetto della provvisoria esecuzione del decreto; che la clausola di revisione dei prezzi, posta a fondamento della pretesa [dell'appaltatore: N.d.R.], doveva ritenersi inefficace per non essere stati indicati i periodi di riferimento per il calcolo della revisione né il criterio per la determinazione del calcolo revisionale; che il mancato funzionamento dell'ascensore era imputabile esclusivamente [all'appaltatore: N.d.R.]; che la condanna generica al risarcimento dei danni era giustificata dalla rilevanza potenzialmente dannosa del fatto accertato [...]». Probabilmente, il difensore dell'appaltatore ripropose l'argomento del *solve et repete*, convertendolo in motivo di impugnazione per cassazione, per non correre il rischio che esso fosse considerato rinunciato, in un eventuale giudizio di rinvio. Peraltro, il motivo di ricorso riguardava l'illegittimità della domanda riconvenzionale di condanna, proposta nel giudizio di primo grado dal committente. La Corte, dunque, mentre per un verso si è pronunciata opportunamente – e con esiti condivisibili – sul problema della procedibilità di una domanda riconvenzionale in caso di *solve et repete*, per altro verso si è occupata in modo inconferente al caso pratico dell'esperibilità della *exceptio*. Sulla sentenza si vedano anche i commenti di L. BIGLIAZZI GERI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 97 ss.; C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1262; E. LECCESE, *op. cit.*, p. 101 ss..

³³⁶ Si pensi che il Codice del 1865, a somiglianza del *Code Napoléon*, non conosceva un rimedio generale di eccezione per inadempimento. La dottrina, tuttavia, era concorde nel reputare che, almeno nei contratti bilaterali, ciascuna parte avesse il diritto di rifiutare l'adempimento, qualora l'altra parte non adempisse o offrisse di adempiere contemporaneamente. Il dibattito, dunque, si svolse principalmente intorno all'ambito di applicazione e all'individuazione delle norme dalle quali derivare il principio generale, giacché vi erano solo casi di applicazione speciali (gli artt. 1469 cod. civ. e 805 cod. comm.). Era, infine, oggetto di discussione, frequentemente ma non univocamente risolta in senso positivo, che anche l'adempimento inesatto potesse legittimare l'esercizio della *exceptio inadimpleti contractus*, risolvendosi in una eccezione *non rite adimpleti contractus*. Per la ricostruzione di questi aspetti, si vedano, tra gli altri, C.

Secondo alcuni, sarebbe stato preferibile conservare l'unicità tanto del rimedio *ex art. 1460 cod. civ.*, tanto del concetto stesso di inadempimento³³⁷, e tutelare il soggetto onerato dal *solve* facendo leva sulla facoltà di sospensione

LESSONA, *Legittimità della massima «inadimplenti non adimplendum»*, in *Riv. dir. comm.*, 1818, I, p. 383 ss.; G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, p. 151 ss.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, Firenze, 1908, p. 222 ss.. Nella dottrina francese, per gli altri, L. V. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, III, Paris, 1885, art. 1886, n. 37, p. 266 ss..

³³⁷ Secondo questa prospettiva, quale che ne dovesse essere esattamente il contenuto, sarebbe stato proprio la limitazione alla proponibilità dell'*exceptio* l'obiettivo perseguito dai pratici con il patto *solve et repete*, sotto la vigenza del Codice del 1865. Il legislatore del 1942, al riguardo, avrebbe tentato di risolvere molte delle questioni rimaste aperte. Infatti, per un verso, con l'art. 1460 cod. civ. ha provveduto a codificare l'*exceptio* come istituto di ampia portata. Quanto al contenuto della eccezione, il sistema generale delle obbligazioni avrebbe consentito di ricostruire unitariamente il concetto di inadempimento. Sul punto, v. per tutti F. REALMONTE, *op. cit.*, p. 228: «[...] *In linea di principio non v'è dubbio che il nostro ordinamento considera vero inadempimento l'adempimento inesatto [...]*». Ciò nonostante, la dottrina si è dovuta ugualmente impegnare per enucleare le modalità con le quali la parte *in bonis* debba ricevere la prestazione per mantenere il potere di *exceptio non rite adimpleti contractus*: con riserva ovvero con immediata contestazione dell'inesattezza. ID., *op. loc. cit.* Per altro verso, la formulazione dell'art. 1462 cod. civ. avrebbe sancito la legittimità del *solve et repete*, come strumento in grado di impedire la proposizione della *exceptio*. Poiché la specie della *exceptio non rite* è stata bisognosa di così articolato sforzo ricostruttivo, per riconoscerne la stessa esistenza all'interno del sistema, non si potrebbe attribuire al legislatore l'intenzione di limitare ad essa il potere paralizzante del *solve*. Se, allora, la nozione di eccezione di inadempimento dovesse essere necessariamente considerata in modo unitario, e se, dal punto di vista storico, fosse altrettanto certo che il legislatore ne avesse voluto sancire la sottoponibilità al *solve*, anche in ragione della collocazione sistematica dell'art. 1462 cod. civ., si dovrebbe concludere che sarebbe già stata svolta la valutazione di meritevolezza degli interessi delle parti. La giurisprudenza, allora, non potrebbe sostituirsi al legislatore, ma al più, per temperare gli esiti talvolta ingiusti, cui potrebbe condurre l'applicazione integrale del primo comma dell'art. 1462 cod. civ., utilizzare il potere conferito dal secondo comma della stessa disposizione. Ampio sostegno a questo punto di vista deriva dalle considerazioni della dottrina assolutamente prevalente, per la quale si vedano E. ENRIETTI, *op. loc. cit.*, C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1261 s., L. BIGLIAZZI GERI, *op. loc. cit.*; E. PERSICO, *op. cit.*, p. 216 ss.; F. REALMONTE, *op. cit.*, p. 238 e I. BOLOGNA, *op. cit.*, p. 45.

riconosciuta al Giudice, nei casi di gravi motivi, dal secondo comma dell'art. 1462 cod. civ.³³⁸.

Nel concludere, non si può non constatare la persuasività delle argomentazioni che la dottrina del Novecento³³⁹ e la giurisprudenza hanno tratto dall'esperienza precedente³⁴⁰, nel sostenere l'efficacia del *solve* verso la sola eccezione *non rite*.

Tale posizione deriva, infatti, dal coordinamento tra la disciplina temporale stabilita dalle parti e la clausola.

In altre parole, non sarebbe tanto la struttura o la funzione dell'*exceptio* a escludere l'efficacia del *solve*, bensì la necessità di coordinare, per via interpretativa, la contemporanea presenza di un ordine prestabilito nell'esecuzione delle prestazioni e del *solve*.

³³⁸ Al riguardo, l'accertamento dell'avvenuto totale inadempimento del soggetto beneficiario del *solve* esporrebbe quest'ultimo a un grave onere probatorio, che non potrebbe che essere adempiuto nel corso dell'interminabile processo civile. Esaurita l'attività istruttoria, sono ormai passati anni dal momento nel quale le parti avevano previsto che il contratto avesse esecuzione e l'interesse del creditore a ricevere prontamente la prestazione, condiviso e cristallizzato nella clausola *solve*, è ormai irrimediabilmente frustrato. Sarebbe, pertanto, quantomeno opportuno prevedere che il convenuto per l'adempimento, onerato del patto, fornisca prova liquida, di immediato riscontro, circa l'inadempimento totale della controparte beneficiaria del *solve*. Nel caso si tratti di prove costituenti, tuttora pare preferibile l'impostazione dottrinale tradizionale, che prevede la condanna dell'onerato con riserva di ripetizione.

³³⁹ Si allude a A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*

³⁴⁰ Si vedano, tra tutti, T. ASCARELLI, *op. loc. cit.*, e P. GRECO, *op. loc. cit.*

Se non si vuole privare di rilievo l'accordo, con riferimento all'ordine cronologico delle prestazioni, si dovrebbe concludere che il *solve* possa paralizzare la sola *exceptio non rite*³⁴¹.

³⁴¹ Si deve constatare, tuttavia, che questa conclusione è stata oggetto di critica, in particolare da parte di L. BIGLIAZZI GERI, *op. loc. ult. cit.*, e di I. BOLOGNA, *op. cit.*, p. 45 s., particolarmente nota n. 8, il quale, intendendo replicare a P. GRECO, *op. loc. cit.*, ha affermato che «[...] Evidentemente, dopo tutto ciò, l'A. non si era accorto che in argomento era la clausola *solve et repete* cioè quel patto aggiunto che deroga ai principi di interpretazione del contratto di significato ambiguo, che è esso stesso una convenzione che temporaneamente regola il dovere della previa prestazione e che, quindi, sotto questo aspetto, può sostanzialmente rientrare nel n. 1 e 2 dei punti sopra esposti [...]». Per la verità, questa critica non pare particolarmente persuasiva, perché non spiega quale sia l'intenzione delle parti nel prevedere *contemporaneamente* una scansione cronologica delle prestazioni e anche un *solve et repete*. Inoltre, non sembra coerente definire il dovere della previa prestazione dell'onerato come regolato *temporaneamente*. È appena il caso di osservare, infatti, che una volta adempiuta la prestazione da parte dell'onerato, egli non può che ripeterla e, dunque, la sua eccezione di inadempimento sarebbe definitivamente consumata.

2.2.9 Sospensione dell'esecuzione per mutamento nelle condizioni patrimoniali del contraente

Gli autori che si sono occupati del *solve et repete* civilistico non hanno mai dubitato, salvo qualche isolata voce dissenziente³⁴², che il patto estendesse la propria efficacia paralizzante anche al rimedio configurato dall'art. 1461 cod. civ..

Infatti, aderendo alla ricostruzione prevalente nella dottrina germanica, in Italia si è reputato che il rimedio sospensivo fosse una *exceptio inadimpleti contractus*³⁴³ e dovesse seguire le sorti interpretative dell'art. 1460 cod. civ..

Secondo questo orientamento, inadempiente non sarebbe solo chi non abbia eseguito esattamente la prestazione, ma anche chi versi in condizioni patrimoniali talmente deteriorate,

³⁴² Tra questi si vedano E. PERSICO, *op. cit.*, p. 217; L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 93. Secondo il punto di vista dell'Aurice, alla sicurezza del *solve et repete* per il beneficiario, si contrapporrebbe per l'onere il rischio che eccede l'incertezza naturale sottesa al patto, costituito dalla quasi certezza di un danno irreparabile.

³⁴³ Pare questo l'orientamento dominante nella dottrina germanica. Si vedano L. ENNECCERUS, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, *Einleitung, Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse 3*, Marburg, 1908, p. 367, nota n. 10; H. SCHLEGELBERGER, *Das Zurückbehaltungsrecht*, Jena, 1904, p. 3; V. MOLITOR, *Shuldrecht*, Berlin - München, 1948, p. 97. Nella dottrina italiana, specialmente G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 571, e G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 300.

da non poter puntualmente adempiere alla scadenza dell'obbligazione³⁴⁴.

Peraltro, il principio ora trasfuso nell'art. 1460 cod. civ, sarebbe certamente assoggettato alla paralisi imposta dalla vigenza di un patto *solve et repete*, innanzi tutto per i motivi storici che condussero alla codificazione dell'art. 1462 cod. civ.³⁴⁵.

Eppure, solo che ci si addentri appena nelle argomentazioni sostanziali, proposte a sostegno o contro l'applicabilità del *solve* alla sospensione dell'esecuzione, ci si avvede immediatamente che esse non coincidono con quelle prospettate per l'art. 1460 cod. civ..

Così, i due rimedi dilatori sinallagmatici, di cui agli artt. 1460 e 1461 cod. civ., in rapporto con i problemi del *solve*, ricevono sempre trattazioni separate³⁴⁶.

³⁴⁴ Così G. MIRABELLI, *op. loc. cit.*

³⁴⁵ Ancora G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 353: l'Autore ricorda che sotto il Codice del 1865 la pratica contrattuale aveva generato la clausola *solve et repete* proprio per porre al riparo il creditore beneficiario dalla *exceptio*. Dunque, anche dalla collocazione sistematica impressa al *solve*, sarebbe chiaro che il legislatore ha inteso confermarne l'efficacia nei confronti dell'istituto di cui all'art. 1460 cod. civ. Del medesimo parere anche A. DALMARTELLO, *cit.*, p. 849 e particolarmente nota 5.

³⁴⁶ Ne è esempio emblematico lo sviluppo argomentativo proposto da E. LECCESE, *op. cit.*, p. 90. L'Autrice rileva come «[...] la comune derivazione dal principio per il quale non si è tenuti ad adempiere nei confronti di cui è inadempiente non

Tali difficoltà, che inevitabilmente si riflettono sulla coerenza delle argomentazioni circa l'efficacia del *solve*, potrebbero trarre origine da una non opportuna correlazione tra le due eccezioni dilatorie.

Non è questo il luogo per affrontare l'interessante questione del fondamento degli artt. 1460 e 1461 cod. civ.

Tuttavia, non sarà inutile segnalare che non è affatto certo che esso vada rintracciato nel principio «*inadimpleti non est adimplendum*», che si estrinseca nell'art. 1460 cod. civ., per i motivi che pare più acconcio sintetizzare in nota³⁴⁷.

consente, però, di svolgere in maniera unitaria il problema del rapporto che tali eccezioni hanno con l'istituto del solve et repete, in quanto presentano tratti strutturali differenti. La problematica relativa alla definizione del quesito circa il loro grado di «resistenza» rispetto al solve va, dunque, affrontata separatamente per ognuna di esse [...].»

³⁴⁷ In primo luogo, la fattispecie disegnata dall'articolo 1460 cod. civ. ipotizza l'inadempimento dell'attore o, nel caso di esercizio stragiudiziale dell'*exceptio*, dell'intimante; la sospensione nell'esecuzione, invece, presuppone non l'inadempimento, bensì il mero pericolo di esso. Così M. ROSSETTI, *I contratti in generale*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000, p. 373. In altre parole, l'istituto dell'eccezione di inadempimento postulerebbe una realtà certa, conclusa e collocabile nel passato: l'inadempimento; mentre la sospensione nell'esecuzione troverebbe la sua ragion d'essere in un accadimento eventuale e futuro, la *possibilità* di inadempimento, fatto incerto di cui è postulabile e argomentabile l'accadere in base al mutamento nelle condizioni patrimoniali del contraente. In questo senso L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 34. Quanto al profilo del termine di scadenza delle prestazioni, l'eccezione di inadempimento si applicherebbe ai contratti a prestazioni corrispettive con identità di termini di adempimento; La sospensione, invece, a contratti con obbligazioni a scadenza differita. È questo l'orientamento consolidato in giurisprudenza e dottrina, per il quale v. Cass. 25 ottobre 1966, n. 2590, in *Mass. Giust. civ.*, 1966; Cass. 9 maggio 1964, n. 1107, in *Mass. Foro it.*, 1964; Cass. 13 febbraio 1958, n. 459, in *Mass. Giust. civ.*, 1958; Cass. 21 maggio 1957, n. 1842, *Mass. Giust. civ.*, 1957; in dottrina, per tutti, E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, p.

Numerosi interpreti, in alternativa al principio «*inadimpleti non est adimplendum*», propongono di considerare che il rimedio sospensivo sia un'applicazione del diritto di ritenzione³⁴⁸.

410 ss.; E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 846, V. CALANDRA BUONAURA, *Il mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, p. 586. *Contra* G. Scaduto, *op. cit.*, p. 134; E. PERSICO, *op. cit.*, p. 83; R. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 740. La *ratio* dei due istituti divergerebbe, poi, nel suo atteggiarsi nei confronti del contratto. Infatti, l'*exceptio non adimpleti contractus* di cui all'art. 1460 cod. civ. avrebbe la funzione principale di rendere più efficaci e fruttuosi i rimedi accordati alla parte fedele, nel caso sia inevitabile la rottura del rapporto di corrispettività teleologica esistente tra gli arricchimenti. In particolare renderebbe maggiormente soddisfacente la risoluzione per inadempimento, la quale potrebbe avvenire *re adhuc integra*. Diversamente, l'istituto della sospensione, essendo un rimedio preventivo, non mirerebbe a smantellare il contratto, quanto, se mai, a rafforzarlo, favorendo la prestazione di garanzie. Così, gli altri, R. Sacco, *op. cit.*, p. 526; E. MASSONE, *op. cit.*, p. 47; A. MANNA, *op. cit.*, p. 787. Alla sospensione *ex art.* 1461, quindi, potrebbe anche ricondursi una funzione di coazione psicologica nei confronti della controparte in difficoltà economica, che verrebbe indotta a prestare idonea garanzia o, in ogni caso, a prepararsi in tempo per essere in grado di eseguire tempestivamente la propria prestazione. Sul punto ancora E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 854. Sono ravvisabili anche ulteriori elementi di distinzione tra le due figure. Mentre, infatti, la sospensione dell'esecuzione comporta la sostituzione di un diverso termine legale a quello convenzionalmente stabilito, venuto a scadenza il quale l'eccezione non può più essere proposta, diversamente, l'*exceptio* può continuare ad essere proposta fino al momento in cui la controparte non adempia o non offra di adempiere. Dal punto di vista processuale, una parte minoritaria della dottrina ha sostenuto che l'eccezione di inadempimento potrebbe essere esercitata soltanto nel caso in cui venga proposta domanda diretta ad ottenere l'adempimento, mentre la sospensione disciplinata dall'art. 1461 cod. civ. costituirebbe un rimedio azionabile anche stragiudizialmente. F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 335. Ancora in ambito processuale, e specificatamente probatorio, inoltre, si reputa che chi sospenda la prestazione *ex art.* 1461 c.c. abbia l'onere di provare il peggioramento delle condizioni patrimoniali della controparte. Diversamente, colui che propone in giudizio l'*exceptio inadimpleti contractus* dovrebbe solo menzionare l'inadempimento, gravando su quest'ultimo l'onere di provare di aver adempiuto. Le osservazioni fino qui svolte sembrano legittimare l'opinione che il legislatore del 1942, nel disciplinare gli istituti in due diversi articoli, non si sia limitato a prendere atto del diverso atteggiarsi di uno stesso rimedio, ma abbia inteso articolare e distinguere due rimedi distinti e diretti ad ovviare in modo simile a fatti lesivi differenti. Così L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 43.

³⁴⁸ Era questa la prevalente interpretazione che la dottrina italiana dell'epoca dava all'istituto disciplinato dall'art. 1469 cod. civ. abr. Cfr. L. TARTUFARI, *Delle vendite e del riporto*, in *Il codice di commercio commentato*, coordinato da L. Bolaffio e C. Vivante, III, Torino, 1925, p. 360; R. MONTESSORI, *Il diritto di ritenzione in*

Altri ancora propendono per ricondurre il rimedio *ex art.*

1461 cod. civ. alla clausola «*rebus sic stantibus*»³⁴⁹.

La prima teoria risale a una impostazione spesso acriticamente assunta dalla nostra dottrina formatasi sul Codice del 1865, mutuandola dalla cultura giuridica francese e scandinavo-germanica³⁵⁰.

Come osservato da dottrina più recente, questa interpretazione, peraltro ormai da lungo tempo rimasta senza sostenitori³⁵¹, pare da scartare³⁵².

materia commerciale, Milano, s.d., p. 77 ss; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II, *Effetti delle obbligazioni*, Torino, 1930, p. 535; C. L. GASCA, *Trattato della compra-vendita civile e commerciale*, II, Torino, 1915, p. 319; U. PIPIA, *La compra-vendita commerciale con particolare riguardo al diritto civile agli usi mercantili ed alla più recente giurisprudenza*, Torino, 1902, p. 623; S. SATTA, *Rivendita forzata*, Milano, 1933, p. 15. La stessa impostazione si rinviene nella dottrina tedesca, per la quale, ad esempio, H. LAUBHARDT, *Zur Auslegung del § 321 BGB*, in *Arch. civil. Prax.*, 1912, p. 44, e in quella francese, ad esempio, J. GHESTIN, B. DESCHÉ, *La vente*, in *Traité des contractus*, sous la direction de J. Ghestin, Paris, 1900, p. 738 ss..

³⁴⁹ In questo senso O. FRITZE, *Clausola Rebus Sic Stantibus*, in *Arch. f. bürg Recht*, 1900, p. 44; F. J. STHAL, *Die sogenannte Clausola Rebus Sic Stantibus im B.G.B.*, München - Berlin, 1909, p. 49 ss.; P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1928, p. 269.

³⁵⁰ Peraltro, per la dottrina germanica può essere giustificato il ricorso al diritto di ritenzione, per spiegare la norma contenuta nel § 321 B.G.B., omologo del nostro 1461 c.c., dal momento che nell'ordinamento tedesco, diversamente che in quello italiano, il diritto di ritenzione è riconosciuto come figura generale e viene ammesso non solo nel caso di crediti scaduti per spese fatte sulla cosa o per danni da questa cagionati, ma anche nel caso del debitore il quale abbia contro il creditore un credito scaduto derivante dallo stesso rapporto giuridico su cui è fondata la sua obbligazione. Cfr., infatti, §§ 273-274, oltre che §§ 369-370-371 B.G.B.

³⁵¹ Le critiche a questa concezione, in realtà, presero avvio ancora vigente il codice del 1865. Tuttavia, in modo che è stato definito «[...] *alquanto singolare* [...]» (F. ADDIS, *op. cit.*, p. 16). Piuttosto, infatti, che indirizzarsi verso la numerosa e autorevole falange di autori italiani sopra ricordati, esse si concentrarono in modo particolare sull'opera di H. LAUBHARDT, *op. cit.*, p. 248 ss.. Autori quali, ad

Se non altro perché «[...] la prefissione di un termine, allo scadere del quale, anche se l'altro contraente non abbia frattanto ovviato alla mancanza di garanzie idonee, il diritto di sospendere l'esecuzione della prestazione viene meno, è inconciliabile con la ritenzione, la quale, viceversa, presuppone necessariamente il mantenimento di questa situazione, sino a

esempio, G. SCADUTO, *op. cit.*, p. 75 ss., hanno osservato che «[...] Secondo noi il decidersi per l'eccezione di ritenzione o per l'ex. non ad. c. deriva dall'efficacia che si riconosce allo stato di fallimento o di non solvenza. Se questo non toglie il beneficio del termine, ma solo il diritto di potere esigere anticipatamente, in modo che il creditore in bonis può rifiutare la prestazione anticipata, ma non richiedere l'adempimento della controprestazione a termine, si tratterà di eccezione di ritenzione e non di ex. non ad. c., perché questa presuppone un credito esigibile da parte dell'attore e tale non è quello a termine. Che se invece lo stato di fallimento o di non solvenza produce la perdita del beneficio del termine, come crediamo avvenga nell'art. 1469 capov., ponendolo in relazione coll'art. 1176, allora trovandosi due obbligazioni sinallagmatiche perfettamente esigibili, l'eccezione del convenuto non è altra che l'ex. non ad. c. [...]». Identiche le argomentazioni di U. FAVARA, *L'exceptio non adimpleti contractus*, Napoli, 1939, p. 82. In realtà, è stato osservato da F. ADDIS, *op. cit.*, p. 17, che al di là dell'assimilazione tra le ipotesi di inadempimento attuale con quelle di cui all'odierno art. 1461 cod. civ., in cui l'inadempimento è solo temuto ed eventuale, la tesi rimane valida per quanto riguarda le conclusioni relative alla ritenzione. Secondo C. CARAVELLI, *Teoria della compensazione e diritto di ritenzione*, Milano, 1940, p. 300, l'indice normativo più sicuro per escludere la natura di applicazione del diritto di ritenzione sarebbe costituito dal fatto che la sospensione nell'esecuzione è evitata dalla prestazione di una cauzione, mentre questa «[...] non sarebbe mai possibile si sostituisse alla ritenzione, per l'evidente e perentoria ragione che la cauzione, essendo anch'essa una garanzia, può momentaneamente sospendere la responsabilità derivante da una inadempienza, non mai sostituirsi ad una garanzia più energica, qual è quella derivante dal diritto di ritenzione [...]».

³⁵² Per quanto riguarda il diritto italiano, è stato affermato che il diritto di ritenzione avrebbe natura «[...] del tutto speciale ed eccezionale[...]» (E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 855 s.), e spetterebbe unicamente al creditore di somma per indennità o rimborsi nascenti da spese effettuate per date cose, di cui sia stato in possesso e che debba restituire. Tale diritto consisterebbe, appunto, nel potere del creditore di trattenere le cose stesse, rifiutandone la riconsegna, fino a che non sia stato pagato o soddisfatto del suo credito. Diversamente dalla ritenzione, del resto, la sospensione nell'esecuzione presupporrebbe un contratto a prestazioni corrispettive, oltre agli altri elementi quali il peggioramento delle condizioni patrimoniali e il pericolo di non conseguire la controprestazione. Sul punto anche L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995, p. 50.

quando la controprestazione non venga eseguita o siano date idonee garanzie; e nell'ipotesi in cui l'altra parte venga a trovarsi in un definitivo inadempimento, il diritto di soddisfarsi (se possibile) sulla cosa ritenuta [...]»³⁵³

D'altra parte, è ben noto che la teoria del principio *rebus sic stantibus*», nel corso degli anni, si sia ripresenta periodicamente³⁵⁴.

Tuttavia, come notato in dottrina, nel nostro diritto positivo la clausola *rebus sic stantibus* è applicabile ai soli contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero ad esecuzione differita, il cui presupposto necessario sia dato dalla eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione di una delle parti, a causa del verificarsi di eventi straordinari e

³⁵³ Così A. RAVAZZONI, *Osservazioni in tema di mutamento nelle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti*, in *Temi*, 1958, p. 140.

³⁵⁴ L'impostazione in discorso muove i suoi passi dalla considerazione che l'art. 1461 cod. civ. ha il compito di porre rimedio a squilibri nell'assetto sinallagmatico del contratto a prestazioni corrispettive. Lo sfasamento temporale nell'esecuzione delle prestazioni, previsto dalle parti, rappresenta una libera valutazione e un assetto reputato soddisfacente dei propri interessi. Tuttavia, mutamenti nelle condizioni patrimoniali della parte direttamente avvantaggiata dallo sfasamento temporale, in quanto tenuta ad adempiere per ultima, possono intaccare il rapporto sinallagmatico. A misura in cui questo squilibrio si fa più intenso, fino al punto di pregiudicare o rendere più difficoltosa la corretta realizzazione del complessivo programma negoziale, il nostro sistema positivo reagisce in funzione di riequilibrio degli interessi economici delle parti. Cfr. G. OSTI, voce *Clausola "rebus sic stantibus"*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, III, p. 360; R. SACCO, *op. ult. cit.*, p. 647; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 1537.

imprevedibili. Non già a causa delle peggiorate condizioni economiche del debitore³⁵⁵.

In realtà, ormai da alcuni anni è stato osservato, con ampiezza di argomentazioni, che non sono soddisfacenti i tentativi di ricondurre il rimedio dell'art. 1461 cod. civ. a un principio generale tra quelli tradizionalmente indicati dalla dottrina.

Allora si dovrebbe, piuttosto, riconoscere che l'art. 1461 cod. civ. sia espressione di un principio originario proprio³⁵⁶.

E sulla base di questo principio di tutela del contraente contro "l'insicurezza"³⁵⁷, si dovrebbe pure ricostruire il rapporto con l'art. 1462 cod. civ..

³⁵⁵ L'osservazione è di E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 856. In senso conforme J. GERNHUBER, *Synallagma und Zessios*, in *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser*, Tübingen, 1974, p. 73; U. HUBER, in *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964*, hrsg. Von H. Dölle, München, 1976, p. 416. Inoltre non si può ignorare che normale conseguenza dell'applicazione del principio in discorso è la risoluzione del rapporto o la riconduzione di esso alla situazione originaria e mai l'adozione di una semplice misura cautelare e temporanea. Così A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 139.

³⁵⁶ Sul punto F. ADDIS, *op. loc. cit.*. Vedi pure V. CALANDRA BUONAURO, *op. cit.*, p. 586; L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 43.

³⁵⁷ Sono plurimi i casi di sospensione, tanto nel Codice civile (artt. 1481, 1482, 1565, 1901, commi 1 e 2, 1822, 1956, 1959), che in altre fonti normative, tra le quali la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili, all'art. 71 (Sul tema J. BONELL, *La convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: origini, scelte e principi fondamentali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 715 ss.). Tuttavia, secondo F. ADDIS, *op. cit.*, p. 65, sarebbe impossibile «[...] la generalizzazione di una nozione di pericolo con conseguenze sospensive

Così impostato, nel caso di eccezione di sospensione nell'esecuzione, sembrerebbero prevalere gli argomenti per escludere l'efficacia del *solve*, piuttosto che per affermarla.

Infatti, la possibilità di ripetizione della prestazione effettuata in virtù del *solve*, ovvero l'ottenimento della controprestazione non ancora o non esattamente adempiuta, così come, del resto, l'eventuale risarcimento del danno per inadempimento, potrebbero essere posti in dubbio dal peggioramento dello stato patrimoniale della parte beneficiaria del patto³⁵⁸.

La gravità delle condizioni patrimoniali della parte beneficiaria del *solve et repete*, secondo alcuni, dovrebbe allora far propendere per la insensibilità dell'eccezione *ex art. 1461* cod. civ. al patto³⁵⁹.

Secondo altri, invece, «[...] *del fatto che l'applicazione incondizionata del solve possa comportare gravi squilibri o*

dell'obbligo di esecuzione della prestazione [...]». Cfr. ID., *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, MILANO, 2006.

³⁵⁸ L'osservazione è già stata formulata da A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849 s., nota n. 5. Si comprende come, nel caso di eccezione di inadempimento, normalmente è certa la ripetibilità della prestazione eseguita il forza dell'imperativo *solve*.

³⁵⁹ L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 93, la quale sostiene che in tal modo il *solve* «[...] *raggiungerebbe un non indifferente grado di intollerabilità [...]».*

irreparabili danni si è dimostrato consapevole il legislatore, il quale ha inteso ovviare a questi inconvenienti introducendo l'ulteriore sbarramento del potere del giudice di sospendere la condanna, con la conseguenza che la gravità dei motivi degrada da elemento di discernimento sistematico ad oggetto di mero accertamento di fatto [...]»³⁶⁰.

Questo orientamento, assolutamente prevalente in dottrina, fa coincidere l'aggravamento delle condizioni patrimoniali con i «[...] *gravi motivi* [...]» che, a mente del secondo comma dell'art. 1462 cod. civ., consentirebbero al Giudice di sospendere la condanna a carico del soggetto onerato dal *solve*³⁶¹.

La conclusione del ragionamento, se bene si intende quanto scritto dagli Autori citati nella nota precedente, dovrebbe essere che, sebbene il *solve* sia efficace anche nel caso di mutamento delle condizioni patrimoniali del

³⁶⁰ Così C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1261. Cfr. anche F. REALMONTE, *op. cit.*, p. 222 ss..

³⁶¹ Con qualche diversità di accenti, ma in modo sostanzialmente univoco, F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 420; A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*; C. MIRAGLIA, *op. loc. cit.*.

contraente beneficiario, il Giudice dovrebbe sempre sospendere la condanna per il ricorrere dei gravi motivi³⁶².

Le conclusioni appaiono sostanzialmente esatte, per lo meno nelle loro conseguenze operative, sebbene sia opportuno compiere alcune precisazioni.

Come si vede, il *solve*, sebbene reputato efficace, sarebbe *sempre*, di fatto, *non operativo*, poiché il mutamento *ex art.* 1461 cod. civ. consisterebbe in uno stato di insolvenza tale da costituire grave motivo, idoneo alla sospensione della sentenza di condanna, ai sensi dell'art. 1462 cod. civ..

Tale inattitudine a realizzare il proprio effetto paralizzante e dilatorio è sempre lasciata alla discrezionalità dell'organo giudicante.

Queste conclusioni si basano su una non condivisibile equiparazione tra insolvenza fallimentare, insolvenza *ex art.*

³⁶² Secondo una originale ipotesi di D. POLETTI, *op. cit.*, p. 5, almeno nel caso di contratti dei consumatori, «[...] il riferimento normativo al criterio dello squilibrio valutato *ex fide bona* che compare nell'art. 1469 bis c.c. sembrerebbe rafforzare le «ragioni di perplessità» [...]» già manifestate da L. BIGLIAZZI GERI, *op. loc. cit.*, con conseguente inefficacia del *solve*.

1186 cod. civ.³⁶³ e mutamento nelle condizioni patrimoniali *ex* art. 1461 cod. civ.³⁶⁴.

Secondo la ricostruzione che pare preferibile, invece, il peggioramento nelle condizioni, cui l'art. 1461 cod. civ. ricollega la facoltà di sospendere l'esecuzione, si sostanzierebbe in una più difficoltosa soddisfazione del credito per il creditore *in bonis*, rispetto a quella conosciuta e prevista ai tempi della stipulazione del contratto³⁶⁵.

³⁶³ Con l'istituto della decadenza *ex* art. 1186 cod. civ. come noto, il legislatore, prescindendo dal rapporto di *corrispettività*, o di *interdipendenza*, consente l'immediata esigibilità della prestazione da parte del creditore in tre diverse ipotesi riferibili alla sfera giuridica del debitore. Quella che qui riveste interesse è quella dell'insolvenza, concetto che postula, necessariamente, una *mutatio in deterius* nelle condizioni economiche del debitore. Sul tema F. ADDIS, *op. cit.*, p. 53.

³⁶⁴ L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 93, si esprime in termini di «[...] *insolvenza* [...]», in relazione al rimedio sospensivo dell'art. 1461 cod. civ. In termini essenzialmente analoghi anche F. MESSINEO, *op. loc. cit.*; A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*; C. MIRAGLIA, *op. loc. cit.*; E. PERSICO, *op. cit.*, p. 217 s..

³⁶⁵ L'orientamento cui si aderisce, in realtà, non è l'unico che si rinviene nel panorama dottrinario. Secondo una diversa ricostruzione, il concetto di insolvenza sarebbe unico, nel nostro diritto positivo, di modo che lo studioso di diritto civile potrebbe anche mutuare il lavoro interpretativo condotto dai fallimentaristi. Esso dovrebbe consistere nella «[...] *impotenza del debitore a soddisfare le proprie obbligazioni alle singole scadenze e con in normali mezzi tratti dall'esercizio delle proprie attività* [...]». Per tutti S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1952, p. 40 ss., così ripreso anche da A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 132 ss.; vedi anche M. GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, a cura di C.M. Bianca, Bologna, 1956, p. 46. A. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni*, Napoli, 1948, p. 419. In questo senso anche E. ENRIETTI, *op. cit.*, pp. 38 e 856 ss.; R. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 744; R. DANOVI, *La decadenza dal beneficio del termine*, in *Dir. fall.*, 1964, I, p. 389 ss., in particolare p. 408, nota n. 43; N. DISTASO, *I contratti in generale*, II, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, ed. 1966, p. 1235. La tesi si fonda anche su un argomento di analisi storica: l'art. 1186 cod. civ. deriverebbe dall'art. 1188 del *Code* napoleonico, in cui si parlava esplicitamente di «[...] *fallimento del debitore* [...]», come ipotesi che sanciva la decadenza dal beneficio del termine. L'introduzione del termine *insolvenza*, già presente nell'art. 1176 cod. abrog., costituisce l'intento di estendere il rimedio anche a fattispecie in cui il ruolo del debitore non sia rivestito da un imprenditore, e quindi

Questa maggiore difficoltà potrebbe anche solo derivare da una diversa composizione del patrimonio del debitore, che, ad esempio, perda liquidità a fronte dell'acquisto di molteplici beni mobili³⁶⁶.

Questo, dunque, sarebbe uno stato di difficoltà dal quale, tendenzialmente, la parte potrebbe ancora uscire, con una condotta prudente e avveduta³⁶⁷.

Sarebbe, altrimenti, privo di senso un istituto come la sospensione, volto alla conservazione del rapporto contrattuale, che viene semplicemente congelato e, se mai, rafforzato, attraverso la prestazione di idonea garanzia³⁶⁸.

da soggetto non sottoposto a fallimento. Tuttavia, il presupposto obiettivo dell'insolvenza non sarebbe rimasto modificato. Questa tesi trova origine dall'acceso dibattito, avvenuto nella vigenza del Codice postunitario, tra G. BONELLI, *La decadenza dal termine del debitore insolvente*, in *Giur. it.*, 1899, IV, c. 225, appassionato sostenitore della tesi indicata, e V. POLACCO, *op. cit.*, p. 301 ss.

³⁶⁶ L'osservazione è di L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 56 nota n. 43.

³⁶⁷ Questa ricostruzione trova conferma nell'opinione di chi rileva che nel nostro ordinamento la configurazione di situazioni meno gravi dell'insolvenza propriamente detta, eppure sensibilmente vicine ad essa, quali la temporanea difficoltà dell'imprenditore ad adempiere alle proprie obbligazioni, da cui può derivare l'amministrazione controllata. Vedi A. CANDIAN, *Nuove riflessioni sull'amministrazione controllata*, in *Temì*, 1956, p. 637; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1954, p. 334; U. AZZOLINA, *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 1954, II, p. 334. *Contra*, però, v. R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1969, p. 1172.

³⁶⁸ Evidentemente, se egli fosse completamente decotto, la garanzia non potrebbe mai essere presentata. E non è sfuggito agli interpreti, come detto, che il rimedio sospensivo è volto non allo smantellamento dell'impianto negoziale, ma al suo mantenimento, sollecitando il debitore a quelle condotte che appaiono più opportune a mantenere il proprio patrimonio in uno stato idoneo ad adempiere alla propria obbligazione. V. precedenti note, specialmente n. 116 e riferimenti bibliografici ivi contenuti.

Nello stato di insolvenza cui allude l'art. 1186 cod. civ., al contrario, il patrimonio del debitore sarebbe assolutamente inidoneo a consentirgli l'adempimento di una specifica obbligazione³⁶⁹.

La situazione di inidoneità appare tendenzialmente tale da preludere alla rimozione del rapporto obbligatorio, sicché si prevede la decadenza dal beneficio del termine, per poter adoperare lo strumento dell'art. 1460 cod. civ. e predisporre a una risoluzione *re adhuc integra*^{370 371}.

³⁶⁹ Tanto che egli non potrebbe nemmeno impedire la decadenza dal beneficio del termine offrendo una garanzia. prestando idonea garanzia. Se, infatti, il debitore fosse nelle condizioni di prestare idonea garanzia, non si troverebbe in quello stato di insolvenza, cioè incapacità a far fronte alle proprie obbligazioni, che legittima la decadenza stessa. In realtà si dibatte sull'argomento. Vi sono coloro che sostengono che la mancata previsione dell'art. 1186 cod. civ. non impedirebbe che il debitore presti garanzia. Infatti, astrattamente, l'impossibilità di prestare garanzia non ha natura giuridica, bensì dipende esclusivamente dalla situazione economica di costui. Potrebbe anche accadere, dunque, che il debitore trovi qualcuno disposto a garantire per lui (fideiussore, terzo datore di pegno o di ipoteca). Così L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 53. *Contra*, V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, p. 592; E. PERSICO, *op. cit.*, p. 87.

³⁷⁰ Cfr. A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 132 ss.; F. REALMONTE, *op. cit.*, p. 229. In questo ordine di idee anche App. Milano, 28 gennaio 1958, in *Giust. civ., Mass. App.*, 1958, p. 840 ss..

³⁷¹ Una diversa ipotesi, pur partendo dall'identificazione tra il concetto civile e commerciale di insolvenza, si discosta in tema di ambito applicativo delle due norme. Secondo questa opinione, il concetto di insolvenza comprenderebbe anche il caso di condizioni «[...] tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione [...]». Tuttavia, l'antinomia tra le due disposizioni sarebbe superabile considerando che «[...] l'art. 1461 c.c., nel campo dei contratti a prestazioni corrispettive, è norma speciale rispetto a quanto stabilito dall'art. 1186 in tema di obbligazioni in generale [...]». In conseguenza, trattandosi di contratti a prestazioni corrispettive con differenza di termini di esecuzione e in cui il contraente *in bonis* debba adempiere per primo, verificandosi il mutamento, troverebbe applicazione il rimedio della sospensione. In tal senso E. PERSICO, *op. cit.*, p. 86 s..

Ancora diversa, secondo alcuni, la situazione di insolvenza cd. fallimentare. Mentre l'insolvenza generale, disciplinata dal codice civile, riguarderebbe l'incapienza di un patrimonio rispetto a una singola obbligazione, in relazione alla quale sia concesso un termine, l'insolvenza fallimentare risulterebbe dalla differenza negativa di attivo e passivo del patrimonio di un imprenditore³⁷².

Evidenziando le differenze tra questi concetti, pare opportuno differenziare anche le sorti che attendono il contratto in cui la parte beneficiaria di un *solve et repete* incorra in difficoltà economica.

Se tale difficoltà corrispondesse a una pressoché acquisita certezza di inadempimento, poiché si verte in stato di insolvenza semplice o fallimentare, parrebbe che il *solve* non possa operare e sia da reputare inefficace³⁷³.

³⁷² La ricostruzione del punto di vista, assunto criticamente dall'Autrice, è di L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 51; cfr., poi, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1966, p. 148. Per una distinzione tra il concetto di «*insolvenza*», di cui alla legge fallimentare, e «*insolvibilità*» di cui, tra l'altro, all'art. 1186 cod. civ., vedi R. PROVINCIALI, *op. ult. cit.*, p. 241 ss.; ID, voce *Fallimento*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1960, p. 1129 ss. e voce *Insolvenza*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 781; F. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, pp. 132 ss. e 150 ss..

³⁷³ Nel caso di insolvenza fallimentare, seppure, per pura astrazione, la singola prestazione dell'insolvente beneficiario del *solve* fosse ancora materialmente

In caso contrario, per un verso, l'azione di adempimento del beneficiario del *solve* sarebbe carente dell'interesse a una pronuncia di condanna provvisoria, poiché sarebbe praticamente esclusa la possibilità di ripetere la prestazione adempiuta³⁷⁴.

Per altro verso, e nel caso di contratto a prestazioni corrispettive, sul versante della tutela del sinallagma, si privilegierebbe una posizione creditoria a totale discapito dell'altra, ignorando una situazione che inevitabilmente è destinata a impedire il realizzarsi complessivo degli interessi cristallizzati nell'accordo³⁷⁵.

Allora, nelle ipotesi di insolvenza, non vi sarebbe bisogno di alcuna sospensione della sentenza di condanna, fondata su

eseguibile, non si potrebbe ugualmente negare al debitore la facoltà di rifiutare la controprestazione. Si pensi, al riguardo, che non solo, normalmente, l'insolvenza fallimentare prelude all'inadempimento, ma che anche le prestazioni eventualmente eseguite dall'imprenditore fallito, in esecuzione del contratto, sono suscettibili di revocatoria fallimentare, una volta che sia dichiarato il fallimento. Non sarebbe del tutto coerente costringere il debitore onerato dal *solve* a onorare un contratto di cui non è certo quale sia la sorte, alla luce delle conseguenze della dichiarazione di fallimento.

³⁷⁴ Si potrebbe trarre sostegno, in questa tesi, dalle argomentazioni di A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849, nota n. 1, seppure l'Autore alluda ai casi di impossibilità della prestazione del creditore beneficiario del *solve*.

³⁷⁵ Peraltro, a voler seguire l'opinione di chi afferma che il *solve* abbia efficacia in relazione alle eccezioni che insistono sul «[...] *gioco del sinallagma* [...]» (A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849) questo stato di insolvenza semplice, che provoca la decadenza dal beneficio del termine, non può che essere insensibile al meccanismo di cui all'art. 1462 cod. civ..

gravi motivi, ma il Giudice potrebbe respingere la domanda di esecuzione, proposta dalla parte decotta ma beneficiaria del *solve et repete*, in quanto improcedibile e/o inammissibile, per difetto dei requisiti di efficacia *ex art. 1462 cod. civ.*

Insolvenza semplice e insolvenza fallimentare, invece, non corrispondono al mutamento nelle condizioni patrimoniali, che è un complesso di situazioni di minore gravità che non rendono impossibile la controprestazione.

Pare che, anche nella prospettiva dell'art. 1367 cod. civ., la presenza di una clausola contrattuale limitativa della proponibilità di eccezioni dovrebbe essere interpretata nel senso di una comune intenzione di proteggere il creditore da una sospensione dell'esecuzione della controprestazione la quale, in fondo, potrebbe aggravarne l'eventuale difficoltà patrimoniale ³⁷⁶.

³⁷⁶ Tale conclusione appare tanto più fondata ove si pensi che, come si diceva poc'anzi, il mutamento che può legittimare la sospensione potrebbe consistere anche in una variazione della consistenza o nella composizione del patrimonio del creditore, tale da rendere solo più difficoltosa, ma non impossibile, la soddisfazione della controprestazione.

Allora, si deve reputare che il *solvo* sia efficace anche in relazione all'eccezione fondata sul mutamento delle condizioni patrimoniali del contraente³⁷⁷.

E del resto, a sostegno di questa impostazione v'è l'innegabile dato della collocazione sistematica della norma sulla limitazione nella proponibilità di eccezioni, posta proprio dopo l'eccezione di inadempimento e la sospensione nell'esecuzione³⁷⁸, come se ne fosse l'antitesi logica³⁷⁹.

Il potere di sospensione della condanna, accordato al Giudice dal secondo comma dell'art. 1462 cod. civ., allora, avrà rilievo solo operativo – e non ricostruttivo –, nei casi residuali di mutamento che ponga in grave pericolo l'adempimento della controprestazione.

³⁷⁷ Più propriamente, essa è rinunciata, giacché, una volta eseguita la propria prestazione, non ha senso immaginare che la parte onerata dal *solvo* recuperi la possibilità di esercitare l'eccezione di sospensione. Per questa precisazione vedi G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 342; E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 864; P. GRECO, *op. cit.*, n. 6, che A. SENIN, *op. cit.*, n. 11.

³⁷⁸ L'argomento è condiviso, almeno in termini generali, da A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849.

³⁷⁹ Che il *solvo* costituisca la negazione degli interessi preservati dalle due disposizioni precedenti è un fatto osservato sia dalla dottrina (cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 87) che dalla giurisprudenza (cfr. Cass. 5 ottobre 1976, n. 3272, cit.).

2.3 Vessatorietà del *solve et repete* tutela generale del contraente debole e tutela speciale del consumatore

Nello *ius commune* dei contratti³⁸⁰, ai sensi dell'art. 1341, comma 2, cod. civ., la clausola *solve et repete* è considerata vessatoria³⁸¹, poiché sancisce «[...] limitazioni alla facoltà di proporre eccezioni [...]»³⁸².

Sicché, qualora sia predisposta come condizione generale di contratto dal soggetto che ne risulterà beneficiario, essa richiede per la sua efficacia³⁸³ la forma scritta e la specifica sottoscrizione³⁸⁴.

³⁸⁰ Per le riflessioni sul rapporto tra discipline generali e speciali dei contratti, G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico - ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 849 ss..

³⁸¹ Cfr. G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 643; A. LENER, *op. cit.*, p. 2621. Secondo una interpretazione rimasta isolata, non sarebbero vessatorie le clausole *solve et repete* che hanno per effetto di limitare la proponibilità di eccezioni sostanziali, poiché esse non limiterebbero la facoltà di proporre le eccezioni in senso stretto, bensì lo stesso diritto sostanziale. Così C. M. BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto, cit.*, p. 357.

³⁸² Il rilievo è stato espressamente formulato in diverse pronunce, sebbene ormai risalenti. Per limitarsi alla Suprema Corte, si vedano Cass. 13 maggio 1953, n. 1358, in *Mass. Giur. it.*, 1953, p. 312; Cass. 24 giugno 1958, n. 2242, in *Mass. Giur. it.*, 1958, p. 507.

³⁸³ È noto come, in realtà, l'espressione «[...] non ha effetto [...]», riferita alla clausola vessatoria non specificamente sottoscritta, sia stata interpretata dalla giurisprudenza come previsione di nullità. Sul punto per limitarsi alle sentenze più recenti, si vadano Cass. 19 gennaio 2000, n. 569, in *Mass. giur. it.*, 2000; Cass. 15 febbraio 1992, n. 1873, in *Mass. giur. it.*, 1992; Cass. 13 luglio 1991, n. 7805, in *Mass. giur. it.*, 1991; in riferimento al *solve* Cass. 18 marzo 1971, n. 778 in *Mass. Foro it.*, 1971. Per questa impostazione, in dottrina v. A. GENOVESE, *Contratti di adesione*, in *Enc. dir.*, 1962, Milano, X, p. 805; M. DOSSETTO, *Condizioni generali di contratto*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1957, III, 1, p. 1112, con ogni conseguenza anche in ordine alla rilevabilità d'ufficio e da parte del predisponente. Vi sono, poi, vari temperamenti a questo orientamento, proposti, ad esempio, da Cass., Sez. Un., 27 marzo 1972, n. 955, in *Mass. Foro it.*, 1972, secondo cui il Giudice potrebbe rilevare la nullità solo nell'interesse dell'aderente.

La dottrina assolutamente prevalente, tuttavia, reputa che il tenore letterale della norma, nonché numerosi argomenti sistematici spingano a reputare che si tratti di

Il *solve et repete*, tuttavia, potrebbe risultare nullo³⁸⁵, in conseguenza del regime speciale previsto per i contratti del consumatore, già contenuto negli artt. 1469 *bis*³⁸⁶ e ss. cod. civ. e ora sostituito dal Codice del Consumo, introdotto con D.lg. 6 settembre 2005, n. 206³⁸⁷.

Secondo una prima opinione, la clausola *solve et repete*, inserita contro il consumatore, avrebbe «[...] *sempre e comunque* [...]» un carattere vessatorio, poiché la limitazione o l'esclusione della facoltà di proporre eccezioni genererebbe una situazione oggettivamente squilibrante³⁸⁸.

A mente del primo comma dell'art. 33 cod. cons., in effetti, «[...] *si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto* [...]».

inefficacia. Sul punto, tra gli altri, L. FRANCIOSI, *Clausole vessatorie*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 8; C. M. BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, cit., p. 367; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1996, p. 317 ss..

³⁸⁴ Cfr. A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 860; D. POLETTI, *op. cit.*, p. 6.

³⁸⁵ E stavolta la nullità risulterebbe dall'esplicita previsione normativa contenuta nell'art. 36 del Codice del Consumo. L'ipotesi di invalidità opererebbe ad esclusivo vantaggio del consumatore, in virtù del comma 3 della medesima disposizione.

³⁸⁶ In conseguenza dell'emanazione della ben nota direttiva CEE n. 93/13.

³⁸⁷ Il rapporto tra il *solve* e gli artt. 1469 *bis* e *ter* è stato affrontato acutamente da D. POLETTI, *op. cit.*, p. 6. L'Autrice ha proposto un doppio controllo di buona fede che, nei termini che saranno subito esposti, pare condivisibile e applicabile alla nuova disciplina dei contratti dei consumatori.

³⁸⁸ A. D'ANGELO, *Commento all'art. 1469-bis, comma 3°, n. 16 c.c. in Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. Cesaro, Padova, 1996, I. p. 260. L'Autore muove dalla valutazione dello squilibrio tra le posizioni dei contraenti, senza utilizzare lo strumento del giudizio *ex fide bona*. Cfr. ancora D. POLETTI, *op. cit.*, p. 6.

Tuttavia, il primo comma deve essere necessariamente interpretato in relazione al secondo comma che, tra le clausole che si presumono vessatorie, prevede alla lettera b quelle tali da «[...] *escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista [...]*»; alla lettera c le clausole che escludano o limitino «[...] *l'opponibilità da parte del consumatore della compensazione di un debito dei confronti del professionista di un debito nei confronti del professionista con un credito vantato nei confronti di quest'ultimo [...]*»; infine, per i profili che qui interessano, alla lettera r i patti volti a «[...] *limitare o escludere l'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore [...]*».

Allora, sembrerebbe preferibile reputare che la clausola *solve et repete*, per lo meno in relazione alla limitazione nella proponibilità di eccezioni, possa essere validamente apposta a un contratto tra consumatore e professionista, se essa superi il giudizio *ex fide bona*³⁸⁹.

³⁸⁹ In esito a questo giudizio si dovrebbe stabilire se «[...] *lo svantaggio (o il sacrificio) imposto ai consumatori da una determinata clausola contrattuale sia giustificato da un interesse del predisponente meritevole di tutela: e la risposta dovrà essere negativa qualora risulti che quel " sacrificio " non ha altra motivazione se non nell'approfittamento da parte del predisponente della posizione di supremazia economica e/o intellettuale di cui egli gode nei confronti delle controparti contrattuali [...]*». Così G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 650. La possibilità di negare il carattere vessatorio di una clausola sulla base del giudizio di buona fede è stata prospettata, tra gli altri, da G. DE NOVA, *La tutela dei consumatori nei*

Infatti, solo per le ipotesi del primo comma dell'art. 33 cod. cons. la buona fede non è considerata rilevante per sfuggire alla valutazione di assoluta vessatorietà delle clausole, come è reso evidente dall'inciso «[...] *malgrado la buona fede* [...]»³⁹⁰.

confronti delle clausole standard abusive, in *Contratti*, 1993, p. 356 ss.; F. D. BUSNELLI e U. MORELLO, *La Direttiva 93/13 CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. notar.*, 1995, p. 374; M. NUZZO, *Commento all'art. 1469 ter*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469 bis -1469 sexies*, a cura di C.M. Bianca e F. D. Busnelli, Padova, 1996, p. 731. F. DI GIOVANNI, *op. cit.*, p. 185; A. PATRONI GRIFFI, *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori (direttiva 93/13 CE)*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 366; E. ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1996 § 7.2. *Contra* V. RIZZO, *Le clausole abusive: realtà e prospettive. La direttiva CE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 590, per il quale il significativo squilibrio consisterebbe sempre in una violazione del canone di buona fede.

³⁹⁰ In giurisprudenza si fronteggiano due interpretazioni differenti. Secondo una prima impostazione, «[...] *Il significato dell'espressione "malgrado la buona fede" non può essere stravolto, con la conseguenza che la clausola generale ivi richiamata andrebbe intesa in senso soggettivo e non sarebbe quindi un criterio di accertamento dell'abusività. Ne deriva che la vessatorietà delle clausole contenute in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista, una volta accertato il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi a carico del consumatore, può essere dichiarata anche in presenza della buona fede del professionista [...]*». Così la Corte d'Appello romana, in relazione agli artt. 1469 bis e seguenti, nella sentenza del 24 settembre 2002, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 535 ss., con nota di L. BOZZI, *Le clausole vessatorie sotto giudizio di abusività*. Secondo l'insegnamento del Consiglio di Stato, espresso dalla sezione atti normativi con il parere del 20 dicembre 2004, n. 11602/2004, l'espressione della direttiva «[...] "en dépit" significa non solo "malgrado", "nonostante", ma anche e soprattutto, più letteralmente, "in dispetto", vale a dire "contro" il dettame della buona fede, che in tal senso non può che essere intesa in modo oggettivo. Ulteriore riprova dell'assunto è data dalle versioni tedesca e inglese della direttiva, dove si parla di "wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben" e di "contrary to the requirement of good faith" [...] e dove i termini come Gebot (precetto, dettame) e requirement (esigenza) fanno da suggello – tramite il richiamo alla "contrarietà a" - "entgegen dem", "contrari" [...]». A ben vedere, l'interpretazione qui proposta consente di superare il contrasto, almeno per il problema della clausola *solvo et repete*. Infatti, il dibattito si sviluppa intorno alle clausole descritte come abusive in via generale, al primo comma e non in relazione alle clausole reputate vessatorie con presunzione semplice. Secondo la dottrina prevalente, la buona fede sarebbe da intendersi in senso oggettivo. Vedi , G. CIAN, *Il nuovo capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 411 ss.; G. L. ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997, p. 88; A. LENER, *La nuova disciplina delle clausole*

Per le fattispecie del secondo comma dell'art. 33 cod. cons., tra le quali rientrano le ipotesi di *solve et repete*, il giudizio di buona fede non è escluso espressamente e, dunque, deve reputarsi sempre possibile³⁹¹.

D'altra parte, la nullità è senz'altro prevista per il solo caso di clausole che escludano o limitino «[...] *le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista* [...]»³⁹².

vessorie nei contratti dei consumatori, in *Foro it.*, 1996, V, c. 159 ss.; R. PARDOLESI, *Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: una direttiva abusata?* in *Foro it.*, 1994, V, c. 148 ss.; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 16. In senso contrario Cfr. V. RIZZO, *Art. 1469 bis, comma 1°*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. Cesaro, I, Padova, 1996, p. 30; U. MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 1996, p. 285 ss.; F. D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Comm. al Capo XIV bis del c.c.: dei contratti del consumatore, (art. 1469 bis - 1469 sexies)*, a cura di C.M. Bianca, F. D. Busnelli, G. Iudica e M. Nuzzo, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 757 ss..

³⁹¹ L'opinione pare condivisa, anche se in relazione all'abrogato art. 1469 *ter* cod. civ., da D. POLETTI, *op. loc. cit.*: «[...] *anche la clausola del solve et repete, pur se effettivamente squilibrante, deve sottostare al controllo di buona fede. Risultando intrinsecamente incompatibile con giudizi aprioristici, tale criterio potrebbe perfino consentire di escludere, alla luce delle specifiche circostanze, il carattere abusivo del patto* [...]».

Per un quadro generale del sistema di vessatorietà delineato dagli artt. 33 ss., vedi A. GENOVESE, *Vessatorietà e abusività delle clausole d'uso*, in *Obb. contr.*, 3, 2006, p. 245 ss., particolarmente p. 256 ss.

³⁹² Questa disposizione potrebbe fornire sostegno alla tesi della generale efficacia del *solve* anche nei confronti della proponibilità di azioni. Infatti, mentre nei contratti tra soggetti non in posizione strutturalmente squilibrata, l'iniziativa giudiziale della parte onerata lascia supporre che questa possa essere volta a impedire al beneficiario di ordinare il *solve*. Nei contratti del consumatore, invece, la parte meno abbiente, che ciò nonostante intraprenda l'azione legale e ne sostenga tanto le spese che i rischi, mostra solo con ciò di avere seriamente riflettuto sulla fondatezza delle proprie pretese. La necessità di escludere l'efficacia del *solve* nei confronti delle azioni del consumatore, potrebbe dunque essere indice della efficacia paralizzante della clausola rispetto alle azioni del contraente onerato non consumatore.

Questa impostazione consentirebbe di ritagliare, almeno astrattamente, uno spazio di efficacia al *solve et repete* anche nell'ambito dei contratti del consumatore³⁹³.

Tuttavia, potrebbe comportare una erosione dell'istituto del secondo comma dell'art. 1462 cod. civ.

In effetti, ove si reputasse, alla luce del principio di buona fede, che la clausola *solve et repete* sia valida, ex art. 33 cod. cons., potrebbe sembrare già consumato il potere di valutazione attribuito al Giudice dall'art. 1462 cod. civ.

In realtà, cosa è la valutazione della buona fede nella conclusione del contratto e, dunque, in relazione al momento perfezionativo della clausola *solve et repete*³⁹⁴. Altra cosa è la valutazione della buona fede nell'esercizio del diritto concesso dalla clausola stessa³⁹⁵.

³⁹³ Secondo il punto di vista che pare preferibile, si dovrebbe reputare che, in virtù dell'art. 34, commi 4 e 5, cod. cons., la clausola *solve et repete*, inserita in un contratto tra professionista e consumatore, per sfuggire alla sanzione della nullità – e non alla inefficacia prevista dall'art. 1341 cod. civ. – debba essere «[...] oggetto di trattativa individuale [...]». Se essa, poi, fosse inserita in moduli o formulari predisposti unilateralmente dal beneficiario, egli dovrebbe offrire la prova della specifica trattativa che, con ogni probabilità, finirà per coincidere con la specifica sottoscrizione. *Contra* si veda, però, Trib. Genova, 19 febbraio 2003, in *Giur. merito*, 2003, p. 2349: «[...] La trattativa specifica che deve riguardare la clausola vessatoria ai danni del consumatore, non può consistere nella mera approvazione per iscritto della clausola stessa, ma deve consistere in una partecipazione attiva del consumatore sin dalla fase della predisposizione della clausola. In mancanza di prova di tale trattativa, la clausola vessatoria è nulla [...]».

³⁹⁴ La differenza è assai netta. Mentre nelle trattative e nella fase di formazione del negozio, infatti, la malafede opera «[...] prevalentemente sul piano di una attività rappresentativa (dei presupposti: del contenuto negoziale e guidata da un intento), nella fase esecutiva opera sulla base degli atti dovuti e compiuti in difformità dalla norma non tanto apertamente ma surrettiziamente [...]». Così S. ROMANO, *Buona fede (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, V, p. 689.

³⁹⁵ Attingendo alle distinzioni già tratteggiate da D. POLETTI, *op. loc. cit.*, i due giudizi di meritevolezza potrebbero essere definiti l'uno “statico-ricostruttivo”,

Infine, non si dovrebbe dimenticare che, al di là dell'uso secondo buona fede dell'imperativo *solve*, il concetto di «[...] *gravi motivi* [...]», rappresentato nell'art. 1462 cod. civ., ha un'ampiezza maggiore di quello della buona fede. Esso, infatti, consente di apprezzare casi di oggettiva lesione di una posizione che appare meritevole di tutela, anche a prescindere dalla condotta della parte beneficiaria del patto e pure in relazione a situazioni pratiche non previste né prevedibili dalle parti al momento della conclusione del contratto.

l'altro "dinamico-applicativo". Le due valutazioni, compiute dal Giudice secondo parametri differenti, potrebbero avere risultati difformi. Un esercizio secondo buona fede del *solve* potrebbe corrispondere a una clausola viziata in origine dalla malafede. E viceversa, una clausola valida sotto il profilo strutturale, potrebbe essere utilizzata in circostanze tali da escludere la buona fede del beneficiario e tali da consigliare, dunque, la sospensione della sentenza di condanna. Infine, è appena il caso di rilevare che, mentre il giudizio secondo l'art. 33 cod. cons. ha come conseguenza una pronuncia di nullità, la valutazione *ex art. 1462, comma 2, cod. civ.* comporta una pronuncia che non è nemmeno di inefficacia, ma solo di temporanea improcedibilità del giudizio e ha portata tutta processuale.

2.4 Elementi accidentali del contratto e clausola *solve et repete*

Il tema del *solve et repete* è arricchito dalla riflessione intorno agli elementi accessori del contratto: condizione, termine e modo³⁹⁶.

Per la verità, fino a oggi, non si è mai offerto alla giurisprudenza il problema della compatibilità del *solve* con la proposizione, da parte dell'onerato, di azioni o eccezioni volte all'accertamento dell'avveramento della condizione o dello spirare del termine di efficacia. Del pari, l'argomento non è stato oggetto dell'attenzione della dottrina.

Tuttavia, non è assurdo immaginare che possa prospettarsi il conflitto tra la facoltà del contraente di eccepire l'effetto dell'elemento accidentale sul negozio e la sua qualità di soggetto onerato dal *solve*.

Anche in assenza di suggerimenti da parte della dottrina, alcune soluzioni di tale conflitto possono trarsi dalle considerazioni già svolte, in particolare in relazione alle fattispecie tipiche di inefficacia del *solve*.

³⁹⁶ Del *modus* si parlerà insieme alla donazione e ai contratti bilaterali imperfetti, quali il mandato, il deposito, il comodato, il trasporto e il mutuo. Infatti, le riflessioni circa l'opponibilità dell'inadempimento del modo, in presenza di un *solve et repete*, è logicamente successivo alla configurabilità della rinuncia alle eccezioni, anche in relazione agli atti a titolo gratuito.

In particolare, il mancato avveramento della condizione sospensiva³⁹⁷ costituisce un evento che incide sull'efficacia del contratto. In altre parole, poiché ancora l'avvenimento futuro e incerto non si è realizzato, il contratto non ha attitudine a produrre effetti nel mondo del diritto.

L'interesse del soggetto beneficiario del *solve* all'adempimento qui non può dirsi o presumersi attuale³⁹⁸ e, come è stato visto in precedenza, l'ordinamento non è incline a «[...] *connettere effetti, se pure provvisori, ad un contratto che non è idoneo a produrli [...]*»³⁹⁹.

Conseguentemente, il debitore onerato dal patto *solve et repete*, convenuto in adempimento o attore in opposizione a decreto ingiuntivo, dovrebbe poter eccepire il mancato avveramento della condizione sospensiva.

Quanto alla condizione risolutiva, è ben noto che l'avveramento dell'evento risolutivo produca lo scioglimento di

³⁹⁷ I casi prospettabili sono essenzialmente due: la parte del contratto condizionato, onerata del *solve*, intende eccepire (o far accertare in via d'azione) l'inattualità del proprio obbligo, per non essersi ancora avverata la condizione sospensiva; l'onerato aspira all'accertamento dello scioglimento del vincolo contrattuale, per l'avveramento della condizione risolutiva. I diversi casi in cui l'onerato aspiri all'accertamento del carattere meramente potestativo della condizione, alla sua illiceità (qui si tratta, è ovvio, di atti *inter vivos*) o alla impossibilità della condizione sospensiva, è evidente, non mostrano particolare interesse, poiché si risolvono in ipotesi di nullità del negozio e, dunque, le relative eccezioni restano sempre proponibili, *ex art. 1462, comma 1, cod. civ.*

³⁹⁸ Per tanto, non pare nemmeno attuale il diritto a servirsi del *solve*.

³⁹⁹ V. C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1258. A ciò si aggiunga che, nel caso in cui effettivamente si fosse in pendenza della condizione sospensiva, l'obbligazione non sarebbe ancora *dovuta*. Sul punto, in generale, v. G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 351; E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 863.

diritto del rapporto, trascinando col negozio anche tutti gli effetti eventualmente prodotti in precedenza⁴⁰⁰.

Le parti, quindi, fino all'evento risolutivo hanno dato – o avrebbero dovuto dare – esecuzione al rapporto, perfettamente valido.

La condizione risolutiva sembrerebbe, dunque, operare allo stesso modo di una risoluzione per inadempimento *ex art.* 1456 cod. civ. o dell'inutile spirare del termine essenziale.

È stato già illustrato come la dottrina sia divisa circa la possibilità di eccepire, in questi casi, l'intervenuta risoluzione di diritto.

Tuttavia, sembra persuasiva la considerazione di chi ha osservato che se fosse possibile ordinare l'adempimento al soggetto onerato, con riserva di ripetizione, si finirebbe per tutelare un interesse non apprezzabile del beneficiario, che si troverebbe «[...] *nella condizione di un soggetto non più legittimato, in quanto non più creditore (né debitore) [...]*»⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Per la distinzione concettuale tra condizione risolutiva e diritto di recesso, e per il loro differente operare, cfr. Cass. 7 agosto 1989, n. 3626, in *Mass. Giust. civ.*, 1989, n. 8 s..

⁴⁰¹ L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 92. Nello stesso senso anche C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1260. *Contra* C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 591. L'obiezione di G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento, cit.*, p. 353., a ben vedere, riguarda solo l'ipotesi di diffida ad adempiere non seguita dall'adempimento. Infatti, secondo l'Autore sarebbe dubbia la possibilità di intimare alla parte beneficiaria del patto la diffida ad adempiere, per opporre, nel successivo giudizio la risoluzione di diritto: una simile iniziativa annullerebbe il vantaggio derivante dal patto, privando di efficacia una parte del contratto. Qui, tuttavia, ci si troverebbe di fronte al fatto oggettivo del verificarsi della condizione risolutiva.

Allora, si potrebbe proporre la stessa soluzione interpretativa prospettata a proposito degli altri casi di risoluzione automatica e, dunque, reputare che l'eccezione di avveramento della condizione risolutiva sia insensibile al *solve*.

Peraltro, anche chi non condividesse quelle conclusioni⁴⁰², dovrebbe ammettere che il verificarsi dell'evento risolutivo, *ex art.* 1353 cod. civ., appare estraneo, almeno normalmente, alla condotta delle parti, sicché l'eccezione non sarebbe circoscritta all'ambito di operatività del *solve* ossia al terreno dell'adempimento ⁴⁰³ ⁴⁰⁴.

⁴⁰² Che sono basate sul principio di conservazione del contratto.

⁴⁰³ Così rispondendo alle principali obiezioni già mosse da A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 850 e da C. LUCCHI, *op. loc. cit.*.

⁴⁰⁴ Quanto alla presupposizione, quale che sia l'orientamento cui si intende aderire, ossia quello del diritto di recesso che ne deriva (cfr. Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Mass. giur. it.*, 2007), ovvero la diversa ipotesi di risoluzione del contratto (cfr. Cass. 24 marzo 2006, n. 6631, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, n. 3), pare che essa non comporti una inefficacia del *solve*.

2.5 Questioni attinenti alla validità e all'efficacia del patto

È ben noto che l'art. 1462 cod. civ. preveda l'inefficacia della clausola, in relazione alle eccezioni di nullità, annullamento e rescissione.

Qui, l'espressione «[...] non ha effetto [...]» non ha generato, in giurisprudenza e dottrina recenti⁴⁰⁵, il dibattito che ha, invece, occupato gli interpreti circa il significato da attribuire alla gemellare previsione in tema di clausole vessatorie⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Per la verità, prima della codificazione del 1942, il confronto dottrinario aveva avuto riguardo alla validità del *solve*. E talune appendici di questa terminologia sono certamente rimaste incastonate nel linguaggio dei giuristi successivi, i quali spesso utilizzano i termini “invalidità” e “inefficacia” con disinvoltura, quasi fossero equivalenti. Cfr. D. POLETTI, *op. cit.*, p. 1, la quale «[...] *Consacrata in ambito legislativo all'insegna dei principi di libertà e autonomia contrattuale, che ne avevano già imposto [...] la validità, la clausola [...] ha nel tempo scontato una professava serie di restrizioni nel suo ambito di efficacia [...]*». E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 862, nota n. 5, reputa che la clausola con cui si stabilisse l'inopponibilità delle eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione, sarebbero invalide. La stessa Relazione (n. 662), al riguardo, afferma che la clausola non potrebbe esplicitare validamente la propria funzione. A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849 ss., allude, genericamente alla «[...] *inoperatività [...]*» della clausola. Di inefficacia parlano invece L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 90, C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1258, C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 588, nonché, E. LECCESE, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁰⁶ È nozione davvero elementare che talune invalidità abbiano come conseguenza l'inattitudine *ex tunc* a produrre effetti dell'atto affetto dal vizio. Al contrario, atti affetti da patologie reputate meno gravi dall'ordinamento, pur invalidi, sono destinati a produrre effetti, fintanto che essi non vengano rimossi, mediante l'azione di annullamento. Nella dottrina recente si rinvia a M. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, Milano, ed. 2005; P. PERLINGIERI, *La nullità del contratto fra esigenze protettive e principio di conservazione*, in *Annali della Facoltà di economia di Benevento*, 2004, p. 205 ss.; A. M. SINISCALCHI, *Profili della nullità formale*, Milano, 2000; A. FEDELE, *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1983; M. PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973.

In relazione all'art. 1341 cod. civ., la giurisprudenza prevalente ha reputato che la mancata specifica approvazione per iscritto comportasse la nullità della clausola vessatoria⁴⁰⁷.

Come già accennato in precedenza, a questa ricostruzione non ha aderito unanimemente la dottrina, che è, invece, in gran parte orientata a reputare che si tratti di una semplice inefficacia, con ogni conseguenza, in ordine a termini di prescrizione, rilevabilità, effetti *medio tempore* prodotti⁴⁰⁸.

La questione si è complicata con l'introduzione della disciplina speciale dei contratti stipulati tra professionista e consumatore, *ex art. 1469 bis e ss.*

⁴⁰⁷ Sul piano letterale, la terminologia adoperata dal legislatore sarebbe neutra e, pertanto, non vincolerebbe l'interprete a reputare che si tratti di ipotesi di annullabilità. D'altra parte, la clausola vessatoria non specificatamente approvata mostrerebbe un vizio attinente non alla volontà delle parti o a situazioni oggettive, bensì a un difetto originario della stipulazione contrattuale, ossia alla violazione del divieto di condotte abusive, stabilito con norma imperativa. «[...] *La mancata specifica approvazione per iscritto [...] comporta la nullità, eccezionale da chiunque vi abbia interesse e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento [...]*». Così Cass. 18 gennaio 2002, n. 547, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 93; Cass. 19 gennaio 2000, n. 569, *cit.*; Cass. 15 febbraio 1992, n. 1873, *cit.*; Cass. 13 luglio 1991, n. 7805, *cit.*.

⁴⁰⁸ Sul punto, tra gli altri, L. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 8; G. B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 11 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, *cit.* p. 367; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, *cit.*, p. 317 ss.. Secondo questa impostazione, la clausola vessatoria, priva di specifica approvazione scritta, non sarebbe nulla per difetto di forma, bensì inefficace poiché essa non potrebbe ritenersi entrata a far parte del contenuto del contratto. Così C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 275 ss.. Queste elaborazioni coincidono con quelle adottate dal legislatore tedesco, ora trasfuse nella formulazione dei §§ 305 e 305c *B.G.B.*, ove sono considerati prerequisiti per l'inclusione nel contratto delle condizioni generali «[...] *Allgemeine Geschäftsbedingungen* werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss [...]».

Anche in quelle norme si faceva riferimento genericamente all'inefficacia, salvo prevederne, tra l'altro, la rilevabilità d'ufficio⁴⁰⁹.

Sicché, almeno con riferimento al significato da attribuire all'espressione *inefficacia* nell'ambito della clausole predisposte a danno del consumatore, la dottrina si è schierata in prevalenza per la invalidità, esprimendosi ora in termini di nullità⁴¹⁰, ora, più specificamente, in termini di illiceità⁴¹¹.

Anche in questo caso, non è mancato chi ha sollevato obiezioni, anche rilevando che il legislatore non poteva essere

⁴⁰⁹ La rilevanza interpretativa della rilevabilità d'ufficio, quale indice di nullità, è stata messa in risalto da G. CIAN, *op. cit.*, p. 417.

⁴¹⁰ Per la tesi della nullità si vedano M. NUZZO, *Art. 1469-quinquies*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999, p. 858 ss.; R. QUADRI, "Nullità" e tutela del "contraente debole", in *Contratto e impr.*, 2001, p. 1159; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 403 ss.; S. MONTICELLI, *Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (note a margine dell'art. 1469-quinquies, commi 1° e 3°, c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 568; G. PASSAGNOLI, *Art. 1469-quinquies, comma 1°, 3° e 5°*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 182. G. Cian, *op. cit.*, p. 447; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 918.

⁴¹¹ In questo senso F. DI MARZIO, *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 479 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 388; V. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 76 ss.; A. BELLELLI, *Art. 1469 - quinquies 1° e 3° comma*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, I, a cura di G. Alpa e S. Patti, 1997, p. 689 ss. (e, ora, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, in *Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2003, p. 1033 ss. «[...] Di "illiceità" delle clausole vessatorie si legge in più parti della motivazione di Corte di giustizia CE, 27 giugno 2000, cause riunite C-240/1998 e C-244/1998 (sentenza che, non a caso, riguardava il tema della "rilevabilità d'ufficio" della vessatorietà, cioè il profilo che forse più di tutti è stato indicato come indice della qualificazione in termini di "nullità" delle clausole vessatorie [...]). La sentenza fa inoltre riferimento al concetto di "ordine pubblico di protezione" elaborato nell'ordinamento francese [...]». Così G. D'Amico, *op. loc. cit.*.

così inconsapevole nell'utilizzo del termine *inefficacia*, in luogo di *nullità*⁴¹².

Infine, con l'emanazione del D.lg. 6 settembre 2005, n. 206, è stato introdotto il Codice del Consumo, che prevede espressamente la sanzione della nullità.

L'esplicita menzione della nullità non risolve tutti i problemi interpretativi che avevano affannato la dottrina in precedenza, poiché si introduce una nuova specie di nullità non del tutto armonizzabile con il tipo generale⁴¹³.

⁴¹² Questa riflessione è svolta da F. ALCARO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Vita not.*, 1996, p. 1127. Per la verità, l'Autore afferma che «[...] la disciplina della inefficacia che qui si prospetta è una disciplina strabica, ambigua, perché per molti versi richiama il regime della nullità [...]». Per L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, Milano, 1998, p. 541, la scelta del legislatore sarebbe stata priva di senso e dettata da un vizio di empirismo normativo. P. M. PUTTI, *La nullità parziale: diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, ha, d'altra parte, ricordato che il termine inefficacia è stato scelto in esito a lunga discussione. Difatti, alcuni progetti originari si esprimevano in termini di nullità. In questa scelta avrebbero pesato considerazioni eterogenee e non tutti di carattere dogmatico, se fosse vero che a sfavore del rimedio della nullità avrebbe «[...] giocato un qualche ruolo l'auspicio degli ambienti " notarili " affinché fosse evitata una qualificazione che avrebbe potuto coinvolgere la responsabilità professionale del notaio nella redazione dei contratti [...]». G. D'AMICO, *op. loc. cit.*. Al riguardo, non è mancato chi, come G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 882, ha reputato eccessive tali preoccupazioni, «[...] considerando che la disciplina investe in massima parte contratti del commercio minuto, non bisognosi di assistenza notarile [...]» e anche perché «[...] né la nullità impone di affermare una eventuale responsabilità del notaio, né la inefficacia induce ad escluderla con sicurezza [...]». Ad altri, la soluzione del legislatore è apparsa elusiva, considerato che la direttiva comunitaria prevedeva l'obiettivo della tutela del consumatore e non un *nomen juris*. Sul punto A. GENTILI, *op. cit.*, p. 412. Vi sono, poi, molti argomenti sistematici ed ermeneutici che fanno dubitare si tratti di nullità. Tra questi, ha una certa persuasività quello che fa leva sulla previsione secondo la quale la trattativa individuale sulla clausola ne esclude la vessatorietà. Sul punto L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004, p. 168 ss..

⁴¹³ Al riguardo, è emblematico il percorso compiuto da G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 125 ss., il quale, nel replicare ad altra dottrina, afferma che «[...] il modello di nullità che viene implicitamente evocato (e assunto a termine di riferimento) [è:

È pur vero, tuttavia, che se il legislatore nel Codice del Consumo ha avvertito il bisogno di esprimersi nel senso della nullità, ciò potrebbe confermare la distanza tra il modello di inattitudine a produrre effetti del nuovo statuto del consumatore e il diverso regime previsto per il *solve et repete* ex art. 1462 cod. civ.⁴¹⁴.

Non si potrebbe negare che, almeno in questo caso, ove il legislatore avesse voluto prevedere casi di nullità, si sarebbe pronunciato espressamente.

N.d.R.] quello (tradizionale) della nullità “assoluta”, posta a tutela di un interesse “generale” (rimedio, per ciò stesso, “ indisponibile ” dalle parti, insuscettibile di sanatoria, ecc.) [...] Le nullità c.d. “speciali”, invece, soprattutto per il carattere di “relatività” della legittimazione a farle valere (trattandosi di nullità “ di protezione ”) non sono affatto estranee all’idea di una “ disponibilità ” del rimedio da parte del soggetto a vantaggio del quale esso è previsto [...].»

⁴¹⁴ Seguendo autorevoli opinioni, pur se costruite intorno a fattispecie diverse, si potrebbe sostenere che nel *solve* si tratti di inefficacia in senso stretto, ossia di una situazione che attiene alla funzionalità del negozio, incidendo sui suoi effetti finali. Se «[...] il concetto di invalidità indica la valutazione negativa che l’ordinamento effettua dell’attività negoziale, con la conseguente adozione di misure consistenti nella negazione della sua peculiare rilevanza o validità [...]», l’inefficacia in senso stretto si ricollegerebbe, invece, alla presenza di «[...] elementi di turbativa e di conflitto nell’equilibrato assetto delle pretese delle parti e dei terzi [...]», insorti nella fase di realizzazione dell’autonomia negoziale. Allora, «[...] la legge, competente a disciplinare anche la corretta funzionalità del negozio, può stabilire che i suoi effetti non si verifichino o escluderne e/o condizionarne la permanenza in vita [...]». Così C. SCOGNAMIGLIO, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, XVI, 1989, p. 1 ss.; sul punto, con qualche disparità di vedute, ma nella stessa direzione, anche V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 322 ss., p. 325; ID., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, p. 351 ss.

Capitolo III

Il comma II dell'art. 1462 cod. civ.

e suoi specifici problemi ermeneutici

- 3.1 IL POTERE DISCREZIONALE DEL GIUDICE DI SOSPENDERE LA CONDANNA PER GRAVI MOTIVI**
- 3.2 IL CANONE DELLA BUONA FEDE NELL'ESERCIZIO DEL DIRITTO AL *SOLVE ET REPETE***
- 3.3 INADEMPIMENTO, RITARDO NELL'ADEMPIMENTO, MUTAMENTO NELLE CONDIZIONI PATRIMONIALI, INSOLVENZA DEL CONTRAENTE TUTELATO *EX ART. 1462 COD. CIV. (RINVIO)***
- 3.4 LA SOSPENSIONE DELLA CONDANNA**

3.1 Il potere discrezionale del giudice di sospendere la condanna per gravi motivi

La dottrina formatasi sotto la vigenza del Codice precedente era assolutamente univoca nel reputare che il dolo del beneficiario escludesse l'applicabilità del *solve et repete*, sia perché l'autonomia negoziale non poteva spingersi fino a legittimare condotte immorali⁴¹⁵, sia perché non sarebbe stato possibile escludere o attenuare convenzionalmente le norme poste contro il dolo, rivestendo queste il carattere dell'inderogabilità⁴¹⁶.

Come si vede, il riferimento al dolo, presente in larga parte della dottrina, finiva per operare un restringimento delle ipotesi di invalidità del *solve*, poiché presupponeva la specifica intenzione di nuocere⁴¹⁷.

⁴¹⁵ G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 340. V. anche E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 864: «[...] Il capoverso dell'art. 1462 allude, poi, a mio avviso, ad un presupposto generico per l'applicazione del *solve et repete* e cioè: non dev'essere imputabile al creditore che si serve di tale clausola la mala fede, perché il diritto non può prestare i suoi mezzi a tutela di situazioni immorali (*inter bonos, bene agere oportet*) [...]».

⁴¹⁶ T. ASCARELLI, *Diritto sostanziale e diritto processuale nel patto contrattuale del solve et repete*, *cit.*, 1933, I, p. 711 ss. Per la verità, la dottrina precedente reputava che il patto contrario a buona fede fosse invalido, in quanto illecito.

⁴¹⁷ E infatti, esclusivamente in ipotesi di dolo la giurisprudenza si era pronunciata circa l'invalidità del patto. Cfr. Cass. 2 febbraio 1938, *cit.*; solo parzialmente Cass. 27 giugno 1939, n. 2219, *cit.*; Cass. 30 dicembre 1939, *cit.*.

Ma v'era già chi avvertiva che ci si trovasse di fronte a un problema di buona fede, concetto di portata più ampia, che comprendeva anche le ipotesi di dolo⁴¹⁸.

Questa dottrina, considerato che, per un verso, la clausola rischiava di risultare contraria all'ordine pubblico e che, per altro verso, fosse opportuno, per ragioni di politica del diritto, consentirne ugualmente la stipulazione, suggerì di «[...] *allargare i poteri del giudice, di riconoscergli la facoltà di piegare e rendere duttile, secondo le varie esigenze dei singoli casi concreti, quella clausola che, per l'ipotesi di una sua incondizionata efficacia, fu detta ferrea e potrebbe secondo i casi essere anche iniqua* [...]»⁴¹⁹.

Così, il legislatore del 1942, con felice sintesi, ha previsto che «[...] *nei casi in cui la clausola è efficace, il giudice se*

⁴¹⁸ Ci si riferisce a P. GRECO, *op. cit.*, p. 142 ss.. E in tal senso milita anche la Relazione al Progetto Ministeriale, art. 260, comma 2, che esclude l'efficacia della clausola nel caso in cui sia «[...] *fatta valere con dolo o in mala fede* [...]». Contra A. ASCOLI, *Clausole di decadenza nei contratti*, cit., p. 582, il quale, pur propenso a riconoscere la validità del patto, fintanto che non fosse negata la bilateralità del contratto, autorizzando l'inadempimento del beneficiario, ha, tuttavia, rilevato che la clausola sarebbe insuscettibile di interpretazioni correttive secondo buona fede, se formulata con rigore dal beneficiario, dotato della forza contrattuale per imporla.

⁴¹⁹ Ancora P. GRECO, *op. cit.*, p. 163, la cui sensibilità certamente ispirò il legislatore, consentendo alla clausola di «[...] *servire alla tutela di quelle situazioni che ne siano veramente meritevoli, senza trasformarla in uno strumento di sopraffazione* [...]». Anche chi, in generale, era contrario a riconoscere validità alla clausola, come E. T. LIEBMAN, *Contro il patto «solve et repete» nei contratti*, cit., p. 243, invocavano una «[...] *saggia riforma del nostro processo civile* [...]», che ovviasse alla lentezza e alla insufficienza della protezione giudiziaria, di fronte agli abusi cui il patto poteva condurre.

riconosce che concorrono gravi motivi, può tuttavia sospendere la condanna imponendo se del caso una cauzione [...]».

Già all'indomani della codificazione, fu rilevato che il secondo comma dell'art. 1462 cod. civ. facesse riferimento alla buona fede in senso oggettivo come a un «[...] *presupposto generico per l'applicazione del solve et repete* [...]»⁴²⁰, sebbene per molti anni la giurisprudenza ne abbia fatto un'applicazione in senso soggettivo⁴²¹.

Quali che fossero, poi, i gravi motivi per sospendere la condanna della parte onerata, fu chiarito dalle sentenze immediatamente successive all'emanazione del Codice, che stabilirono un nesso diretto tra inadempimento e mala fede del beneficiario.

⁴²⁰ E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 864, per il quale è buona fede oggettiva «[...] *il comportamento informato a onestà, rettitudine e diligenza che è doveroso per ogni contraente nei singoli rapporti contrattuali* [...]». Per Enrietti, anche sulla base della giurisprudenza immediatamente successiva all'emanazione del nuovo codice, erano da considerare giuste cause di sospensione tanto l'inadempimento quanto il mutamento nelle condizioni patrimoniali. D'altra parte, l'Autore si rifà, per la valutazione della buona fede oggettiva, in riferimento alla singola specie di rapporto, alle pagine di P. BONFANTE, *Essenza della buona fede*, in *Scritti giuridici*, II, Torino, 1926, p. 720. Conforme anche E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni*, in *Commento al nuovo codice civile italiano*, parte generale, Milano, 1943, p. 486, per il quale «[...] *il patto del solve et repete* [non potrebbe: N.d.R.] *sottrarsi all'applicazione dell'art. 1375, secondo cui i contratti vanno eseguiti di buona fede* [...] *specie nelle ipotesi di violazione del principio della lealtà contrattuale, il giudice è chiamato a fare una ricerca penetrante del fatto, all'oggetto di ristabilire l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali e di impedire che l'autotutela riesca esorbitante* [...]».

⁴²¹ La giurisprudenza degli Anni '40, per la quale si veda la nota successiva, ha utilizzato un concetto soggettivo di buona fede, invece di quello oggettivo, di correttezza, con una sovrapposizione di piani già definita «[...] *indebita* [...]». Così L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 769. Cfr. anche D. POLETTI, *op. cit.*, p. 7. Ciò avvenne, forse sulla scorta della stessa Relazione ministeriale, che si riferiva anche al «[...] *comportamento malizioso del contraente* [...]». V. precedente nota n. 412. Nell'accezione soggettiva adottata dalla giurisprudenza, era inevitabile che la malafede si confondesse con il dolo, poiché la consapevolezza della difformità dell'esecuzione, accostata all'uso del *solve*, non può che costituire un raggirio. Si vedano le considerazioni svolte nel paragrafo 3.2 e ivi particolarmente i riferimenti in nota.

Infatti, «[...] quando la parte a cui favore sia stata stipulata la clausola «solve et repete» sia inadempiente, secondo il motivato apprezzamento del giudice di merito, alla principale obbligazione da essa assunta, codesto inadempimento, già ritenuto dalla giurisprudenza siccome giusta causa di inefficacia della eccezione, costituisce ora, ai sensi dell'art. 1462 cpv. nuovo Codice civile, grave motivo per sospendere la condanna dell'altro contraente [...]»⁴²².

Dopo i segnalati interventi di dottrina e giurisprudenza, tuttavia, con quale rara eccezione⁴²³, nelle trattazioni è calata una coltre di indifferenza sul capoverso dell'art. 1462 cod. civ., oggetto di scarse trattazioni o di laconici accenni nelle trattazioni manualistiche⁴²⁴.

⁴²² Così Cass. 6 giugno 1942, n. 1570, *cit.*. L'indirizzo fu a breve confermato da Cass. 6 febbraio 1947, n. 133, con note di G. G. AULETTA, *Valore ed efficacia della clausola del «solve et repete» nei suoi vari tipi, cit.*, e da E. DE LONGHI, *op. cit.*, p. 88 ss.; e da Cass. 4 febbraio 1949, n. 166, *cit.* Non constano, ad oggi, pronunce riguardanti il caso di mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti. Sul punto, in ogni caso, si veda il precedente paragrafo 2.2.9.

⁴²³ Ci si riferisce a L. BIGLIAZZI GERI, *La risoluzione per inadempimento, cit.*, e ID, *Brevi note sui «gravi motivi» di cui al 2° comma dell'art. 1462 del codice civile*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998, e a G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale, cit.*, p. 575, secondo il quale il potere del beneficiario: «[...] è soggetto ad una notevole limitazione, che si ispira allo stesso principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti richiamato nell'art. 1375: è attribuita al soggetto passivo della clausola una facoltà di sospensione dell'adempimento; ma, essendo tale sospensione in contrasto con la stessa pattuizione cui essa è assoggettata, solo al giudice è permesso autorizzarla, sospendendo la condanna all'adempimento [...]».

⁴²⁴ Si trova eco di questo silenzio nelle pagine di molti degli autori che recentemente si sono occupati del *solve*. L. BIGLIAZZI GERI, *Brevi note sui «gravi motivi» di cui al 2° comma dell'art. 1462 del codice civile, cit.*, p. 768 e ivi i riferimenti, non teneri, ai risultati della dottrina che non sarebbero «[...] dei più incoraggianti, né dei più coerenti [...]». Per D. POLETTI, *op. cit.*, p. 6, «[...] L'importanza del capoverso dell'art. 1462c.c. è stata a lungo sminuita nelle trattazioni sull'argomento che hanno seguito l'entrata in vigore dell'attuale codice [...]». L'Autrice rileva che, peraltro, quando pure il rimedio sospensivo era oggetto di riflessione, per lo più veniva utilizzato per sostenere le opposte teorie sulla natura processuale e sostanziale del patto.

Fino a che, in occasione del rinnovarsi dei dubbi di costituzionalità dell'art. 1462, comma 1, cod. civ., sollevati dal Tribunale di Milano⁴²⁵, la dottrina chiarì la portata dogmatica del secondo comma⁴²⁶.

Infatti, la norma di cui al primo comma non potrebbe essere disgiunta dal potere riequilibratore concesso dal capoverso, che ha un «[...] *carattere così penetrante, da lasciare in forse sul motivo per cui chi esalta i poteri del giudice non abbia soffermato la propria attenzione sull'art. 1462 capov. [...]*»⁴²⁷.

⁴²⁵ Ordinanza del Tribunale di Milano del 15 giugno 1972, *cit.*, p. 783: «[...] *non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1462, primo comma, codice civile, con riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione [...]*». La questione è stata specificatamente affrontata nel paragrafo 1.4.2.

⁴²⁶ Si allude alle riflessioni di P. VITUCCI, di eccezionale lungimiranza, anche con riferimento alle esigenze e alle modalità di tutela del consumatore, *op. cit.*, 763 ss.

⁴²⁷ Ancora P. VITUCCI, *op. loc. cit.*. Nelle parole dell'Autore non solo v'è la profonda comprensione del significato del potere sospensivo accordato al Giudice, ma, a posteriori, risuona limpida la critica alle soluzioni adottate dal legislatore a tutela del consumatore, con il sistema delle nullità di protezione. Infatti, quello del magistrato sarebbe «[...] *provvedimento di carattere provvisorio sì, ma destinato a durare tanto quanto l'efficacia interlocutoria della clausola, e quindi idoneo a paralizzarne ogni inconveniente pratico: ad un risultato concreto non dissimile porterebbe la nullità della clausola, rimedio di per sé tanto più drastico. V'è di più e di diverso, nella soluzione legislativa dell'art. 1462 capov., un amplissimo margine di potere per il giudice, [...] una discrezionalità che sicuramente non compete [al Giudice: N.d.R.] quando dichiara la nullità di una convenzione [...] n'è v'è bisogno di sanzioni di nullità [...], bastando appunto la possibilità di un intervento sul piano cautelare [...]*». Pochi anni dopo, sulla scorta delle considerazioni di Vitucci, anche A. LENER, *op. cit.*, p. 2621, ha affermato che la facoltà assegnata al Giudice dal secondo comma dell'art. 1462 cod. civ. avrebbe potuto essere impiegato come criterio sistematico di controllo del contratto che «[...] *pur inattuabile sotto il profilo formale, presenti un intrinseco difetto di plausibilità [...]*». L'Autore si riferiva evidentemente, come già faceva Vitucci, alla scarsa attitudine degli artt. 1341 e 1342 cod. civ. ad evitare sopraffazioni. Sul punto, *de iure condendo*, si segnalano taluni pur brevi riferimenti in C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1268. Di recente, v'è chi si è rammaricato della «[...] *incomprensione [che: N.d.R.] ha probabilmente influito sulla mancata eco delle proposte di impiego in via analogica [del secondo comma: N.d.R.], specie riguardo ai contratti del consumatore, nonostante la tecnica utilizzata dal legislatore [...] potesse ritenersi più di altre (ed, in specie, del drastico e meno flessibile rimedio della nullità) congeniale alle finalità perseguite [...]*». Così D. POLETTI, *op. cit.*, p. 6.

Sicché, come successivamente è stato rilevato tanto dal Giudice delle Leggi⁴²⁸, quanto dalla dottrina⁴²⁹, ridestatasi dal torpore interpretativo, sarebbe proprio il secondo comma dell'art. 1462 cod. civ. a garantire la legittimità costituzionale della norma.

Si pensi che il potere accordato dal capoverso della norma è rimasto ignorato anche da coloro che esaltavano il potere del Giudice di regolare il contratto. Tra essi S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 240 ss., per il quale, come conseguenza del principio generale di correttezza, il Giudice potrebbe compiere «[...] un intervento sul regolamento contrattuale tale da rendere possibile la completa realizzazione dell'operazione economica cui le parti erano interessate, secondo una valutazione degli interessi in gioco tale da consentire la formazione di una norma contrattuale adeguata alle finalità d'ordine sociale perseguite dall'ordinamento [...]».

⁴²⁸ C. Cost. 12 novembre 1974, n. 256, *cit.*.

⁴²⁹ L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 87 s.; C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1265; D. POLETTI, *op. loc. cit.*: «[...] la circostanza che l'art. 1462 c.c. [...] consenta la sospensione giudiziale della condanna, rendendo nuovamente inscindibile l'azione dall'eccezione, ha poi contribuito non poco al rigetto della sollevata questione di legittimità costituzionale della norma [...]».

3.2 Il canone della buona fede nell'esercizio del diritto al *solve et repete*

Come si diceva nel paragrafo precedente, malgrado l'acuta segnalazione della dottrina, già all'indomani della codificazione, circa l'esigenza di intendere la buona fede in senso oggettivo⁴³⁰, la giurisprudenza ha spesso manifestato un approccio soggettivista, attirandosi forti critiche⁴³¹.

Infatti, le Corti hanno istituito una sorta di equivalenza empirica tra consapevolezza del beneficiario del proprio inadempimento o del deterioramento delle proprie condizioni patrimoniali e potere del magistrato di sospendere la condanna⁴³².

⁴³⁰ E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 864.

⁴³¹ In particolare, si vedano le pagine di L. BIGLIAZZI GERI, *La risoluzione per inadempimento*, *cit.*, p. 102 ss. e ID., *Brevi note sui «gravi motivi» di cui al 2° comma dell'art. 1462 del codice civile*, *cit.*, p. 772 ss..

⁴³² Questo atteggiamento interpretativo è forse ispirato da una *lectio facilior* della Relazione al Progetto Ministeriale, art. 260, comma 2, che esclude l'efficacia della clausola nel caso in cui sia «[...] *fatta valere con dolo o in mala fede* [...]». Secondo una diversa impostazione, tuttavia, si potrebbe attribuire al dolo il significato di consapevole abuso della clausola e alla malafede il senso di oggettiva violazione dei canoni di onestà, rettitudine e diligenza nell'esecuzione del rapporto. Risuonano, al riguardo, le parole di S. ROMANO, *op. cit.*, p. 680: «[...] *occorre non confondere [...] questa disciplina [ossia quella della violazione della correttezza: N.d.R.] con quella della colpa o del dolo, con cui per altro la prima è collegata, perché si tratta di piano diversi* [...]».

Una simile ricostruzione terrebbe conto di un passaggio della Relazione al Codice civile, n. 662, secondo cui il Giudice «[...] *delibando l'eccezione, può constatare che essa presenta elementi di fondatezza, che si sia addirittura una prova semipiena e che sia possibile una pronta indagine sull'eccezione* [...]». Come si vede, si tratta della valutazione di situazioni oggettive. Cfr. ancora L. BIGLIAZZI GERI, *La risoluzione per inadempimento*, *cit.* p. 101.

Sul tema, si deve tenere conto che, tradizionalmente, si distinguono nel nostro ordinamento ipotesi di buona (o mala) fede come fatto intellettuale; come norma di comportamento; come nesso tra fatti giuridici e vicende di rapporti giuridici. Per questa tripartizione, vedi, ad esempio, S. ROMANO, *Buona fede (diritto privato)*, *cit.*, p. 678 ss.. La buona fede come fatto intellettuale emerge in norme relative a persone e a diritti reali. La norma di comportamento rileva in ambito obbligatorio.

Eppure, l'ampiezza dell'espressione utilizzata dal legislatore, al capoverso dell'art. 1462 cod. civ., farebbe pensare a un rimedio correttivo di situazioni di oggettiva lesione dell'interesse dell'oneroso, anche a prescindere dall'atteggiamento psicologico del beneficiario⁴³³.

Il terzo caso ricorre quando una norma interpretativa è dettata in riferimento all'intenzione delle parti, da valutarsi nel quadro delle norme di comportamento (Vedi anche R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, p. 15 s. È opinione diffusa che, appartengano a questa terza categoria, tra le altre, le norme che riguardano l'esecuzione del contratto secondo buona fede e l'*exceptio inadimpleti contractus*. Non paiono sussistere particolari dubbi che l'uso (o abuso) del diritto al *solve* rientri nella terza categoria, sia per omogeneità di casi disciplinati, sia per ragioni strutturali. Infatti, nei rapporti obbligatori, in virtù dell'art. 1175 cod. civ., è obbligatorio il rispetto di norme di correttezza, ossia di una buona fede «[...] intesa in senso oggettivo, dell'agire sleale o scorretto in danno di altri [...]» (Così L. CARRARO, *Il valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Studi Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 436. Anche per F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 27, il principio generale di buona fede oggettiva si traduce in principio della correttezza (ma *contra* v. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 68). Ora, non solo l'art. 1462 cod. civ., calato nel rapporto obbligatorio e, ancor più, nella disciplina a tutela del sinallagma, appare calato nella ricostruzione concettuale della buona fede oggettiva come dovere di aderenza alla normativa di correttezza. Ma si deve anche considerare che l'uso di una espressione quale «[...] gravi motivi [...]», che consentirebbero al Giudice di disporre la sospensione della condanna, individua, normalmente «[...] diramazioni dello stesso concetto di normativa di correttezza [...]» (S. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 679).

⁴³³ Infatti, il limite di rilevanza posto dalla legge è dato dallo «[...] *squilibrio causale derivante dal conseguimento di un risultato ottenuto violando le regole di correttezza* [...]». Così S. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 681.

Per assurdo, seguendo la prospettiva della giurisprudenza, ove pure il mutamento delle condizioni patrimoniali del beneficiario fosse tale da porre in evidente e grave pericolo la controprestazione, in assenza di dolo l'oneroso non potrebbe ottenere la sospensione della sentenza di condanna. Così pure, ovviamente, nel caso di inadempimento del beneficiario. Si aggiunga che, poiché l'onere della prova della malafede (in senso soggettivo) graverebbe sull'oneroso che aspira, quantomeno, alla sospensione, ove le prove non siano liquide, il giudice dovrebbe senz'altro condannarlo. Sono ben noti, d'altra parte, gli ostacoli che si frappongono all'accertamento di una malafede soggettiva.

Peraltro, si deve rilevare che numerose ma risalenti pronunce, sia sotto la vigenza del precedente Codice, sia dopo la codificazione del *solve*, erano ispirate a una concezione meno interiorizzante della buona fede. In effetti, il fatto stesso dell'inadempimento costituiva un «[...] *comportamento manifestamente malizioso* [...]»: Cass. 27 giugno 1939, n. 2219, *cit.*.

Quasi come un correttivo alle storture cui condurrebbe l'impostazione in senso soggettivo, la Cassazione ha reputato che l'*exceptio inadimpleti contractus* non sia efficacemente sottoposta all'imperativo *solve*. In tal modo, si è spostato il problema dell'inadempimento totale dal piano della buona fede, che rileva per la sospensione

Al riguardo, in assenza di significative pronunce che ricostruiscano una casistica di gravi motivi⁴³⁴, la dottrina ha reputato che l'inadempimento totale, l'inadempimento parziale grave e il mutamento nelle condizioni patrimoniali, a prescindere da qualsiasi atteggiamento psicologico del beneficiario, costituiscano gravi motivi per la sospensione.

All'elencazione, allora, è da aggiungere, senza identificarsi o sostituirsi con le altre ipotesi, l'uso malizioso del *solve* da parte del beneficiario⁴³⁵.

Parrebbe ricorrere, in particolare, la figura dell'abuso del diritto⁴³⁶.

della condanna, al piano dell'efficacia della clausola, affrontato dal primo comma. L'orientamento della giurisprudenza non è condivisibile. Sul punto vedi il paragrafo 2.2.8.

⁴³⁴ Come è stato rilevato da E. LECCESE, *op. cit.*, p. 208 ss., che è stata costretta a risalire a sentenze anteriori o coeve all'emanazione del codice.

⁴³⁵ Tra gli altri E. DE LONGHI, *op. cit.*, p. 89 s.; L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 87 s.; C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1268; già E. ENRIETTI, *op. loc. cit.*; E. COLAGROSSO, *op. ult. cit.*, p. 486.

⁴³⁶ Ossia l'alterazione funzionale di atti di esercizio di poteri, diritti, interessi che tuttavia competano alla parte. L'abuso comporterebbe alterazioni del fattore causale che, ormai non rimediabili sul piano dell'efficacia del negozio, possono essere limitate dal potere del Giudice di sospendere la condanna. È pur vero che l'abuso del diritto può prescindere dalla malafede, «[...] *ma accade assai spesso che tali atti si compiano in violazione della normativa di correttezza* [...]». Così S. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 687. Si veda, sul tema, ID., *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, p. 166 ss. L'Autore conclude il proprio scritto considerando che «[...] *non [si: N.d.R.] può escludere la ricorrenza della figura in certe situazioni di coordinamento tra diritto soggettivo e processo [...] di conflitto tra diritti soggettivi [...] e nei limiti all'esercizio di poteri e diritti rappresentati dall'esistenza di «giusta causa», «giusti motivi» [...]*». Sul problema, e più in generale sulla figura dell'abuso del diritto, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, p. 393: «[...] *Il criterio [...] va desunto non già dall'istanza soggettiva della consapevole intenzione, ma da quella oggettiva delle vedute sociali circa il carattere plausibile e ovvio del mezzo adoperato [...]*». Si vadano anche i riferimenti di F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 60 ss. e il saggio, divenuto ormai tradizionale, di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, già in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss. e ora ristampato a Bologna, 1998.

In questo caso, dunque, «[...] i «*gravi motivi*», cui la norma fa riferimento, devono intendersi riferiti, appunto al comportamento della controparte [...]»⁴³⁷.

Tuttavia, sebbene il quadro dei gravi motivi si sia allargato, «[...] si resta prevalentemente immersi in un formalismo, alla prova dei fatti, impermeabile a quel criterio oggettivo e «*relazionale*» di valutazione che è la regola della buona fede [...]».

Infatti, per questa dottrina, sembrerebbe che «[...] ciò che conta [...] è, in realtà, la (formale) inesattezza (quantitativa, qualitativa o cronologica) dell'adempimento od un «*pericolo di danno*» di per sé ritenuto decisivo ai fini della sospensione della condanna, a prescindere da qualsiasi controllo circa l'effettiva contrarietà a buona fede del comportamento dell'attore [...]»⁴³⁸.

Eppure, non si potrebbe escludere che, anche al di fuori di tali ipotesi, e al limite anche di fronte a un adempimento formalmente esatto da parte del beneficiario, la clausola possa essere resa inoperante, sulla base di una eccezione di contrarietà a buona fede in senso oggettivo.

In tal senso, si potrebbe forse istituire un parallelo con le ipotesi di intervento giudiziale accolte dall'esperienza tedesca⁴³⁹.

⁴³⁷ In questi termini G. MIRABELLI, *op. loc. ult. cit.*.

⁴³⁸ Così L. BIGLIAZZI GERI, *Brevi note sui «gravi motivi» di cui al 2° comma dell'art. 1462 del codice civile, cit.*, p. 774 s..

⁴³⁹ È l'esperienza del *billiges Ermessen*, tratto dal § 315 B.G.B..

Al riguardo, è stato configurato un potere del Giudice di negare tutela alle parti del regolamento negoziale contrario a equità e di ricostruirlo in termini di equità e correttezza⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ Si vedano, al riguardo, le osservazioni di A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 192 ss.; M. T. BONAVIA, *Nota a Cass., sez. II, 5 ottobre 1976, n. 3272*, in *Temi*, 1977, p. 119 s..

3.3 Inadempimento, ritardo nell'adempimento, mutamento nelle condizioni patrimoniali, insolvenza del contraente tutelato ex art. 1462 c.c. (rinvio)

Il percorso compiuto nei paragrafi precedenti consente di condividere i principali risultati interpretativi raggiunti dalla dottrina, pur con qualche minimo esercizio di discernimento.

Così, si reputa che il totale inadempimento dell'obbligazione da parte del beneficiario del *solve*, tenuto per primo all'adempimento⁴⁴¹, possa legittimare la sospensione della condanna e, dunque, la disapplicazione della clausola⁴⁴².

È appena il caso di rilevare che, secondo il più recente indirizzo dottrinario, contrariamente a quanto affermato nelle ultime sentenze del Supremo Collegio⁴⁴³, il totale inadempimento non dovrebbe comportare l'inefficacia del

⁴⁴¹ È questa, a quanto pare, l'opinione attualmente sostenuta dalla dottrina, poiché, si afferma, se le prestazioni fossero contemporanee non si potrebbe affermare che il beneficiario sia inadempiente, né troverebbe applicazione il rimedio *ex art. 1460* cod. civ. Sul punto vedi il paragrafo 2.2.8 e confronta, in dottrina, C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1269. A maggior ragione, naturalmente, ove fosse tenuto ad adempiere per primo l'onere, o non fosse stabilito alcun ordine tra le prestazioni, non potrebbe nemmeno essere configurato il grave motivo idoneo a sospendere la condanna. Per la verità, si sono illustrati i motivi che portano a reputare l'inoperatività del *solve* nel caso del totale inadempimento del beneficiario, tenuto ad adempiere per primo. In tale ipotesi, il *solve* nemmeno verrebbe in rilievo e il Giudice potrebbe decidere nel merito, senza alcun bisogno di sospendere la condanna.

⁴⁴² Conformi, in dottrina, G. G. AULETTA, *Valore ed efficacia della clausola del «solve et repete» nei suoi vari tipi*, *cit.*, p. 426. C. MIRAGLIA, *op. loc. cit.*; E. LECCESE, *op. cit.*, p. 208 s..

⁴⁴³ Tra le altre Cass. civ., 16 luglio 1994, n. 6697 in *Mass. giur. it.*, 1994: «[...] La garanzia da eccezioni dilatorie, propria della clausola "solve et repete", non ha un'efficacia tale da paralizzare in toto l'*exceptio inadimpleti "contractus"*, bensì resta correlata all'ambito di operatività dell'*"exceptio non rite adimpleti contractus"*, sicché essa non incide sulla possibilità di far valere la mancata esecuzione, totale o parziale della controprestazione [...]». Conformi Cass. civ., 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Foro it.*, 1982, I, c. 698, con nota di DI PAOLA, *cit.*.

patto, bensì la sospensione della sentenza di condanna *ex art.* 1462, comma 2, cod. civ.⁴⁴⁴.

Inoltre, anche il totale inadempimento non rilevarebbe, di per sé, come fatto sospensivo della sentenza di condanna, se esso non costituisca, in esito al prudente apprezzamento del Giudice, e in rapporto agli interessi dedotti dalle parti, grave motivo⁴⁴⁵.

È opinione diffusa, poi, che i gravi motivi possano emergere anche in caso di inesatto adempimento.

Peraltro, si deve escludere che la sospensione possa essere accordata per il semplice adempimento tardivo⁴⁴⁶,

⁴⁴⁴ Che, infatti, recita «[...] nei casi in cui la clausola è efficace [...]». *Contra*, in dottrina, A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 854. Anche su questo tema, si rinvia al paragrafo 2.2.8.

⁴⁴⁵ Si è detto, infatti, che se la sospensione «[...] può ammettersi, in linea generale, si deve pure osservare che, in concreto, potranno presentarsi – più spesso nei riguardi dell'eccezione tratta dall'art. 1461 C. Civ., che non nei riguardi dell'*exceptio* inadimplenti (o non rite adimplenti) *contractus* – i gravi motivi [...]. Mentre, infatti, per quel che riguarda l'eccezione di inadempimento, non è normalmente posta in dubbio la possibilità della successiva ripetizione [...], proprio tale possibilità di ricupero vien posta in discussione con l'eccezione tratta dall'art. 1461 C. Civ. [...]». Così A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849, nota n. 5.

Caso del tutto diverso, per quanto detto al paragrafo precedente, è invece l'ipotesi in cui l'inadempimento, pur di per sé non tale da porre a rischio il soddisfacimento del diritto dell'onerato, possa costituire, insieme alla consapevolezza del beneficiario di ledere ingiustamente l'altrui posizione, indice di un uso malizioso del *solve*. In questa ipotesi, infatti, si reputa comunemente che la sentenza di condanna possa essere sospesa, poiché la gravità dei motivi viene rappresentata proprio dal dolo, che priva di meritevolezza l'interesse alla protezione del beneficiario del patto.

⁴⁴⁶ Quanto al ritardo nell'adempimento, si è affermato che esso, al pari dell'adempimento, possa costituire grave motivo, idoneo alla sospensione della condanna. In giurisprudenza, si riscontra una sentenza del Supremo Collegio del 14 marzo 1964, n. 575, *cit.*: «[...] La clausola contrattuale del *solve et repete contemplata* dall'art. 1462 C. Civ., ha per oggetto di impedire che una delle parti si esima dalla propria obbligazione e ne ritardi, comunque, l'adempimento [...]». Sul punto emerge qualche dubbio, poiché il Codice, all'art. 1218, riassume sotto l'unica etichetta degli adempimenti non esatti, diverse fattispecie. È ben noto, al riguardo, che accanto all'inadempimento totale o parziale (inesatto nella qualità, nella quantità etc.), che pur sempre costituisce inadempimento, v'è il semplice ritardo. Quest'ultimo implica che la prestazione possa essere oggettivamente

mentre non v'è motivo per escludere che anche un inadempimento parziale possa affliggere a tal punto la posizione dell'onerato del *solve*, da suggerire la sospensione della condanna⁴⁴⁷.

Quanto al mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti, in assenza di spunti giurisprudenziali, la dottrina ha prevalentemente⁴⁴⁸ reputato doversi disporre la sospensione *ex art.* 1462, comma 2, cod. civ.⁴⁴⁹.

Anche questa impostazione richiede dei chiarimenti terminologici, sulla base delle considerazioni svolte nel paragrafo 2.2.9, cui si fa rinvio.

Infatti, si dovrebbe distinguere tra le ipotesi di vera e propria insolvenza, fallimentare o *ex art.* 1186 cod. civ., e mutamento nelle condizioni patrimoniali *ex art.* 1461 cod. civ..

ancora adempiuta e può tradursi in un adempimento tardivo ovvero in un inadempimento definitivo, nell'ipotesi che il creditore rifiuti la prestazione *ex art.* 1256, comma 2, e 1453, comma 3, e 1457 cod. civ. Tra esse, quella dell'inadempimento assoluto. Bisogna, dunque, comprendere in quale accezione la giurisprudenza intenda accogliere la nozione di ritardo. Infatti, se la prestazione fosse legittimamente rifiutata, e ciò potesse essere facilmente accertato, mediante prove liquide, si ricadrebbe nel caso generale di inadempimento, con ogni conseguenza in ordine alla eventuale sospensione della condanna per gravi motivi. Se, invece, il ritardo avesse comportato un semplice adempimento tardivo, rilevante solo sotto il profilo risarcitorio, *ex art.* 1218 cod. civ., pare assai difficile che ciò possa fondare la sospensione della condanna e, dunque, dovrebbe prevalere l'interesse del soggetto tutelato dal *solve et repete*.

⁴⁴⁷ E, in effetti, pare questo il senso delle considerazioni di G. G. AULETTA, *op. loc. ult. cit.*, e C. MIRAGLIA, *op. loc. ult. cit.*.

⁴⁴⁸ Già F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 420 e E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 864, nota n. 2. Più di recente A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 850, nota n. 5; C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1261 D. POLETTI, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁴⁹ Più radicale la posizione di chi ha reputato inefficace il *solve*, nel caso di mutamento. Tra questi si vedano E. PERSICO, *op. cit.*, p. 217; L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 93. Quest'ultima ha argomentato l'inefficacia del *solve* con la non prevalente meritevolezza della posizione del beneficiario. Infatti, alla sicurezza del *solve et repete* per il beneficiario, si contrapporrebbe per l'onerato un rischio che eccede l'incertezza naturale sottesa al patto, costituito dalla quasi certezza di un danno irreparabile.

Nello stato di insolvenza, il patrimonio del debitore sarebbe assolutamente inidoneo, per ragioni di fatto o di diritto, a consentirgli l'adempimento dell'obbligazione.

In questo caso, parrebbe che il *solve* non possa operare e sia da reputare inefficace.

Infatti, l'azione di adempimento del beneficiario del *solve* sarebbe carente dell'interesse a una pronuncia di condanna provvisoria, poiché sarebbe esclusa la possibilità di ripetere la prestazione adempiuta⁴⁵⁰.

Allora, nelle ipotesi di insolvenza, più che di sospensione della condanna, si dovrebbe reputare vi sia luogo alla dichiarazione di inefficacia del *solve*.

Nel caso di mutamento nelle condizioni patrimoniali, invece, lo squilibrio provocato dall'insorgenza della difficoltà del beneficiario potrebbe essere valutato al fine della sospensione della sentenza di condanna.

⁴⁵⁰ Si potrebbe trarre sostegno, in questa tesi, dalle argomentazioni di A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849, nota n. 1, seppure l'Autore alluda ai casi di impossibilità della prestazione del creditore beneficiario del *solve*.

Inoltre, con riferimento ai contratti a prestazioni corrispettive, ambito nel quale diversi autori relegano l'operatività del patto, se si consentisse al *solve* di operare, si privilegierebbe una posizione creditoria a totale discapito dell'altra, ignorando una situazione che inevitabilmente è destinata a impedire il realizzarsi complessivo degli interessi cristallizzati nell'accordo.

Peraltro, a voler seguire l'opinione di chi limita l'efficacia del *solve* alle sole eccezioni che insistono sul «[...] *gioco del sinallagma* [...]» (A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849) l'insolvenza semplice, che provoca la decadenza dal beneficio del termine, non potrebbe che essere insensibile al meccanismo di cui all'art. 1462 cod. civ..

3.4 La sospensione della condanna

Ai sensi del secondo comma dell'art. 1462 cod. civ., nel caso in cui ricorrano gravi motivi, il Giudice «[...] può sospendere la condanna, imponendo, se del caso, una cauzione [...]».

L'espressione è stata utilizzata in senso atecnico⁴⁵¹ dal legislatore, che si è dovuto destreggiare tra i limiti imposti dalla logica del processo⁴⁵² e l'intenzione di porre rimedio alle distorsioni derivanti dall'utilizzo del *solve*⁴⁵³.

⁴⁵¹ Così la stessa Relazione al Codice civile, n. 662. Vedi sul punto A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 860, e C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 594. In effetti, la sospensione può riguardare il processo o l'esecuzione e, al più l'esecutorietà della sentenza di primo grado, ma non la condanna quale evento accertativo. Cfr. la nota successiva.

⁴⁵² In senso tecnico, nel giudizio di cognizione, la sospensione è un fenomeno di arresto dell'*iter* processuale, a causa di un evento cui la legge ricolleggi tale effetto e fintanto che esso non sia venuto meno. È noto che il Codice di procedura civile preveda ipotesi specifiche di sospensione, nonché una fattispecie generale. Sarebbero, tuttavia, possibili applicazioni analogiche ed estensive anche in ipotesi non regolate dal codice. Così C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2006, 2, p. 207 ss. Ad ogni modo, tra le previsioni specifiche, si devono ricordare la sospensione del giudizio *a quo* nel caso di regolamento preventivo di giurisdizione non manifestamente infondato e di regolamento di competenza, oltre che di modificazione della competenza per ragioni di litispendenza e connessione. Altre ipotesi tipiche sono la sospensione per proposizione di ricorso per ricusazione; nel caso di questioni di costituzionalità non manifestamente infondate e di cui sia necessaria la soluzione per la decisione. Infine, si deve ricordare la sospensione del giudizio d'appello, in attesa che tutte le parti del procedimento di primo grado, titolari di posizioni scindibili, siano decadute dal potere di impugnare la sentenza. In via generale, poi, è configurata una sospensione per istanza concorde delle parti e una sospensione necessaria per pregiudizialità rispetto alla soluzione di altra controversia. Del tutto diversi, poi, i casi di sospensione dell'esecuzione, *ex artt.* 623 ss. cod. proc. civ., e di sospensione dell'esecutorietà della sentenza, in caso di appello, di ricorso per cassazione, di revocazione e di opposizione di terzo.

⁴⁵³ Per «[...] non trasformare la clausola in oggetto in uno strumento di sopraffazione e [...] non creare situazioni che turberebbero quell'armonia e quell'equilibrio fra le prestazioni contrattuali che la legge vuole realizzare non solo nella conclusione, ma anche nell'esecuzione dei contratti bilaterali [...]». Testualmente App. Milano 11 maggio 1962, in *Foro pad.*, 1962, I, p. 641. Cfr. anche C. Cost. 12 novembre 1974, n. 256, *cit.*

Infatti, la norma non ha potuto alludere a un “rigetto” della domanda del creditore beneficiario - svolta nell’atto di citazione o nella comparsa di costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo - poiché questa sarebbe ancora suscettibile di essere accolta.

Nemmeno poteva prevedersi, d’altra parte, un “rinvio della condanna”, perché il giudizio avrebbe potuto concludersi con la soccombenza del beneficiario.

Allora, intendendo in senso lato l’espressione “sospensione”⁴⁵⁴, la norma consentirebbe al Giudice di disapplicare la clausola⁴⁵⁵ e di rinviare la pronuncia sulla domanda all’esame di tutte le argomentazioni, deduzioni ed eccezioni proposte dalle parti.

Altra questione, tutta squisitamente processualistica, è quella di attribuire significato all’espressione «[...] può [...]», che connota l’iniziativa del Giudice per la sospensione della condanna.

⁴⁵⁴ Secondo parte della dottrina, il fatto che la sospensione della condanna vada interpretata in senso atecnico, non escluderebbe di includere nell’espressione anche il significato tecnico. Infatti, nel caso in cui il Giudice abbia applicato il *solve* e condannato provvisoriamente la parte onerata, questa, dopo aver adempiuto, può proseguire il giudizio. Nel corso della fase istruttoria, se il Giudice rilevasse i gravi motivi, ben potrebbe sospendere l’esecutorietà della condanna o subordinarla alla prestazione di idonea cauzione. La questione non si è ancora offerta all’attenzione della giurisprudenza, ma l’astratta possibilità di sospendere la già intervenuta condanna, ai sensi dell’art. 1462, comma 2, cod. civ. è stata prefigurata da C. LUCCHI, *op. loc. cit.*, e da F. MASTROPAOLO, *Contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1989, p. 294 s. Secondo questa prospettiva, il Giudice non emetterebbe provvedimenti contraddittori, poiché la sospensione della esecutorietà della condanna avverrebbe per l’accertamento «[...] di una contropretesa che elide la pretesa per cui fu emanata la condanna [...]». Così C. LUCCHI, *op. loc. cit.*

⁴⁵⁵ A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 861, allude addirittura a un «[...] rigetto della domanda fondata sulla clausola stessa e impostazione del processo per il completo esame del merito, così come se la clausola non esistesse [...]».

Orbene, in tema di condanna con riserva, a fronte della possibilità di considerare le espressioni simili o identiche a quella in esame, come rappresentative di un potere discrezionale del giudice, la dottrina ha scelto di seguire una diversa strada.

Così, sono stati considerati requisiti comuni, per l'emanazione di provvedimenti di condanna con riserva, la non contestazione o la prova piena dei fatti costitutivi del diritto vantato dalla parte che invochi il provvedimento; la proposizione di eccezioni di merito di lunga indagine o, il che è lo stesso, di non pronta soluzione; la delibazione *prima facie* della infondatezza delle eccezioni⁴⁵⁶.

In questo modo, sarebbe evitato l'arbitrio e la possibilità della pronuncia sarebbe ricondotta in un contesto di garanzie.

Applicate al *solve*, queste soluzioni interpretative consentirebbero di reputare che, per un verso, la pronuncia della sentenza di condanna sia *dovuta*.

Per altro verso, che la valutazione dei gravi motivi sia libera, per il Giudice.

Tuttavia, pare che qualora i fatti dedotti dal convenuto, a sostegno dell'istanza di sospensione, siano di pronta soluzione e le eccezioni addotte non appaiano manifestamente infondate, il Giudice *debba* sospendere la condanna.

⁴⁵⁶ Così A. PROTO PISANI, *op. loc. ult. cit.*. Nello stesso senso ID., *Appunti sulla tutela sommaria, cit.*, p. 309 ss. e soprattutto p. 326; cfr. anche G. SCARSELLI, *La condanna con riserva, cit.* Nel senso della piena discrezionalità v. per tutti R. MARENCO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996, p. 232.

Capitolo IV

Il funzionamento processuale dell'art. 1462 cod. civ.

4.1 LA CONDANNA CON RISERVA

4.2 LA DOMANDA DI RIPETIZIONE

**4.3 LA RINUNCIA ALL'ESERCIZIO DEL DIRITTO AL DIFFERIMENTO E LA MANCATA PROPOSIZIONE
DELL'ECCEZIONE DI *SOLVE ET REPETE***

4.1 La condanna con riserva

È opinione tradizionale, coeva alla stessa nascita della clausola, che il fruttuoso impiego giudiziale del *solve et repete* comportasse, sotto il profilo processuale, una sentenza di condanna all'adempimento a carico dell'onerato, con riserva di successivo esame delle sue eccezioni, all'esito dell'esecuzione della prestazione ⁴⁵⁷.

Si è già riferito che, sotto la vigenza del Codice del 1865, coloro che dubitavano della validità del patto *solve et repete* traevano sostegno alla propria tesi proprio da questa

⁴⁵⁷ Così già in epoca medievale. Recentemente, questa ricostruzione era stata prospettata da coloro che, per riconoscere piena validità al patto, ne esaltavano i contenuti sostanziali. I cd. teorici sostanzialisti (per i quali vedi il paragrafo 1.4.1 e oltre il capitolo V) volevano in tal modo replicare all'obiezione formulata, ad esempio da E. T. LIEBMAN, *Contro il patto del «solve et repete» nei contratti*, cit., p. 249 e ID., *Variazioni intorno alla clausola del «solve et repete» nei contratti*, cit., p. 210, secondo la quale l'onerato, con il *solve*, avrebbe perso definitivamente il diritto a far valere le proprie eccezioni, anche dopo l'esecuzione della prestazione, poiché la proposizione delle eccezioni paralizzate dalla clausola sarebbe stata impedita dall'effetto di cosa giudicata derivante dalla sentenza di condanna.

In realtà, è stato rilevato, già sotto il nuovo Codice, che la cosa giudicata «[...] non pregiudica affatto i poteri che potranno essere fatti valere dal convenuto dopo l'esecuzione della prestazione, per il semplice motivo che si tratta di poteri di cui il giudice si era limitato a non ammetterne l'esercizio perché non ancora attuali (in quanto sottoposti alla condizione sospensiva dell'adempimento) e sui quali quindi non è stata emessa alcuna pronunzia di merito [...]». Così E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 865. In effetti, l'apporto degli studiosi del diritto processuale sembrerebbe confermare la ricostruzione di Enrietti. Infatti, la sentenza non definitiva esplicherebbe effetti vincolanti nei confronti del Giudice che l'ha emessa, il quale non potrebbe modificarla né revocarla nel corso del giudizio, e sarebbe, dunque, escluso qualsiasi riesame sulle questioni decise, anche in via di fatto. Così A. ATTARDI, *Cosa giudicata*, in *Ius*, 1961, p. 85 ss., ove particolarmente le notazioni bibliografiche della nota n. 126; ID., *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, I, p. 432; F. P. LUISO, *Appunti di diritto processuale civile*, Pisa, 1990, II, p. 178. In giurisprudenza, cfr. Cass. 14 settembre 2004, n. 18510, in *Mass. giur. it.*, 2004; Cass. 22 agosto 2003, n. 12346, in *Arch. civ.*, 2004, p. 832. Tuttavia, la sentenza definitiva ben potrebbe avere un contenuto tale da eliminare la portata precettiva della sentenza non definitiva, assorbendola, e accordando alla parte, soccombente in via provvisoria, una tutela piena e ripristinatoria (ancora F. P. LUISO, *op. loc. cit.*).

circostanza, poiché la clausola avrebbe dato luogo a una sentenza provvisoria non prevista dall'ordinamento⁴⁵⁸.

Sfuggivano a questa obiezione quanti negavano che la sentenza del Giudice dovesse essere considerata come emessa "con riserva".

Infatti, il Giudicante «[...] non rinvia ad un momento ulteriore l'esame di un'eccezione i cui elementi già concorrono tutti dal punto di vista sostanziale, ma non dà ingresso ad una eccezione che mira a far valere un diritto che si trova ancora sotto condizione [...]»⁴⁵⁹.

Con la previsione normativa del *solve*, almeno sotto questo profilo, la questione sembra superata⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Per questi profili, si veda il paragrafo 1.4.1. Al riguardo, ci si può qui limitare a segnalare che l'ipotesi di sentenza con riserva di eccezioni non avrebbe potuto essere fondata sull'autonomia privata, bensì solo sulla legge. Secondo E. T. LIEBMAN, *op. ult. cit.*, p. 248, «[...] La condanna con riserva è una figura eccezionale del processo inammissibile dove non sia espressamente prevista dalla legge. Una sentenza non può infatti essere pronunciata se non in base ad una piena e completa cognizione del giudice, e questa non si ha se non si sono esaminate tutte le possibili questioni sollevate dalle parti [...] Né il giudice può, a suo arbitrio, seguire altra via, né le parti possono validamente convenire che egli la segua [...]».

Per notazioni di carattere storico vedi P. VITUCCI, *op. cit.*, p. 784. Cfr. anche D. POLETTI, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁵⁹ Così T. ASCARELLI, *op. loc. cit.*. Per l'Autore, nei casi di sentenza con riserva, l'esame delle eccezioni non sarebbe precluso dalla loro inattualità – giacché esse sono sempre pienamente opponibili dal punto di vista sostanziale (v. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1925, p. 207), bensì dall'opportunità di posticiparne la delibazione per la difficoltà e lentezza di prova che le caratterizza.

⁴⁶⁰ Peraltro, si riscontra una forte similitudine, che ha indotto qualcuno a identificare un unico principio comune ai due istituti, tra il *solve* e il giudizio cambiario. Cfr. C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 587. In effetti, è noto che, in quest'ultimo procedimento, il debitore può opporre le eccezioni di nullità della cambiale e quelle non altrimenti vietate. Nel caso in cui, tuttavia, le eccezioni non si fondino su prova liquida, il creditore precedente può chiedere che il Giudice emetta sentenza provvisoria di condanna. Il debitore sarà costretto, in tal caso, ad adempiere, salvo recuperare la prestazione se, in esito allo scioglimento della riserva, il Giudice accogliesse le sue eccezioni. Sul tema, tra gli altri, F.

Così, il giudizio incardinato dal creditore beneficiario del *solve*, ovvero dal debitore attore in opposizione a decreto ingiuntivo, potrebbe dare luogo a due diverse sentenze⁴⁶¹.

L'una di condanna dell'onerato, provvisoria⁴⁶², che riconosca l'efficacia del *solve* e l'assenza di gravi motivi;

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale, cit.*, p. 403; A. ASQUINI, *I titoli di credito*, Padova, rist. 1966, p. 354 ss..

⁴⁶¹ Nella ricostruzione di G. G. AULETTA, *Valore ed efficacia della clausola del «solve et repete» nei suoi vari tipi, cit.*, c. 425, l'utilizzo processuale del *solve* produrrebbe una scissione tra esame dell'azione ed esame dell'eccezione, conseguente alla pronuncia non definitiva di condanna.

⁴⁶² La scienza processualista si è lungamente interrogata sulla distinzione tra sentenze definitive e non definitive. In prevalenza si reputa che le prime siano quelle che, indipendentemente dal proprio contenuto decisorio, chiudano un grado del processo, davanti al giudice che le pronunci. Si qualificherebbe, d'altra parte, non definitiva la sentenza che, pur avendo un contenuto decisorio, non ponga fine a una fase o grado del processo, ma ne imponga la prosecuzione di fronte allo stesso Ufficio. In dottrina, sul tema si vedano A. CHIZZINI, *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. IV civ.*, Torino, 1998, XVIII, p. 261 ss.; L. P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2006, I, p. 571; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, 2006, II, p. 292 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999, p. 628 ss.; F. P. LUISO, *op. cit.*, p. 171; D. SPIAZZI, *Provvedimenti del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Nov. dig. it.*, App. VI, p. 106. Secondo l'indirizzo ormai prevalente in giurisprudenza, cd. "formale", in esito ai ripetuti interventi delle Sezioni Unite, sarebbe non definitiva la sentenza che, nel caso di cumulo tra domande delle parti, decida solo su alcune di esse, con prosecuzione del giudizio per le altre, e non disponga la separazione, ai sensi dell'art. 279, comma 2, n. 5, cod. proc. civ., oltre a non provvedere sulle spese relative alla domanda decisa. Cfr. Cass. 9 agosto 2005, n. 16736, in *Mass. giur. it.*, 2005; Cass. a Sez. Un., 8 ottobre 1999, n. 711 e 712, in *Mass. giur. it.*, 1999. Secondo l'opinione contraria, la qualificazione di una sentenza in termini di non definitività prescinderebbe dalla qualificazione del Giudice e deriverebbe dal suo contenuto sostanziale. Cfr. Cass. 19 ottobre 1998, n. 10328, in *Mass. giur. it.*, 1998; Cass. 12 giugno 1992, n. 7225, in *Foro it.*, 1993, I, c. 480. Ai fini della qualificazione della sentenza di condanna, conseguente all'esercizio vittorioso dell'imperativo *solve*, ha particolare rilievo l'indirizzo secondo il quale costituirebbe sentenza non definitiva quella che, rinviando al prosieguo il riconoscimento del bene in contestazione, statuisca su questioni in senso lato pregiudiziali o su domande connesse o su alcuni capi dell'unica domanda ovvero solo sull'*an debeatur*. Così Cass. 7 settembre 1995, n. 9448, in *Mass. giur. it.*, 1995; si veda anche Cass. 15 luglio 1993, n. 7851, in *Mass. giur. it.*, 1993. Sotto quest'ultimo profilo, è diffusa l'opinione secondo la quale, ai sensi dell'art. 279, comma 4, cod. proc. civ., in relazione al comma 3 della medesima disposizione, il Giudice potrebbe pronunciare sentenze non definitive su questioni di merito, anche a carattere non preliminare, la cui definizione non sia suscettibile di concludere il giudizio. In questo senso L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 250 ss.; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, ed. 2000, p. 442 ss..

l'altra sulla fondatezza delle sue eccezioni, definitiva, consentita la prosecuzione del giudizio dall'adempimento⁴⁶³.

Sebbene sia certamente condivisibile che il *solve* possa dare luogo a una sentenza provvisoria di condanna⁴⁶⁴, non può seguirsi l'opinione prevalente, secondo la quale tale meccanismo provocherebbe una sola temporanea paralisi nell'esercizio del diritto all'eccezione dell'onerato⁴⁶⁵.

La sentenza provvisoria, emessa a favore del beneficiario del *solve*, dovrebbe costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca. Sul punto v. C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 595. In effetti, ai sensi dell'art. 2818 cod. civ., «[...] ogni sentenza che porta condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione ovvero al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente è titolo per iscrivere ipoteca sui beni del debitore [...]».

⁴⁶³ Cfr. C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 588 ss.. L'Autore afferma anche (p. 594) che, in questo senso, «[...] la clausola non nega affatto un diritto, né la tutela processuale necessaria a difenderlo, ma solo consente una condanna con riserva di determinate eccezioni [...] concede priorità all'attuazione di un credito, senza escludere la successiva indagine su circostanze ad esso contrarie e l'attuazione di un controcredito alla restituzione [...]». Del resto, in modo non dissimile si svolge anche il giudizio possessorio. Infatti, il Giudice potrebbe valutare le eccezioni petitorie del proprietario, solo in esito alla reintegrazione del possessore spogliato. L'osservazione si deve a G. CRISTOFOLINI, *op. cit.*, p. 848.

⁴⁶⁴ Secondo A. PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, *cit.*, p. 274, l'art. 1462 cod. civ. farebbe «[...] chiaramente riferimento alla possibilità di emanare provvedimenti di condanna con riserva delle eccezioni del convenuto [...]».

Sono evidenti e ben note le conseguenze che questa opinione reca con se. Infatti, la sentenza non definitiva ha un regime di impugnazione proprio e complesso. In linea di massima, per quel che qui importa, ossia per la sentenza provvisoria di condanna *ex art.* 1462 cod. civ., dovrebbe essere consentito tanto l'appello immediato, quanto la riserva di impugnazione di cui all'art. 340 cod. proc. civ. In senso dubitativo, ma comunque in senso sostanzialmente conforme, vedi, C. LUCCHI, *op. loc. cit.*, il quale ha rilevato che l'appello non potrebbe essere proposto sulla base di eccezioni ancora pendenti in primo grado. D'altra parte, sarebbe pur vero che «[...] il contraente sfavorito ha l'onere di proporre le eccezioni in primo grado, altrimenti esse in appello resterebbero precluse [...]». Se la sentenza fosse tale da definire, seppure parzialmente, talune questioni insorte, essa potrebbe essere impugnata immediatamente con ricorso per cassazione, *ex art.* 360, comma 3, e 361 cod. proc. civ.. In dottrina, sul tema, si vedano E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1953, II, p. 296 ss.; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili: struttura e funzione*, Padova, 1973, p. 811 ss.; G. P. CALIFANO, *L'impugnazione della sentenza non definitiva*, Napoli, 1996; C. CONSOLO, *Impugnazione immediata di una sentenza non definitiva e proseguimento del giudizio di primo grado*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 582 ss..

⁴⁶⁵ L. BIGLIAZZI GERI, *La risoluzione per inadempimento*, *cit.*, p. 105; A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 850. Vedi, però, le considerazioni dell'Autore

Infatti, come è stato già accennato in precedenza, nella natura di talune eccezioni v'è la loro consunzione in esito all'adempimento. In altre parole, esse, una volta avvenuto l'adempimento, non presentano più alcuna utilità o attitudine operativa.

Ad esempio, non sembrerebbe agevole immaginare che il debitore, una volta adempiuto e, dunque, recuperata la pienezza di poteri in relazione alle proprie eccezioni, possa ancora eccepire il mutamento delle condizioni patrimoniali del beneficiario, al fine di sospendere la prestazione ormai adempiuta⁴⁶⁶.

Per sostenere la diversa impostazione, si dovrebbe immaginare che il debitore onerato, una volta adempiuta la prestazione, possa immediatamente ripeterla per riparare al mancato esercizio delle eccezioni paralizzate dal *solve* e ricostituire, così, lo stato di equilibrio tra le parti, che si perde inevitabilmente con l'adempimento.

sull'*exceptio non rite adimpleti*, svolte a p. 854. Cfr. anche D. POLETTI, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁶⁶ Vedi sul tema le riflessioni e gli spunti offerti da G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, *cit.*, p. 342 e E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 864. Il primo ricorda che «[...] se la prestazione è compiuta a titolo di adempimento, la funzione dell'*exceptio* è finita [...]». Il secondo conclude, d'altra parte, i propri ragionamenti, affermando che le eccezioni di risoluzione *re adhuc integra*, di inadempimento o inesatto adempimento, di mutamento nelle condizioni patrimoniali e la ritenzione dovrebbero essere considerate rinunciate una volta per tutte, per effetto della stipulazione della clausola, «[...] perché dette eccezioni, non potendo farsi valere che prima del proprio adempimento, verificatosi questo, vengono meno senz'altro. Si tratta infatti di eccezioni che non hanno altra funzione che quella di contrastare la domanda (di adempimento) dell'attore, per cui, venuta meno una tale funzione, queste eccezioni perdono ogni loro ragione d'essere [...]». Del problema si erano già occupati tanto P. GRECO, *op. cit.*, n. 6, che A. SENIN, *op. cit.*, n. 11.

Pare evidente che una tale possibilità, pure in generale fortemente contestata⁴⁶⁷, sia irrealizzabile per come è configurato il meccanismo del *solve*, che altrimenti perderebbe la sua funzione tipica: trasfondere nel contratto una diversità di importanza nelle posizioni dei contraenti, influenzando il funzionamento del rapporto tra le prestazioni⁴⁶⁸.

E in effetti, ciò consente di affermare che, con l'attuazione del *solve*, «[...] si è comunque consumato, ed irrimediabilmente, un effetto di carattere sostanziale [...]»⁴⁶⁹.

Allora, poiché il processo può pervenire a una sentenza definitiva solo in quanto sia avvenuto l'adempimento della parte onerata, la compiutezza dell'indagine sul *solve* impone di analizzare le modalità di ripetizione della prestazione che, in esito al giudizio, si sia accertata indebita.

Ciò sarà oggetto del prossimo paragrafo.

⁴⁶⁷ Si vedano G. SCADUTO, *L'«exceptio non adimpleti contractus» nel diritto civile italiano*, cit., p. 124 ss..

⁴⁶⁸ E infatti, secondo la più volte citata giurisprudenza della Cassazione, 5 ottobre 1976, n. 2372, cit., «[...] tale clausola [...] altera il sinallagma funzionale, nel senso che attribuisce all'interesse di una delle parti contrattuali a conseguire quanto a lei dovuto particolare prevalenza rispetto a quello dell'altra [...]». In dottrina, tra tutti, v. G. MIRABELLI, cit., p. 570.

⁴⁶⁹ In questi termini C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1264. Una posizione intermedia è espressa da L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 105, per la quale il patto non importerebbe una vera e propria rinuncia a far valere l'eccezione nel processo, ma inciderebbe sulla modalità di esercizio del diritto potestativo, poiché imporrebbe, similmente a una condizione potestativa, che avvenga l'evento costituito dall'adempimento. Anche per l'Autrice, peraltro, questa modalità rilevarebbe sul piano sostanziale e solo di riflesso su quello processuale. Il tema sarà svolto più appropriatamente, con riferimento all'inquadramento sistematico del *solve*, nel capitolo V di questa sezione. Intanto, si può rilevare che, pur verificatasi la condizione sospensiva per l'esercizio delle eccezioni, talune di esse appaiono ormai svuotate di funzione, poiché non possono più rimediare all'avvenuto adempimento, che ne costituirebbe, per l'appunto, la condizione di esercizio.

4.2 La domanda di ripetizione

In caso di efficacia del *solve*, il giudizio ordinario di cognizione, azionato dal beneficiario per ottenere l'adempimento, e quello di opposizione a decreto di ingiunzione, incardinato dall'onerato, non conducono a una statuizione definitiva intorno all' *an debeatur*, ma accertano che le ragioni del debitore non possono ostare, allo stato, all'esecuzione della prestazione, che va senz'altro adempiuta. Di qui la condanna provvisoria all'adempimento.

La provvisorietà di questa condanna deriva dallo stesso meccanismo operativo del patto, in virtù del quale la prestazione, adempiuta dall'onerato in esecuzione dell'imperativo *solve*, può essere ripetuta, secondo le regole dell'indebito.

V'è stata incertezza, tuttavia, sulla possibilità di ripetere la prestazione indebita nel corso dello stesso giudizio di accertamento promosso dal beneficiario.

Infatti, secondo una prima prospettiva, l'esercizio vittorioso del *solve* produrrebbe un difetto temporaneo di giurisdizione⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ Questo orientamento, ormai molto risalente e già del tutto minoritario all'epoca in cui fu manifestato, è stato sostenuto, in dottrina, da F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., p. 419 ss.; D. RUBINO, *op. cit.*, e in giurisprudenza, da Cass. 28 luglio 1951, n. 2200, in *Rep. Foro it.*, 1951, *Obb. contr.*, n. 17 s.; Cass. 22 giugno 1957, n. 2386, in *Rep. Foro it.*, 1957, *Obb. contr.*, n. 145 s.. Nelle corti di merito App. Roma, 23 aprile 1956, in *Rep. Foro it.*, 1956, *Obb. contr.*, n. 166.

Dunque, non vi sarebbe alcun Giudice dotato della *potestas iudicanti* per pronunciarsi sulla domanda di ripetizione, se non dopo l'adempimento e in separata sede⁴⁷¹.

Una diversa impostazione, che pare preferibile, esclude che il preventivo adempimento costituisca un presupposto processuale, sicché il *solve* non provocherebbe alcun difetto di giurisdizione⁴⁷².

Allora, a prescindere dall'adempimento, il rapporto processuale si costituirebbe validamente e, conseguentemente, una volta adempiuta la prestazione nel corso del giudizio, l'oneroso potrebbe ottenere la ripetizione nella stessa sede⁴⁷³.

Sono numerosi gli argomenti utilizzati da dottrina e giurisprudenza per sostenere questa costruzione.

⁴⁷¹ In questa prospettiva, il pagamento avrebbe al più potuto determinare il venir meno della ragione del contendere, in relazione alla domanda del beneficiario. L'unica domanda, peraltro, sulla quale il Giudice adito avesse giurisdizione. È stato osservato che l'obiezione alla possibilità di agire nello stesso giudizio, per ottenere la ripetizione dell'indebitato, «[...] riflette l'impostazione che ha caratterizzato un certo orientamento giurisprudenziale incline ad intravedere nel patto uno strumento di natura esclusivamente processuale idoneo a determinare un momentaneo difetto di giurisdizione [...]». Così E. LECCESE, *op. cit.*, p. 232.

⁴⁷² In dottrina, tra gli altri, N. DISTASO, *op. cit.*, già 1966, ora in ed. 1980, p. 2209; L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 107; C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1269; D. POLETTI, *op. cit.*, p. 8; C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 593 ss.. Concorde anche A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 858, unico tra i citati Autori ad avere una concezione processualistica del *solve*. Egli, tuttavia, perviene ai medesimi risultati interpretativi, circa la possibilità di ottenere nel medesimo giudizio la ripetizione, argomentando dalla «[...] vera portata della clausola (limitata, come sappiamo, a render possibile solo la condanna con riserva) [...]».

⁴⁷³ In ultima istanza, è proprio dalla possibilità di costituire ugualmente il rapporto processuale, anche in caso di *solve et repete*, che deriva la indifferenza al patto delle eccezioni cd. processuali (cfr. paragrafo 2.2.2). Ed è evidente, che, nell'ipotesi contraria, il *solve* eserciterebbe un effetto sospensivo anche su eccezioni le quali sono indisponibili «[...] a cagione del carattere pubblicistico proprio del diritto processuale [...]». Cfr., sul punto, E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 862, nonché le considerazioni di D. POLETTI, *op. cit.*, p. 8 e di C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 593.

La prima ragione riposa su una concezione non esclusivamente processualistica del *solve*.

Questo, infatti, sebbene abbia ovvie ricadute sul processo, non si esaurirebbe in uno strumento processuale, ma avrebbe natura prevalentemente sostanziale⁴⁷⁴.

Pertanto, non costituirebbe «[...] un ostacolo all'instaurarsi di un valido rapporto processuale [...]»⁴⁷⁵.

Se il rapporto processuale⁴⁷⁶ si è validamente instaurato tra le parti, non vi sarebbero impedimenti logici a immaginare che l'adempimento, in corso di giudizio, legittimi il Giudice a proseguire la propria attività istruttoria e

⁴⁷⁴ In questo senso, il *solve* imporrebbe non una vera rinuncia alla possibilità di far valere talune eccezioni in giudizio (ma vedi sul punto il paragrafo precedente), bensì una diversa modalità di esercizio del diritto potestativo di cui le eccezioni sono espressione. Vedi sul tema L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 105.

⁴⁷⁵ Corte Cost. 12 novembre 1974, *cit.*. Tra l'altro, la configurazione del patto in termini esclusivamente processualistici, comportando un difetto di giurisdizione in pendenza del *solve*, impedirebbe l'operatività del rimedio sospensivo di cui al capoverso dell'art. 1462 cod. civ. (vedi oltre nel testo). In tal modo, tuttavia, il meccanismo del *solve et repete* risulterebbe di dubbia costituzionalità (cfr. sul tema il paragrafo 3.1). È, pertanto, assai significativo che proprio la Corte costituzionale abbia affermato il carattere prevalentemente sostanziale del patto. Peraltro, il principio della perseguibilità del giudizio, in caso di adempimento, è stato più volte riaffermato, anche di recente, dalla Corte Costituzionale, che appare ormai univoca. Si vedano Cass. 27 febbraio 1995, n. 2227, in *Corr. giur.*, 1995, 7, p. 835, con nota di A. FRANGINI, *op. cit.*; Cass. 14 dicembre 1994, n. 10697, in *Mass. Giur. it.*, 1994; Cass. 26 gennaio 1994, n. 759, in *Mass. Giur. it.*, 1994; Cass. 16 luglio 1976, n. 2819, in *Mass. Giur. it.*, 1976; Cass. 6 agosto 1968, n. 2826, in *Foro. it.*, 1968, I, c. 2061; Cass. 20 luglio 1961, n. 1763, in *Mass. Giur. it.*, 1961, p. 532.

⁴⁷⁶ O se, secondo una più moderna ricostruzione, si è dato regolare avvio al fenomeno processuale dinamico. Come noto, il concetto di rapporto giuridico processuale, proposto dalla dottrina processuale tedesca della metà dell'Ottocento, e impiegato tradizionalmente per descrivere l'autonomia del processo dal diritto sostanziale che ne costituisce l'oggetto, è oggi non reputato idoneo a esprimere la caratteristica dinamicità del procedimento, inteso come fenomeno giuridico in evoluzione. V. C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 1, p. 34 ss..

decisoria⁴⁷⁷, conoscendo delle questioni che gli erano precluse dalla pendenza della condizione sospensiva⁴⁷⁸ della clausola⁴⁷⁹.

Anche il principio di economicità del processo osterebbe a diverse ricostruzioni.

Infatti, l'ipotesi del difetto di giurisdizione comporterebbe la necessità di incardinare un nuovo giudizio, con un «[...] *inammissibile dispendio di attività processuale non più giustificato da alcun interesse del creditore, ormai soddisfatto dalla sua pretesa [...]*»⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Al riguardo, tuttavia, la logica del meccanismo del *solve*, volto all'ottenimento di una condanna con riserva, in esito a una fase processuale priva di istruttoria, impone che la prestazione dell'onere sia determinata o determinabile senza necessità di particolare attività probatoria. In tal modo, prima della sentenza di condanna, il debitore avrà la facoltà di adempiere, salvo il diritto alla ripetizione, anche nel corso del medesimo giudizio. Peraltro, se la prestazione fosse incerta nel *quantum*, il funzionamento del patto sarebbe compromesso. Infatti, il beneficiario avrebbe la necessità di svolgere una istruttoria, per commisurare il proprio credito. E a questo punto, venute meno le esigenze di particolare celerità nell'adempimento cui il *solve* mira, non vi sarebbero ragioni per impedire all'onere di proporre le proprie eccezioni. In questi termini, tra gli altri, v. A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 859. L'Autore rileva, al riguardo, che una simile conclusione deriverebbe sia da un esercizio della clausola secondo buona fede, sia dallo stesso tenore letterale dell'art. 1462 cod. civ.. Infatti, in questo caso l'eccezione dell'onere non sarebbe più volta a evitare o ritardare la prestazione, ma solo a coglierne la effettiva obbligatorietà, essendo l'adempimento già spostato nel tempo dall'esigenza del beneficiario di svolgere l'istruttoria intorno al *quantum*. Conforme la giurisprudenza, nell'unico precedente noto. Cfr., al riguardo, Cass. 25 maggio 1953, in *Rep. Foro it.*, 1953, *Obb. contr.*, n. 123.

⁴⁷⁸ Per la teoria della condizione sospensiva dell'adempimento, cui il *solve* sottoporrebbe l'azione di ripetizione, v. E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 865. Ma *contra*, almeno in parte, G. G. AULETTA, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁷⁹ A ben vedere, peraltro, le sentenze generalmente invocate a sostegno della tesi contraria erano state emanate in casi in cui la pretesa del beneficiario non era stata soddisfatta e, dunque, vi era stata pronuncia di condanna con riserva. «[...] *con la conseguente impossibilità di far valere nello stesso giudizio la eccezione. Qualora invece la condanna non sia più necessaria, per la realizzazione già avvenuta della pretesa creditoria, viene meno ogni ragione di differire ad altro giudizio l'esame delle ragioni del convenuto o dell'opponente [...]*». In questi termini Cass. 14 luglio 1967, n. 1767, in *Foro it.*, 1967, I, c. 2558.

⁴⁸⁰ Ancora Cass. 14 luglio 1967, n. 1767, *cit.*

Del resto, non solo militerebbe in questo senso la collocazione sistematica della norma⁴⁸¹, ma la sua stessa formulazione.

Infatti, se il *solve* impedisse la costituzione di un valido rapporto processuale, il Giudice non potrebbe «[...] apprezzare le circostanze di fatto idonee ad integrare i «gravi motivi» di sospensione della condanna, con l'inevitabile vanificazione del disposto della norma [...]»⁴⁸².

Se, allora, è da reputare che l'onere possa adempiere in corso del giudizio, così consentendo al Giudice di pronunciarsi anche sulla ripetizione, si devono svolgere alcune riflessioni sulle modalità dell'adempimento e sui termini per la proposizione della domanda.

Sotto il primo profilo, l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria potrebbe avvenire con versamento sul conto corrente ovvero con assegno, di importo pari alla sorte oltre interessi⁴⁸³.

⁴⁸¹ Sul punto, da ultima, Cass. 27 febbraio 1995, *cit.*: «[...] La disciplina del *solve et repete* (art. 1462 c.c.), se ha indubbe conseguenze nel campo del processo, ha, però, un contenuto fondamentale di diritto sostanziale, come è reso manifesto non solo dalla collocazione della norma nel codice civile, ma soprattutto dagli interessi che essa tutela [...]. Il preventivo adempimento non può essere perciò considerato come un presupposto processuale, la cui mancanza impedisca l'instaurazione di un regolare rapporto processuale e non possa essere promossa nel corso del processo stesso [...] non può rinvenirsi alcun ostacolo all'esame dell'eccezione o della domanda riconvenzionale, quando, sia pure in corso di giudizio [...] sia avvenuto il soddisfacimento della prestazione [...]». Nello stesso senso, anche con riferimento all'elemento interpretativo della collocazione sistematica del *solve*, Cass. 14 dicembre 1994, n. 10697, *cit.*.

⁴⁸² L'acuta osservazione si rinviene in D. POLETTI, *op. loc. cit.*

⁴⁸³ La Corte d'Appello di Torino, nella sentenza 25 marzo 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, *Obb. contr.*, p. 256 ss., ha reputato liberatoria la consegna di un assegno bancario, per una somma comprensiva degli interessi già maturati, escluse le

D'altra parte, non costituirebbe adempimento né il deposito della somma su un libretto postale di risparmio, né il deposito giudiziario⁴⁸⁴. Entrambe queste modalità hanno, infatti, una funzione di garanzia del successivo adempimento, ma non immetterebbero il creditore beneficiario del *solve* nella effettiva disponibilità della somma⁴⁸⁵.

In relazione, poi, alle questioni circa la proposizione della domanda di ripetizione, è assai agevole affermare che essa debba essere contenuta nel primo atto difensivo

spese legali per il giudizio, ancora non definito. Qualche dubbio, al riguardo, nell'utilizzo dell'assegno bancario, invece dell'assegno circolare. Il creditore, infatti, resterebbe esposto nel caso in cui il debitore fosse privo di copertura. Sotto altro punto di vista, il medesimo problema è stato affrontato da L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 107. L'Autrice ha osservato che, mediante il pagamento con assegno bancario, si realizzerebbe un *aliud pro alio*. Infatti, alla somma di denaro si sostituirebbe un titolo di credito. Per poter determinare il pagamento, e con esso la legittimazione alla proposizione della domanda di ripetizione, tale modalità di pagamento dovrebbe essere accettata dal creditore. È pur vero, tuttavia, che non è ignoto all'ordinamento che il bene della vita mediato, riconosciuto dal Giudice, non corrisponda al bene mediato preteso dalla parte.

⁴⁸⁴ Nei rarissimi, ormai risalenti precedenti, infatti, è stato affermato che il *solve* avrebbe anche lo scopo di «[...] assicurare al creditore la disponibilità, al termine convenuto, delle somme dovute gli. Questa finalità è anzi prominente nei rapporti commerciali in cui il creditore fa affidamento sulla puntuale esecuzione dell'obbligazione da parte del debitore, per poter a sua volta far fronte ad altri impegni verso altri creditori, impegni normalmente indilazionabili, come quelli cambiari, a scadenza rigorosa. Non raggiungerebbe pertanto lo scopo cui è essenzialmente diretta la clausola in oggetto se dovesse ritenersi soddisfatto l'obbligo in essa contenuto ove il debitore, anziché effettuare il pagamento, si limitasse a compiere un atto che lo garantisca, perché se ciò può dare la tranquillità al creditore e la sicurezza che l'obbligazione avrà esecuzione, sia pure in un tempo successivo, non gli dà per contro, la possibilità di disporre della somma sulla quale aveva fatto affidamento [...]». In questo modo, con grande potere di persuasione, Cass. 5 febbraio 1948, n. 179, *Foro pad.*, 1948, I, p. 322.

⁴⁸⁵ «[...] Il deposito è atto ben diverso, per le conseguenze giuridiche, dal pagamento [...]» e, del resto, il *solve* è diretto «[...] a costringere il debitore a pagare prima di poter proporre eccezioni [...]». Ancora Cass. 5 febbraio 1948, n. 179, *cit.*.

dell'onerato, ai sensi dell'art. 167 cod. proc. civ.⁴⁸⁶, sotto forma di domanda riconvenzionale⁴⁸⁷.

In caso contrario, infatti, il contraddittorio non sarebbe validamente instaurato e, dunque, all'onerato non resterebbe che chiedere la ripetizione in un separato giudizio⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Vedi L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 107; A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 858 e ivi particolarmente i riferimenti giurisprudenziali contenuti nella nota n. 5.

⁴⁸⁷ Come ulteriore conseguenza, la comparsa di risposta con domanda riconvenzionale andrà depositata nel termine previsto dall'art. 166 cod. proc. civ. Tra le più recenti sentenze in tema di termini per la proposizione della riconvenzionale, v. Trib. Monza, 8 gennaio 2007, in *Mass. giur. it.*, 2007: «[...] *La domanda riconvenzionale deve essere presentata entro i termini previsti dall'art. 166 c.p.c. pena l'inammissibilità. Detto termine va sempre riferito all'udienza di comparizione indicata nell'atto di citazione o individuata dal giudice ex art. 168-bis, comma 5, c.p.c., a prescindere da eventuali differimenti d'ufficio della stessa [...]».* Peraltro, la tardività della domanda riconvenzionale potrebbe essere sanata dall'accettazione del contraddittorio, anche tacita, da parte del beneficiario del *solve*, che non abbia eccepito la preclusione. Cfr. Cass. 12 ottobre 1968, n. 3259, in *Rep. Giust. civ.*, 1968, voce *Procedimento civile*, n. 404 e, recentemente, seppure implicitamente, Cass. civ., 14 aprile 1994, n. 3475, in *Mass. giur. it.*, 1994.

⁴⁸⁸ In tal senso, tra gli altri, v. C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 595. Nel caso, poi, che il nuovo giudizio di ripetizione fosse avviato prima della sentenza di condanna parziale, ragioni di connessione oggettiva e soggettiva potrebbero legittimare la sua riunione con il giudizio già pendente. L'espedito processuale, tuttavia, non contraddice la regola generale.

4.3 La rinuncia all'esercizio del diritto al differimento

Il carattere disponibile del *solve et repete* consente di inferire la piena rinunciabilità del diritto a ottenere l'esecuzione *ex art.* 1462 cod. civ.

Del resto, come rilevato dalla giurisprudenza, non sarebbe impossibile immaginare un creditore il quale, piuttosto che rimandare al futuro la trattazione della causa, rimanendo sottoposto al rischio della ripetizione, preferisca non avvalersi della clausola e consentire l'immediato esame del merito della controversia⁴⁸⁹.

Il creditore, dunque, potrebbe esplicitamente rinunciare al diritto potestativo derivante dal *solve*, mercè apposita dichiarazione di non volersi avvalere della clausola⁴⁹⁰.

Dovrebbe reputarsi equivalente alla dichiarazione esplicita la condotta incompatibile con l'esercizio del *solve*.

In particolare, l'accettazione del contraddittorio, pur nella consapevolezza della facoltà di declinare l'imperativo *solve*, costituisce rinuncia implicita⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ In questo senso, la giurisprudenza è costante sin da Cass. 30 aprile 1956, n. 1361, in *Mass. giur. it.*, 1956, c. 287 e da Cass. 22 dicembre 1956, n. 4492, in *Rep. Foro it.*, 1956, *Obb. contr.*, n. 167 s., fino a Cass. 24 maggio 1993, n. 5819, in *Mass. Gius. Civ.*, 1993. Anche in dottrina v'è unanimità di vedute.

⁴⁹⁰ La dichiarazione di rinuncia, se resa nella fase stragiudiziale, potrebbe costituire una modificazione dell'accordo e, dunque, potrebbe essere vincolata a requisiti di forma eventualmente stabiliti dalla legge o dalle parti. Se, d'altra parte, resa in giudizio e contenuta negli atti difensivi, costituirebbe pur sempre esercizio di un potere sostanziale spettante alla parte personalmente o a un procuratore *ad acta*.

⁴⁹¹ Conforme, tra gli altri, D. POLETTI, *op. cit.*, p. 7.

Caso affatto diverso, invece, è quello della perdita del diritto al *solve* a seguito di una scelta difensiva ontologicamente caducante.

Si pensi all'ipotesi del creditore beneficiario che, anziché agire in manutenzione, chieda la risoluzione, salvo domandare, anche in via subordinata, l'adempimento del contratto, invocando l'art. 1462 cod. civ.

Caso non dissimile quello del beneficiario che, domandando la risoluzione e invocando il *solve*, aspiri a una sorta di risoluzione senza esame delle eccezioni⁴⁹².

In questi casi, la condotta della parte non assurge a estrinsecazione non linguistica di un'intenzione di rinunciare al patto. Anzi, il creditore tale patto vorrebbe utilizzare, piegandolo, tuttavia, a fini non legittimi. E, dunque, il *solve* è destinato all'inoperatività.

Infatti, il patto è volto ad accelerare al massimo l'adempimento dell'onerato, evitando i ritardi che possono scaturire dalla proposizione di eccezioni⁴⁹³.

Il *solve*, dunque, è strumento volto a sostenere e garantire l'adempimento e solo in questo ristretto ambito riceve esplicito riconoscimento di validità⁴⁹⁴.

⁴⁹² Entrambe le ipotesi sono state esaminate dalla dottrina e, in particolare, da A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 860. In particolare, non sono affatto inusuali i tentativi di ottenere la risoluzione con accantonamento e riserva. Essi, tuttavia, sono stati «[...] giustamente stroncati dai giudici [...]». L'Autore si riferisce a Cass. 29 maggio 1940, n. 1725, in *Rep. giur. it.*, 1953, *Obb. contr.*, n. 294; Cass. 28 gennaio 1942, n. 276, *ivi*, 1942, n. 275; Cass. 4 febbraio 1949, n. 166, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, II, p. 40.

⁴⁹³ «[...] La clausola, infatti, offre una tutela di carattere urgente a chi di urgente tutela dimostri di aver bisogno [...]». Così A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*.

Una volta scelta la strada della risoluzione, il *solve* ha perso irrimediabilmente la propria attitudine a provocare l'adempimento dell'onerato e, dunque, non può che considerarsi consunto il potere che ne deriva⁴⁹⁵.

Non è altrettanto agevole affermare che sia configurabile una rinuncia tacita.

Si badi, in questa ipotesi la perdita del beneficio a ottenere la sentenza di condanna provvisoria non deriva da un comportamento incompatibile con l'intenzione di volersene giovare, bensì dal mero silenzio.

⁴⁹⁴ Secondo A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*, «[...] la clausola è funzionalmente coordinata alla domanda di adempimento e non può essere invocata ai fini della risoluzione [...]». Ancor più, il *solve* sarebbe «[...] espressione, in forma ellittica ed imperativa, della domanda d'adempimento [...]».

⁴⁹⁵ In questo senso è concorde tanto la giurisprudenza che la dottrina. Per la prima v. Cass. 22 giugno 1978, n. 3088, in *Vita not.*, 1978, p. 477; Cass. 16 novembre 1993, n. 11284, in *Mass. Giust. civ.*, 1993. In dottrina vedi A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*; D. POLETTI, *op. loc. cit.*; C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1268: «[...] la clausola [...] non può essere utilizzata dal contraente che abbia agito per la risoluzione [...] poiché in tal caso si persegue un interesse incompatibile con la conservazione degli effetti negoziali [...]». Al riguardo, si è chiarito che il *solve*, costituendo una domanda ellittica di adempimento senza esame di eccezioni, sconta la preclusione generale di cui all'art. 1453 cod. civ., con la conseguenza che «[...] *electa una via non datur recursus ad alteram* [...]». Secondo D. MESSINETTI, *op. cit.*, in commento a Cass. 6 febbraio 1947, n. 133, *cit.*: «[...] La preordinazione della clausola ad un fine di esecuzione dell'obbligazione e di mantenimento del vincolo nascente dal contratto è evidente e spiega la conseguenza che la clausola stessa non può essere invocata da chi abbia agito in risoluzione [...]». Inoltre, la clausola non potrebbe essere utilizzata, e per gli stessi motivi, dal beneficiario che abbia provocato la risoluzione in via stragiudiziale, ex artt. 1454, 1456 e 1457 cod. civ.. Cfr. ancora, sul punto, A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*.

Per la verità, gli Autori che si sono occupati della questione, pur condividendo gli esiti pratici del ragionamento proposto nel testo, differiscono leggermente nel percorso logico, reputando che la scelta di ottenere la risoluzione costituisca rinuncia volontaria. Non può, tuttavia, concordarsi con questa impostazione. Infatti, si deve osservare che nei casi in cui la giurisprudenza è stata chiamata a valutare la questione, il creditore beneficiario aveva domandato la risoluzione, salvo comunque dedurre il diritto al *solve et repete*. Pertanto, non pare possibile di parlarsi di rinuncia al diritto potestativo. Di rinuncia tacita potrebbe parlarsi, semmai, solo ove il beneficiario, anziché invocare il *solve*, chiedesse la risoluzione *tout court*. Ma ad oggi non è dato riscontrare un solo precedente in tal senso.

Le considerazioni che seguono, è appena il caso di dirlo, presuppongono che il *solve et repete* sia uno strumento di carattere sostanziale, come affermato soprattutto in giurisprudenza. Perché se si trattasse di uno strumento processuale, vi sarebbe un onere all'impiego della clausola nei termini e nei limiti stabiliti dal codice di procedura civile e, dunque, sarebbe certamente configurabile una rinuncia tacita.

Infatti, il diritto, se non dispiegato nei termini stabiliti ora dall'art. 183 cod. proc. civ., si consumerebbe e la parte si dovrebbe considerare decaduta dal beneficio.

Venendo al silenzio, a causa di una certa confusione che ancora avvolge gli studi in materia, è stato rilevato come «[...] spesso la problematica del silenzio venga scambiata, identificata con quella del contegno commissivo non dichiarativo [...]»⁴⁹⁶.

Ora, quello del silenzio è un labirinto quasi inestricabile che, per di più, involge problemi diversi⁴⁹⁷.

L'interrogativo che esso pone è se da un contegno puramente omissivo possa derivare al silente una conseguenza giuridica⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Il richiamo è di F. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, p. 257. La ricerca dell'Autore è rivolta essenzialmente alla configurazione del silenzio quale possibile strumento di conclusione del contratto, distinto dall'inizio di esecuzione *ex art. 1327, comma 1, cod. civ.* L'ampiezza e la profondità della ricerca, tuttavia, consentono di apprezzarne i risultati interpretativi anche con riferimento alla perdita del diritto.

⁴⁹⁷ Ancora F. ADDIS, *op. cit.*, p. 256 e ivi particolarmente in riferimenti contenuti nella nota n. 1 all'opera di E. EHRILCH, *Die stillschweigende Willenserklärung*, Berlin, 1893, p. 291.

Il tema, per quanto appassionante, è appena il caso di rilevarlo, supera completamente le possibilità di esplorazione di questa ricerca.

Basti ricordare, per quel che qui più importa, che le massime giurisprudenziali sul silenzio fanno derivare effetti giuridici dalla legge, dall'accordo delle parti, dagli usi o nel caso sussista un dovere di pronunciarsi.

È stato affermato, d'altra parte, che, ove vi sia un onere a pronunciarsi, la sua inosservanza farebbe incorrere il soggetto nella perdita del diritto, dell'azione, della facoltà e, in generale, genera una decadenza⁴⁹⁹.

Nel caso del *solve et repete*, certo l'onere di manifestare l'intenzione di servirsi della clausola non deriva dalla legge, né dagli usi o dall'accordo delle parti.

Residuano, pertanto, solo due alternative.

O l'onere deriva dalla necessità pratica di opporre una manifestazione di volontà all'interpretazione del proprio silenzio come intenzione di rinunciare alla clausola⁵⁰⁰.

O la necessità di esprimere l'intenzione di servirsi del *solve* discende dal dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ L'interrogativo resta senza risposte definitive, ma ispira massime di saggezza metagiuridiche: per F. PERSICO, *Del silenzio come sorgente di obbligazioni*, in *Atti della R. Acc. di Scienze morali e politiche di Napoli*, XXII, 1888, p. 1 ss., «[...] l'uomo deve andar cauto, come nel parlare, anche nello stare zitto [...]».

⁴⁹⁹ Quasi in questi termini V. SCALISI, *Manifestazione in senso stretto*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 494.

⁵⁰⁰ Sul concetto di obbligo logico, che escluderebbe la necessità di reperire una fonte giustificativa, già U. BENZA, *Il Problema Giuridico del Silenzio*, in *Atti R. Un. Genova*, XIX, 1910, p. 450.

La prima ipotesi, quella dell'esigenza logica di un pronunciamento, potrebbe essere spiegata con il principio di economia processuale. L'intenzione del beneficiario di servirsi del *solvo*, secondo questa prospettiva, dovrebbe essere manifestata per evitare al Giudice di istruire inutilmente una causa che, esercitato il diritto *ex art. 1462 cod. civ.*, può terminare con una sentenza provvisoria di condanna.

Posta tale necessità, il silenzio non potrebbe che essere interpretato quale rinuncia al diritto.

E del resto, l'interesse tutelato con il patto, come detto, è quello di una celere esecuzione degli obblighi contrattuali. Interesse che sarebbe del tutto disatteso se la causa fosse ordinariamente istruita⁵⁰².

In dottrina pare più seguita la teoria della violazione della buona fede, pur con qualche differenza di accenti.

In tal senso, il silenzio dovrebbe essere interpretato quale manifestazione di disinteresse per l'uso del *solvo*. Ciò

⁵⁰¹ Non senza ironia, F. ADDIS, *op. cit.*, p. 265, ha rilevato che «[...] *quando al dovere di pronunciarsi non si riesca a trovare altra, più sicura fonte si ricorre alla buona fede* [...]».

⁵⁰² Si potrebbe trarre sostegno in questa ricostruzione anche dalle considerazioni di A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*. Chi non abbia mostrato di aspirare a una tutela urgente e, dunque: «[...] *ab initio, [...] accetta un contraddittorio sul merito delle altrui eccezioni e contestazioni in genere, rinuncia a valersi della clausola e non potrà ricorrervi in un secondo momento* [...]». L'Autore, per la verità, non si pone troppi problemi dogmatici e afferma, contemporaneamente, anche l'applicabilità del principio di buona fede, con conseguente sospensione della condanna, in virtù del capoverso dell'art. 1462 cod. civ. Conforme anche C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1269.

genererebbe nella parte onerata «[...] un ragionevole affidamento sul regolare svolgimento del processo [...]»⁵⁰³.

La giurisprudenza ha preferito sorvolare sulle questioni dogmatiche, limitandosi ad affermare che la clausola sia rinunciabile, non possa essere rilevata d'ufficio⁵⁰⁴, sia utilizzabile fino all'udienza di precisazione delle conclusioni⁵⁰⁵.

⁵⁰³ Così L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 108. Si deve confessare che non sia del tutto chiaro per quale motivo l'affidamento circa il regolare svolgimento del processo abbia una intensità tale da suggerire la tutela del contraente onerato dal patto. Questi, infatti, iniziando il giudizio, dovrebbe ben essere consapevole di essere sottoposto al *solve*. Più convincente appare la prospettazione di A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*: il comportamento del beneficiario che, dopo il silenzio iniziale, deduca il *solve* in corso di giudizio, sarebbe indotto dalla consapevolezza, acquisita in corso di causa, della fondatezza delle eccezioni dell'onerato. In tal senso, poiché ispirato a malafede, l'utilizzo del *solve secundum eventum litis* potrebbe essere escluso.

È plausibile che la condotta del beneficiario inizialmente silente sul *solve*, il quale solo in corso di causa lo invochi, può essere contraria a correttezza. Ciò, tuttavia, dovrebbe rilevare come dovere di dichiarare di volersi valere del *solve*, pena l'interpretazione del suo silenzio quale rinuncia tacita.

Non si possono condividere, invece, le conseguenze ipotizzate, pur in modo dubbioso, in relazione al capoverso della norma. Al riguardo, si è sostenuto che, individuata una violazione del dovere di buona fede nel comportamento del beneficiario, che prima abbia taciuto sul *solve* e, in corso di giudizio, abbia dichiarato di volersene servire, si dovrebbe dar luogo alla sospensione della condanna *ex art.* 1462, comma 2, cod. civ. Così A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 860.

⁵⁰⁴ Particolarmente Cass. 30 aprile 1956, n. 1361, *cit.*, e Cass. 22 dicembre 1956, n. 4492, *cit.*. La clausola non sarebbe rilevabile d'ufficio, secondo la giurisprudenza, perché posta nell'interesse esclusivo della parte.

⁵⁰⁵ Cass. 10 marzo 1970, n. 616, in *Rep. Foro. It., Obb. contr.*, n. 294; Cass. 24 maggio 1993, n. 5818, *cit.*: «[...] tale eccezione, non rilevabile d'ufficio, deve essere proposta ritualmente e tempestivamente nel corso del processo e, cioè, non al più tardi con le conclusioni precisate all'apposita udienza [...]». Le sentenze menzionate sono indice di una certa superficialità con la quale la Corte, mentre ha accolto una concezione sostanzialista della clausola, le attribuisce, almeno in questa circostanza, una portata tutta processuale. Per la verità, nella costruzione che sarà proposta nel capitolo V, si prospetterà una contemporanea sussistenza di natura sostanziale ed effetti processuali del *solve*. Peraltro, la sentenza per ultima citata è ovviamente superata dalla riforma del sistema delle preclusioni, disciplinato dal codice di procedura civile. Attualmente, la tempestiva deduzione del diritto al *solve et repete* deve avvenire con il primo scritto difensivo. Questa circostanza, unita all'opinione circa la non rilevabilità d'ufficio del *solve*, allo stato del diritto vigente toglie quasi del tutto rilevanza ai problemi inerenti all'interpretazione del silenzio del beneficiario.

Capitolo V

L'art. 1462 cod. civ. nella sua collocazione sistematica

- 5.1 NATURA DEL *SOLVE ET REPETE***
- 5.2 RICOGNIZIONE DELLE PRINCIPALI TEORIE SISTEMATICHE**
- 5.3 LA COLLOCAZIONE DELLA FATTISPECIE NEL CODICE CIVILE E LA SUA RIFERIBILITÀ
AI RAPPORTI NON SINALLAGMATICI**
- 5.4 RIFLESSIONI SULL'ELEMENTO CAUSALE DELL'ACCORDO**

5.1 Natura del *solve et repete*

Esaminato il modo di operare del *solve et repete*, tratteggiate le sue origini e il clima di dibattito dottrinario e giurisprudenziale nel quale ricevette codificazione, si può tentare di inquadrarlo sistematicamente.

Secondo l'orientamento assolutamente prevalente, il *solve* costituirebbe uno strumento di autotutela⁵⁰⁶, con il quale le parti subordinano il rilievo indiretto della causa all'adempimento dell'onerato⁵⁰⁷.

A quanto pare, il *solve* sarebbe fonte di un diritto potestativo⁵⁰⁸, nel quale la modificazione nella sfera giuridica dell'onerato consisterebbe proprio nella paralisi delle azioni e delle eccezioni, fino all'adempimento.

⁵⁰⁶ E. BETTI, voce «Autotutela (dir. priv.)», *cit.*, p. 354, E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 861; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946, III, p. 1105. Recentemente C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 587. Nello stesso senso anche la Relazione la Codice civile n. 662. Costante la giurisprudenza. Cfr., per tutte, Cass. 5 ottobre 1976, n. 3272, *cit.*, c. 2626. *Contra* L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, *cit.*, p. 88. Secondo l'Autrice, solo in un momento successivo all'esercizio del *solve* si potrebbe accertare la pretestuosità delle eccezioni dell'onerato e, dunque, la sussistenza di una lesione del diritto vantato dal beneficiario. Per la verità, l'obiezione non pare irresistibile. Infatti, le altre ipotesi di autotutela non prevedono che, al momento dell'esercizio del diritto, vi sia già l'accertamento della situazione di lesione della posizione protetta. Al contrario, come nella ritenzione o nella sospensione dell'adempimento, è sufficiente che il diritto della parte sia *affermato* come bisognoso di (auto)tutela.

⁵⁰⁷ E. ENRIETTI, *op. loc. cit.*.

⁵⁰⁸ La categoria dei diritti potestativi, sebbene abbia fornito terreno di discussione alla dottrina, viene oggi accolta dai più e identificata con quella sottoclasse di diritti soggettivi che consistono nel potere attribuito a un soggetto di operare modificazioni nella situazione giuridica di un altro soggetto senza la cooperazione di quest'ultimo. Si sostiene che il diritto potestativo si eserciti con dichiarazione recettizia indirizzata al soggetto passivo, eventualmente integrata dall'attività del giudice. Sull'argomento v. G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, 21 ss.; N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Milano, 1974; A. GUARNERI, *Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 439.

La funzione del patto è unanimemente individuata nell'accrescere qualitativamente la garanzia del beneficiario, ponendolo al riparo da eccezioni defatigatorie⁵⁰⁹.

Il Giudice, avanti all'eccezione di *solve* da parte del beneficiario, dovrebbe, dunque, limitarsi ad accertare e dichiarare l'esistenza e operatività della clausola, con conseguente condanna dell'onerato all'adempimento, salva la possibilità di sospensione *ex art.* 1462, comma 2, cod. civ.

Più dibattuta e complessa la questione della natura sostanziale o processuale della clausola.

Se per qualcuno «[...] *il problema non merita più di qualche sbrigativa considerazione, avendo decisamente perso importanza* [...]»⁵¹⁰, è stato osservato come non vi sia autore che si sia occupato, pur fugacemente, del *solve* senza dedicare qualche riflessione alla natura della clausola⁵¹¹.

È stato pure avvertito che spesso il dibattito, prima della codificazione, avrebbe risentito del contrapporsi di due visioni antitetiche del diritto, quella individualista privata e quella pubblicistica⁵¹².

⁵⁰⁹ La dottrina è unanime. In giurisprudenza, per tutte Corti cost. 12 novembre 1974, n. 256, *cit.*.

⁵¹⁰ D. POLETTI, *op. cit.*, p. 8. Di diverso avviso già G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, *cit.*, p. 350: «[...] *Potrebbe, a priva vista, sembrare che, di fronte al riconoscimento legislativo del patto, tutta la disputa sul suo valore sostanziale o processuale appartenga ormai alla storia. Invece la sua utilità apparirà evidente agli interpreti della nuova disposizione di legge, quando si tratterà di precisare l'ambito del riconoscimento legislativo del patto* [...]».

⁵¹¹ E. LECCESE, *op. cit.*, p. 116.

⁵¹² Per E. ALLORIO, *Limiti di efficacia del patto «solve et repete»*, *cit.*, p. 321, la contrapposizione tra le due tendenze antitetiche poteva essere risolta seriamente solo riconducendo il dibattito «[...] *al problema dei limiti fra diritto sostanziale e diritto processuale* [...]». Cfr. anche E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 860.

Così, i giuristi che prospettavano l'una o l'altra soluzione interpretativa sarebbero stati mossi *dal fine* di sostenere o negare la validità del patto: coloro che erano favorevoli alla validità del patto, ne avrebbero predicato la natura sostanziale; quanti ne negavano la validità, lo avrebbero descritto come strumento tutto processuale⁵¹³.

Disinteressandosi, per ora, delle conseguenze operative, è dunque opportuno ridurre all'essenza la questione, ricevendo in ciò prezioso sostegno dalla giurisprudenza.

Secondo il supremo Collegio, che ha richiamato e sintetizzato larga parte della dottrina del Novecento, l'efficacia sostanziale sarebbe intesa come rinuncia o limitazione convenzionale dell'onere all'*exceptio inadimpleti* o *non rite adimpleti contractus*. Con la conseguenza che egli sarebbe obbligato a eseguire la prestazione anche di fronte all'altrui inadempimento.

L'efficacia processuale, d'altra parte, consisterebbe nell'essere il *solve* volto a ottenere a favore del beneficiario una sentenza di condanna con riserva di determinate eccezioni⁵¹⁴.

⁵¹³ È stato fortemente critico verso questo approccio esclusivamente induttivo e, si direbbe, ideologico G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 340 ss. e ID., *Valore ed efficacia della clausola «solve et repete» nei suoi vari tipi*, cit., c. 423. Per la verità, è condivisibile e insegnato dai grandi Maestri della scienza, che la ricerca non sia influenzata dall'ideologia dei fini, ma tenda alla comprensione della realtà. Tuttavia, a parte la passione nell'indagine di taluni Autori, francamente non si rintraccia, se non in rare occasioni, l'emotività e l'uso di argomentazioni aprioristiche, cui allude, ad esempio, C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1256. Si rimanda, al riguardo, alla rassegna di opinioni e argomentazioni della dottrina contenuta nel capitolo I.

⁵¹⁴ Cass. 5 ottobre 1976, n. 3272, cit., c. 2621 ss..

«[...] E il problema risiede in ciò, nell'accogliere l'una o l'altra delle due tesi [...]»⁵¹⁵.

5.2 Ricognizione delle principali ipotesi sistematiche

Prima di tentare una sintesi, è necessario riferire quali siano le principali ipotesi sistematiche proposte dalla dottrina.

5.2.1 L'ipotesi sostanzialista

L'impostazione che vede nel *solve* uno strumento essenzialmente di diritto sostanziale è tradizionalmente attribuita all'Ascarelli⁵¹⁶.

In questo senso, il patto si risolverebbe in una rinuncia convenzionale a far valere l'eccezione di inadempimento⁵¹⁷.

Per la verità, come è stato riferito in precedenza⁵¹⁸, l'Ascarelli non era convinto fino in fondo che il patto importasse una vera rinuncia all'*exceptio*⁵¹⁹.

Ne erano, al contrario, convinti altri teorici del *solve*, che pure ne riconoscevano la natura sostanziale, taluni

⁵¹⁵ E. LECCESE, *op. loc. cit.*

⁵¹⁶ Vedi, ad esempio, l'articolata ricostruzione di E. LECCESE, *op. cit.*, p. 117 ss.

⁵¹⁷ Così è detto, quasi testualmente, nella prospettazione di G. G. AULETTA, *Valore ed efficacia della clausola «solve et repete» nei suoi vari tipi, cit.*, p. 423.

⁵¹⁸ In particolare nel paragrafo 1.5.1.

⁵¹⁹ Per l'Autore, infatti, probabilmente non si tratterebbe di vera e propria rinuncia, bensì di subordinazione del diritto derivante dall'inadempimento al previo pagamento. Questa circostanza ha portato l'Ascarelli ad accostare, sotto il profilo della funzione economica e del meccanismo operativo, il *solve* al patto di pagamento anticipato del prezzo «[...] che possono raggiungere un risultato pratico analogo di garanzia per l'una delle parti [...]». T. ASCARELLI, *Sulla clausola «solve et repete» nei contratti, cit.*, c. 294.

affermandone la validità, quantomeno in alcuni casi, altri negando decisamente qualsiasi spazio di efficacia⁵²⁰.

Non era, infatti, tanto la rinuncia all'*exceptio* che consentiva di affermare la natura sostanziale del *solve*, bensì la circostanza che la clausola agisse dissociando il diritto alla prestazione dal diritto al risarcimento.

Allora, il *solve* produrrebbe un differimento o una rinuncia di taluni diritti sostanziali, il cui impiego sarebbe ricollegato al cattivo adempimento del creditore beneficiario.

E sarebbe questo effetto sostanziale a riverberarsi sul processo, privando di attualità il diritto eventualmente affermato per via di eccezione dalla parte onerata.

In questi casi, il patto avrebbe operato interamente sul campo del diritto sostanziale⁵²¹.

In conclusione, secondo questo indirizzo con il *solve* le parti non vorrebbero dettare una disciplina processuale di azioni ed eccezioni, ma un regime sostanziale dei diritti collegati con il cattivo adempimento⁵²².

⁵²⁰ Si allude, tra gli altri, a P. GRECO, *op. cit.*, p. 149 ss.. Per l'Autore, infatti, l'eccezione di inadempimento non avrebbe altro scopo né modo di operare se non in contrasto con la pretesa alla prestazione. Una volta adempiuto, l'eccezione rimarrebbe ormai irrimediabilmente consumata, rinunciata definitivamente. Questa opinione, ripresa anche da autorevoli commentatori del nuovo codice (v. F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 437; L. BARASSI, *op. cit.*, p. 1105; E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 864), è rimasta per lo più ignorata. Alla rinuncia all'*exceptio* faceva anche riferimento A. SENIN, *op. cit.*, p. 94 ss., il quale era decisamente contrario a rinascere validità ed efficacia al *solve*, se con esso si fosse voluto rinunciare all'*exceptio inadimpleti*. Favorevole, se col patto si fosse rinunciato alla sola eccezione *non rite adimpleti contractus*.

⁵²¹ T. ASCARELLI, *op. loc. ult. cit.*.

⁵²² T. ASCARELLI, *Ancora sulla validità della clausola «solve et repete» nei contratti*, *cit.*, p. 420 s.; si vedano anche le considerazioni in senso adesivo di P. GRECO, *op. cit.*, p. 160.

Si deve precisare, tuttavia, che i teorici di questa costruzione non hanno *mai* affermato che il *solve* si risolvesse *sempre* in un rimedio di carattere sostanziale.

Tanto che essi non reputavano che il patto fosse sempre valido.

Infatti, «[...] *con ciò non si esclude che la clausola [...] sia nulla quando essa abbia portata meramente processuale [...]»*⁵²³.

In tal modo è possibile ricomporre una solo apparente diversità di vedute con l'impostazione dell'Allorio.

Questo Autore, abitualmente identificato come iniziatore della costruzione processualista del *solve*, ha invece affermato che il patto, di per sé, non si collocherebbe in alcuna delle due categorie.

Invece, l'indagine dovrebbe essere rinnovata caso per caso, con la conseguenza operativa che «[...] *la clausola è valida, se di diritto sostanziale, invalida se riguarda il processo [...]»*⁵²⁴.

⁵²³ In virtù del principio già contenuto nell'art. 1132 cod. civ. ab., sulla libertà negoziale, la validità del *solve* avrebbe dovuto essere presunta, salvo prova contraria circa la sua natura processuale *nel caso concreto*. Ancora T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 422 s. Conforme M. LA TORRE, *op. cit.*, p. 497..

⁵²⁴ E. ALLORIO, *Limiti di efficacia del patto «solve et repete»*, *cit.*, p. 323. Sul punto si veda E. LECCESE, *op. cit.*, p. 119. L'Autrice osserva che l'opinione della cd. dottrina processualista, sulla natura "variabile" del *solve*, parrebbe condivisa anche da un indirizzo espresso in Cass. 4 febbraio 1949, n. 166, in *Giur. com. cass. civ.*, 1949, II, p. 40 ss..

5.2.2 L'ipotesi processualista

La dottrina processualista, prima della codificazione, era largamente convergente nel reputare invalido il patto.

V'era chi invocava, contro la validità del *solve*, il principio di ordine pubblico della non rinunciabilità delle eccezioni e l'impossibilità di imprimere forza esecutiva alle pretese del creditore fuori dei casi dei titoli esecutivi⁵²⁵.

Per altra parte della dottrina, se il patto fosse stato valido ed efficace, il Giudice avrebbe dovuto pronunciare una sentenza di condanna con riserva di successivo esame delle eccezioni paralizzate dal *solve*⁵²⁶.

⁵²⁵ Si veda C. CARAVELLI, *La clausola «solve et repete» nel diritto privato, cit.*, c. 629 ss.. Come si ricorderà, è già stata evidenziata la debolezza di queste obiezioni. Quanto alla prima, perché un patto di carattere sostanziale, che pure provochi, in via mediata, effetti processuali, era unanimemente considerato valido. Inoltre, se le obiezioni e le eccezioni processuali sono irrinunciabili, a ragione del loro carattere pubblicistico, sarebbero rinunciabili le eccezioni sostanziali. Così, tra gli altri, E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 862 e ivi i riferimenti in nota. Quanto alla seconda, il *solve* non avrebbe impresso forza esecutiva alle pretese del creditore, il quale avrebbe pur sempre dovuto adire l'Autorità giudiziaria per ottenere una sentenza di condanna.

⁵²⁶ Per evitare questa forte obiezione, era stato ipotizzato che il *solve* non desse luogo a una sentenza di condanna con riserva di ripetizione. Al riguardo, il Giudice non avrebbe rinviato «[...] ad un momento ulteriore l'esame di un'eccezione i cui elementi già concorrono tutti dal punto di vista sostanziale [...]». Bensì avrebbe negato «[...] ingresso ad una eccezione che mira a far valere un diritto che si trova ancora sotto condizione [...]». Così T. ASCARELLI, *op. loc. ult. cit.*. L'Autore ha evidenziato che, nei casi di sentenza con riserva, l'esame delle eccezioni non sarebbe precluso dalla loro inattualità – giacché esse sono sempre pienamente opponibili dal punto di vista sostanziale (v. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1925, p. 207), quanto dall'opportunità di posticiparne la delibazione, per la difficoltà e lentezza di prova che le caratterizza.

Nei casi di sentenza con riserva, novero notoriamente ristretto alle sole ipotesi tipiche, non rientrava certo il *solve*, che all'epoca non era che una diffusa prassi negoziale⁵²⁷.

Peraltro, se il Giudice avesse potuto ugualmente pronunciare una sentenza definitiva, la ripetizione dell'indebito sarebbe stata impedita dalla cosa giudicata⁵²⁸.

Questa ricostruzione, che si potrebbe chiamare dell'efficacia processuale maggiore, è stata completamente superata dall'intervento del legislatore del 1942 che, stabilendo la validità del *solve*, ha implicitamente affermato la possibilità di una sentenza con riserva ed escluso che il *dictum* del Giudice potesse impedire l'azione di ripetizione⁵²⁹.

Parte della dottrina, allora, ha elaborato una nuova ipotesi, ormai nota come costruzione dell'efficacia processuale minore⁵³⁰.

⁵²⁷ In particolare, ci si riferisce a E. T. LIEBMAN, *Contro il patto del «solve et repete» nei contratti*, cit., p. 241 ss. e ID, *Variazioni intorno alla clausola del «solve et repete» nei contratti*, cit., p. 209 ss..

⁵²⁸ Così V. ANDRIOLI, *s.t.*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 94 e G. CRISTOFOLINI, *op. cit.*, p. 210 ss.. A questa argomentazione si era, tuttavia, trovata replica. Infatti, a causa del *solve*, il diritto del debitore convenuto a far valere il cattivo adempimento del beneficiario sarebbe stato semplicemente subordinato alla condizione del pagamento. Conseguentemente, il Giudice, nell'esaminare le eccezioni del debitore onerato non avrebbe potuto dare loro ingresso, in quanto inattuati a causa del mancato avveramento della condizione. Allora, il giudicato derivato dalla sentenza di condanna non avrebbe precluso la possibilità del convenuto di far valere i propri diritti quando, verificatosi il pagamento, essi siano divenuti attuali. Sul punto appaiono convincenti T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 421 e E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 865.

⁵²⁹ G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 425.

⁵³⁰ Cfr. A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 854. Se la mancanza di una norma espressa «[...] forzava l'interprete nel senso dell'efficacia sostanziale, perché solo a questa condizione la clausola poteva essere considerata valida [...] nell'ordinamento vigente la presenza della norma espressa nell'art. 1462 c.c. consente – non impone – di attribuirle efficacia processuale [...]» Si veda al riguardo, la sintesi di E. LECCESE, *op. cit.*, p. 122.

Secondo questo punto di vista, il legislatore avrebbe inteso dare al *solve* un'efficacia processuale.

Ne sarebbe prova il capoverso dell'art. 1462 cod. civ., che, consentendo la sospensione della condanna, permetterebbe di escludere che vi sia rinuncia all'*exceptio inadimplenti* e, dunque, un effetto sostanziale⁵³¹.

Il patto si collocherebbe su un terreno strettamente processuale, quello della prova dell'inadempimento della parte beneficiaria.

Infatti, se l'onerato fosse in grado di fornire la prova semipiena dell'inadempimento del beneficiario, ovvero chiedesse mezzi di prova di pronta soluzione, il Giudice non potrebbe pronunciare la sentenza di condanna⁵³².

Questa costruzione processuale sarebbe l'unica che, pur consentendo la tutela degli interessi meritevoli del beneficiario, consentirebbe di escludere la protezione di interessi indegni⁵³³.

⁵³¹ «[...] l'*exceptio inadimplenti* funziona in pieno, sol che si possa dare la prova dell'*inadempimento* [...]». G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 426.

⁵³² G. G. AULETTA, *op. loc. ult. cit.*. L'Autore, a sostegno della propria tesi, ha addotto anche altre motivazioni. Tra esse, è stata menzionata la circostanza che la Relazione al Codice civile affermi non essersi voluto attribuire al *solve* un'efficacia superiore a quella dei titoli cambiari. E poiché questi avrebbero efficacia sicuramente processuale, tale natura sarebbe condivisa anche dal patto. L'argomentazione non convince fino in fondo. Infatti, non sembra che la relazione abbia alluso alla natura degli strumenti cambiari e del *solve*, per istituire un parallelo, bensì all'intensità dell'effetto prodotto nella sfera giuridica dell'onerato.

⁵³³ Questa argomentazione, tuttavia, non appare metodologicamente condivisibile. Infatti, più che essere volta alla comprensione di un meccanismo, mediante descrizione e astrazione, induce un risultato interpretativo da una ideologica considerazione di taluni risultati, piuttosto che altri. A ben vedere, in questo modo la dottrina più moderna è finita con il ricadere nella medesima emotività che ha contestato ai giuristi degli Anni '30.

È stato affermato, al riguardo, che se il *solve* avesse natura sostanziale, e l'onerato avesse rinunciato all'eccezione di inadempimento, egli dovrebbe adempiere anche di fronte all'inadempimento del beneficiario. Quest'ultimo, in caso contrario, anche se inadempiente, potrebbe domandare la risoluzione per inadempimento e il risarcimento del danno⁵³⁴.

Tuttavia, la ricostruzione in termini processualistici proposta da questa dottrina non determinerebbe un difetto di giurisdizione del Giudice, bensì semplicemente comporterebbe la possibilità di una condanna con riserva, con possibilità di ripetizione⁵³⁵.

A seguire fino in fondo l'ipotesi processualista, se ne dovrebbe trarre il corollario che il legislatore abbia inteso dare ingresso solo a clausole meramente processuali.

Dal silenzio del legislatore su fattispecie diverse di *solve*, si dovrebbe dedurre l'impossibilità per le parti di attribuire al patto portata sostanziale⁵³⁶.

⁵³⁴ Per questo motivo propendo per la costruzione processualista minore sia l'Auletta, E. DE LONGHI, *op. cit.*, p. 90, A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.* e, a quanto pare, G. MIRABELLI, *op. cit.*, ed. 1967, p. 574. Non risulta, tuttavia, che l'opinione sia stata confermata nelle successive edizioni.

⁵³⁵ A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 855 s.. La clausola, infatti, «[...] presuppone una pienezza di potestà decisoria, anche in ordine ai «gravi motivi» che possono condurre alla sua discrezionale disapplicazione [...]». A questo fine «[...] è necessario che un valido rapporto processuale si costituisca [...]». L'Autore ha sostenuto che, in verità, la posizione della giurisprudenza, la quale ha spesso affermato la portata sostanziale del patto, sarebbe motivata non da ragioni dogmatiche, bensì esclusivamente dall'intenzione di negare il difetto di competenza del Giudice. Invece, si potrebbe affermare l'efficacia processuale anche escludendo il difetto di giurisdizione. Si veda, in particolare, la nota n. 6, p. 853.

⁵³⁶ G. G. AULETTA, *op. cit.*, p. 427 s.; A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 855; «[...] di fronte alla norma dell'art. 1462 C. Civ., infatti, un'attribuzione di efficacia sostanziale alla clausola, potrebbe ammettersi solo per dare alla clausola stessa una portata più estesa di quella che già le è attribuita dalla norma di legge; una

5.2.3 Le posizioni giurisprudenziali

Secondo l'interpretazione del *solve* fornita dalla giurisprudenza, più volte confermata, il patto avrebbe natura sostanziale.

Infatti la clausola opererebbe «[...] *sul terreno sostanziale dell'adempimento, non costituisce ostacolo all'instaurarsi di un valido rapporto processuale, avendo solo l'effetto di consentire la pronta soddisfazione della pretesa creditoria della controparte senza far luogo all'esame delle eccezioni del debitore, le cui ragioni possono essere fatte valere, anche nello stesso giudizio, dopo l'adempimento [...]*»⁵³⁷.

La Corte di Cassazione, in altra occasione, ha argomentato più compiutamente il proprio orientamento, sostenendo che la disciplina del *solve*, seppure caratterizzata da indubbie conseguenze sul piano processuale, avrebbe un contenuto fondamentale di diritto sostanziale «[...] *come è reso manifesto non solo dalla collocazione della norma nel codice civile, ma soprattutto dagli interessi che essa tutela [...]*»⁵³⁸.

portata, che non in altro potrebbe consistere, se non in quelle più gravi conseguenze, che già all'epoca del vecchio codice venivano rifiutate perché rivolte alla realizzazione di interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico [...]».

⁵³⁷ Cass. 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro it.*, 1996, I, 1, c. 1625 ss..

⁵³⁸ Cass. 27 febbraio 1995, n. 2227, *cit.*. Cfr. anche Cass. 14 dicembre 1994, n. 10697, in *Mass. giur. it.*, 1994; Cass. 26 gennaio 1994, n. 759, *cit.*. Ancora più incisiva Cass. 14 luglio 1967, n. 1767, in *Mass. giur. it.*, 1976, p. 678 : «[...] *il solve [...] ha però un contenuto fondamentale di diritto sostanziale, come è reso manifesto [...] dalla collocazione della norma, compresa nel titolo II (capo XIV) del libro del Codice Civile che si occupa dei contratti [...]*». «[...] *La clausola contrattuale che precluda al debitore di sollevare qualsiasi contestazione, sia in via di eccezione che in via riconvenzionale, prima dell'adempimento [...] comporta*

Interessi che consisterebbero nel garantire il soddisfacimento del credito del beneficiario, senza il ritardo che deriverebbe dall'esame delle eccezioni.

Allora, realizzata con l'adempimento tale funzione, il patto esaurirebbe la propria efficacia e il giudizio ancora pendente potrebbe proseguire fino al raggiungimento di una sentenza definitiva.

Questo costante orientamento trae origine dal contributo interpretativo della Corte di Cassazione.

La Consulta ha, infatti, ricostruito il patto come frutto di autonomia negoziale, volto a una funzione sostanziale, quella di garanzia di un rapido soddisfacimento del credito, secondo un meccanismo prevalentemente sostanziale, di paralisi dell'*exceptio non rite adimpleti contractus*⁵³⁹.

La giurisprudenza è stata fortemente criticata da parte della dottrina, in modo forse ingeneroso.

Intanto, le è stato imputato di aver adottato una costruzione sostanzialista *al fine* di «[...] *escludere che la mancanza del preventivo adempimento (solve), da parte del soggetto passivo della clausola, possa essere considerata come*

un impedimento di natura esclusivamente sostanziale delle medesime [...]». Così Cass. 16 luglio 1976, n. 2819, in *Rep. Foro. it.*, 1976, n. 315.

⁵³⁹ Corte cost. 12 novembre 1974, n. 256, *cit.*. La giurisprudenza ha anche utilizzato un altro argomento, per affermare la natura prevalentemente sostanziale del *solve*. I processualisti di prima generazione, infatti, erano soliti addurre, a motivo della propria costruzione, le somiglianze con il *solve* fiscale. E poiché il mancato pagamento dell'imposta costituiva difetto di un presupposto per l'instaurazione di un valido rapporto processuale, si concludeva che il *solve* fosse strumento processuale. Corte di Cassazione e Corte costituzionale, invece, hanno recisamente negato la somiglianza di fondamento e natura con l'abrogato *solve* fiscale.

difetto di «un presupposto processuale» che «impedisca l'instaurazione di un regolare rapporto processuale [...]»⁵⁴⁰.

Inoltre, è stato negato che la collocazione della norma possa costituire un argomento interpretativo valido⁵⁴¹.

Conviene tentare una replica a queste due argomentazioni, incominciando dall'ultima, che pare frutto di un vero fraintendimento.

Infatti, la Cassazione, come risulta palese dalla lettura dei testi integrali delle motivazioni, non ha impiegato come elemento interpretativo la semplice collocazione *nel* codice civile. In altre parole, non è l'essere contenuta nel codice civile che le attribuirebbe natura sostanziale.

Bensì è la collocazione della norma subito dopo le disposizioni sull'*exceptio* e sulla sospensione dell'esecuzione, in pieno clima sinallagmatico⁵⁴², e come antitesi a tali strumenti.

Quanto all'altro tema di riflessione, che ha certamente maggiore rilievo interpretativo, pare da condividersi che l'interesse avuto di mira dal beneficiario sia essenzialmente sostanziale.

⁵⁴⁰ A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 853, nota n. 6. Come è stato già illustrato, l'Autore ha reputato che anche la costruzione processualista minore consentirebbe di escludere il difetto di giurisdizione, sicché non vi sarebbero più motivi per negare la reale natura del patto.

⁵⁴¹ Ancora A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*: «[...] *La semplice collocazione non può avere, infatti, la virtù di modificare le conseguenze che si possono trarre dalla considerazione dell'intrinseco contenuto della norma; né questo è il solo caso di norme del Codice Civile aventi efficacia meramente processuale [...]*».

⁵⁴² L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento, cit.*, p. 86.

Non sembrerebbe costituito da un'esigenza di rapida tutela, ossia aspirazione a una posizione processuale, bensì dall'aspirazione a un bene della vita, il credito.

Ed ecco perché, molto coerentemente, Corte costituzionale e Corte di Cassazione hanno concluso che, una volta soddisfatto questo bisogno sostanziale, non vi sarebbe ragione alcuna per non proseguire il giudizio.

La giurisprudenza, peraltro, come ha mostrato a più riprese, non era affatto ignara delle sottili questioni interpretative che hanno occupato la dottrina.

Ed è evidente, allora, che ha inteso interpretare la norma quale strumento negoziale di dissociazione del diritto alla prestazione dal diritto al risarcimento, di cui la rinuncia all'*exceptio* e alla sospensione sono conseguenza, e non fonte⁵⁴³.

E in tal modo resterebbe spiegata la ricorrente constatazione che il rimedio operi sul piano dell'adempimento^{544 545}.

⁵⁴³ «[...] *Finalità della clausola solve et repete sta nell'impedire che un contraente si esima dalla propria prestazione o la ritardi, opponendo eccezioni dipendenti dal comportamento della controparte. Egli deve adempiere per evitare di cadere nella mora debendi [...] Logica conseguenza del rilevato elemento teleologico della clausola è la rinuncia del soggetto, a cui carico è stabilita, ad opporre fra l'altro, l'exceptio inadimplenti non est adimplendum [...]*».

⁵⁴⁴ Ancora Corte cost. 12 novembre 1974, n. 256, *cit.*, p. 1179 e Cass. 29 marzo 1996, n. 2909, *cit.*, c. 1625.

⁵⁴⁵ Si deve segnalare come, nella giurisprudenza sia di legittimità che di merito, a proposito della complessa questione della fideiussione a prima richiesta, è facile trovare affermazioni secondo le quali «[...] *la clausola "a semplice richiesta" pattuita nell'ambito di un contratto di fideiussione ha soltanto lo scopo di costituire un privilegio processuale, limitativo della possibilità, per il garante, di opporre eccezioni ed operativo negli stessi termini di una clausola "solve et repete" [...]*» Così Trib. Alba, 22 giugno 1998, in *Giur. it.*, 1999, p. 1004, con nota

5.2.4 Un tentativo di sintesi

Come si è visto, la costruzione processualista esclude decisamente che il *solve* possa avere una qualche portata sostanziale.

Infatti, se l'onerato avesse effettivamente rinunciato all'*exceptio*, egli non potrebbe contestare l'inadempimento del beneficiario, nemmeno se in possesso di prove liquide.

Ciò contrasterebbe con la possibilità del Giudice di sospendere la condanna del convenuto, *ex art 1462*, comma 2⁵⁴⁶.

Ancora, se di rinuncia si trattasse, nonostante un eventuale proprio inadempimento, il beneficiario che non

di M. MASSIRONI, *Note in tema di fideiussione e clausola di pagamento "a semplice richiesta"*. Ora, in una recentissima pronuncia della Cassazione, ancora in tema di fideiussione e polizza fideiussoria "a prima richiesta", quest'ultima clausola è stata considerata a «[...] *valenza meramente processuale (risolvendosi in una clausola di "solve et repete")* [...]» (Cass. 28 febbraio 2007, n. 4661 in *Mass. giur. it.*, 2007). Per la verità, predicando un effetto processuale dalla eccezione "a prima richiesta", che si risolverebbe in un *solve et repete* (cfr. G. CHINÉ, *Garanzie bancarie «a prima richiesta» e tutela cautelare atipica*, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 553 ss.), i Giudici hanno tentato di negare che la clausola possa produrre un effetto sostanziale, elidendo il legame di accessorietà con il rapporto principale e comportando l'invalidità della fideiussione, trasformata in un contratto autonomo di garanzia. Quest'ultimo, a questo punto, non sarebbe altro che una fideiussione invalida. Questo indirizzo non sembra condivisibile, per i motivi che più appropriatamente saranno articolati nel capitolo VI. Il *solve*, infatti, dovrebbe produrre un effetto essenzialmente sostanziale sul rapporto funzionale dedotto in contratto. Tale effetto è consentito dall'ordinamento, poiché, con le limitazioni imposte dall'art. 1462 cod. civ. e dalla logica, non giunge al punto di intaccare gli aspetti irrinunciabili della causa.

⁵⁴⁶ Questa è, in sostanza, la principale argomentazione articolata da A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 854, per inferire un'efficacia esclusivamente processuale al patto.

abbia ricevuto la prestazione potrebbe legittimamente proporre la domanda di risoluzione per inadempimento⁵⁴⁷.

Sarebbe, poi, evidente che solo una costruzione processuale si armonizzerebbe con la disciplina del secondo comma dell'art. 1462 cod. civ., che avrebbe sicuramente natura processuale, in quanto potere conferito espressamente al Giudice⁵⁴⁸.

La costruzione processuale minore, infine, non darebbe luogo a un difetto di giurisdizione del Giudice, in quanto il *solve* comporterebbe solo la possibilità di una pronuncia di condanna con riserva.

Questa impostazione non pare prevalente in dottrina.

Una inversione di tendenza, rispetto alla costruzione processualista, si è avuta per effetto delle riflessioni secondo le quali il patto non comporterebbe una vera rinuncia all'eccezione di inadempimento o ad altre difese, né a farle valere nel processo.

Il *solve*, invece, si limiterebbe a incidere sulle modalità di esercizio del diritto potestativo alle difese contro

⁵⁴⁷ Così G. G. AULETTA, *op. loc. ult. cit.*; conforme A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 855 e A. SENIN, *op. cit.*, p. 110. Con valutazioni difformi dalle precedenti in ordine alla ragionevolezza di tale conseguenza, si sono pronunciati sulla questione anche P. GRECO, *op. cit.*, p. 164, da, e E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 865 s.: «[...] Siccome il soggetto passivo del *solve et repete* ha rinunciato all'exceptio n.a.c. e il suo potere di risoluzione per inadempimento non può da lui essere esercitato perché non ancora attuale, ne deriva che esso è senz'altro tenuto ad adempiere la prestazione promessa [...] L'inosservanza del *solve et repete* costituisce vero e proprio inadempimento ingiustificato dell'obbligazione contrattuale [...] Pertanto deve dirsi che detta inadempienza può dar luogo alla risoluzione del contratto, ovvero anche all'adempimento forzato (se possibile) [...]».

⁵⁴⁸ Ancora A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*, specialmente nota n. 2. Cfr. anche G. G. AULETTA, *op. ult. cit.*, c. 426.

l'inadempimento. Le eccezioni potrebbero, dunque, essere fatte valere solo a condizione del preventivo adempimento⁵⁴⁹.

Sicché, il beneficiario non diverrebbe titolare di una sorta di diritto all'incondizionato adempimento da parte dell'onerato.

E, d'altra parte, l'onere di preventivo pagamento avrebbe effetto anche al di fuori del processo.

Infatti, l'interesse sotteso al patto sarebbe quello di paralizzare l'*exceptio* e la sospensione dell'esecuzione. Tali strumenti possono notoriamente essere impiegati anche in via stragiudiziale.

Dunque, il *solve* dovrebbe operare anche fuori del processo⁵⁵⁰.

Ad ogni modo, come è stato già rilevato⁵⁵¹, gli argomenti impiegati dagli epigoni della teoria processualista, pur rielaborata in chiave "minore", non appaiono invincibili.

Intanto, non pare corretto affermare che il *solve*, nella costruzione processualista, comporti una rinuncia all'*exceptio inadimpleti contractus*.

⁵⁴⁹ Questa impostazione fa capo al pensiero di L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 105. Conforme A. FRAGINI, *op. cit.*, p. 836; D. POLETTI, *op. cit.*, p. 8. Entrambi gli Autori concordano nell'attribuire al *solve* un contenuto sostanziale, nel senso illustrato dalla Bigliazzi Geri. Il *solve*, allora, opererebbe sottoponendo a condizione sospensiva l'esercizio delle eccezioni. Indubbiamente, l'impostazione della Bigliazzi Geri «[...] costituisce un notevole passo avanti [...]» (C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1264, nota n. 65) rispetto alle costruzioni processualiste. Peraltro, l'idea che il *solve* agisca come una condizione risolutiva permeava il pensiero degli Anni 30, come risulta chiaro dalla lettura degli interventi dell'Allorio e dell'Ascarelli. Ad ogni modo, si torna a osservare che alcuni effetti delle eccezioni sottoposte al *solve* si consumino irrimediabilmente, se esse non sono proposte prima dell'adempimento. In questi casi le eccezioni si devono considerare rinunciate e all'onerato sarà possibile solo agire in via di risoluzione o di richiesta di adempimento, salva eventualmente la ripetizione dell'indebito.

⁵⁵⁰ Si veda C. M. BIANCA, *La responsabilità*, *cit.*, p. 358.

⁵⁵¹ C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 596.

Come è stato egregiamente dimostrato, il *solve* non potrebbe che operare nel ristretto campo dell'*exceptio non rite adimpleti contractus*, come si evince in via interpretativa dell'intenzione dei contraenti, per attribuire significato sia al patto sia alla scansione cronologica che le parti possono aver attribuito all'esecuzione ⁵⁵².

Di per sé, dunque, resta già evitata la conseguenza che ha mosso i processualisti minori a indurre la loro costruzione, per la salvaguardia della posizione dell'onerato⁵⁵³.

Si deve ammettere, d'altra parte, che il patto importi rinuncia all'eccezione *non rite* ⁵⁵⁴.

⁵⁵² P. GRECO, *op. cit.*, p. 149: «[...] questa limitazione ha un suo valore logico che rimane, in certo senso, indipendente dalla quaestio facti dell'interpretazione del contratto: essa discende infatti dalla distinzione che deve farsi fra l'ordine di esecuzione delle prestazioni corrispettive e l'ordine di proposizione delle azioni ed eccezioni fondate sulla in esecuzione [...]». Al riguardo, l'Autore ha articolato quattro categorie che riassumono ogni possibile ordine di esecuzione delle prestazioni. In un primo caso, è il convenuto debitore onerato a dover adempiere per primo. Egli, in tale ipotesi, non potrà opporre eccezioni non per il *solve*, bensì perché ancora non potrebbe essere attuale un inadempimento del beneficiario attore, il quale potrebbe legittimamente opporre una *replicatio inadimpleti*. Sul punto si veda L. ENNECERUS – H. LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, Marburg, 1930, p. 113. In una seconda ipotesi, il creditore beneficiario deve adempiere per primo. Quest'obbligo contrattuale andrebbe armonizzato con la disposizione del *solve*. Allora, il beneficiario non potrebbe servirsene per sfuggire al suo dovere di previa prestazione, perché tale risultato sarebbe contraddetto dai principi in tema di interpretazione del contratto. Allora, l'efficacia del *solve* dovrebbe rimanere circoscritta ai soli casi di eccezioni dell'onerato circa un adempimento *non rite*. La terza ipotesi è quella di mancata previsione di un ordine negli adempimenti. In questo caso il *solve* potrebbe assurgere a strumento interpretativo per comprendere se le parti abbiano comunque voluto prevedere una disciplina temporale degli adempimenti. Ma, comunque, le eccezioni dell'onerato non sarebbero inibite dal *solve*, bensì dalla *replicatio inadimpleti* dell'attore. Infine, qualora non ricorresse nessuna delle ipotesi già descritte, non resterebbe che da attenersi alla regola generale dell'adempimento simultaneo, *Zug um Zug*, e la clausola non potrebbe servire per impedire al convenuto di pretendere contemporaneamente l'adempimento.

⁵⁵³ V. per tutti A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 854 s..

⁵⁵⁴ Ancora P. GRECO, *op. loc. cit.*; F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 437; L. BARASSI, *op. cit.*, p. 1105; E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 864 s.; A. SENIN, *op. cit.*, p. 94 ss..

Tuttavia, proprio perché il *solve* ha attitudine a operare sul piano sostanziale, dispiegando i propri effetti, per via mediata, anche sul piano del processo⁵⁵⁵, era indispensabile che il legislatore provvedesse a configurare un potere di controllo da parte del Giudice. Potere volto a evitare gli abusi, operando, come afferma la norma, «[...] nei casi in cui la clausola è efficace [...]»⁵⁵⁶.

Infatti, se la clausola è efficace, essa ha già prodotto, con la conclusione dell'accordo, il proprio effetto di rinuncia all'*exceptio non rite* e alla sospensione nell'esecuzione, oltre che l'effetto di differimento delle altre eccezioni sensibili al *solve*⁵⁵⁷.

Non è condivisibile, poi, che sia la dottrina processualista a dare conto dei motivi per i quali non si verifichi un difetto di giurisdizione, in assenza del preventivo adempimento dell'onerato.

Quale che sia, infatti, l'ipotesi reputata più appagante, il difetto di giurisdizione sembra essere evitato dal capoverso dell'art. 1462 cod. civ.

⁵⁵⁵ Conforme L. BIGLIAZZI GERI, *op. loc. ult. cit.*.

⁵⁵⁶ Sul punto si vedano le lungimiranti considerazioni di P. GRECO, *op. cit.*, p. 163, formulate *de iure condendo* dall'Autore, oltre un decennio prima della codificazione.

⁵⁵⁷ È stato, al riguardo, osservato che «[...] l'opinione che il patto si traduca in una rinuncia convenzionale potrebbe uscirne riaccreditata, già che risulta fugato il pericolo di implicazioni inaccettabili [...]». Così C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1263. L'Autrice prosegue il proprio ragionamento affermando che il potere discrezionale del Giudice «[...] impedisce alla clausola di dispiegare i suoi effetti, ma non incide sulla natura di tale effetto. L'assenza dei gravi motivi non è elemento di qualificazione della natura del patto, ma soltanto condizione del suo funzionamento [...]». Sul punto si registra l'adesione di C. LUCCHI, *op. loc. cit.*.

Il Giudice, infatti, prima di pronunciare la sentenza di condanna, dovrebbe accertare che il patto sia efficace e, nel merito, se i motivi sottostanti alle eccezioni dell'onerato siano talmente gravi da autorizzare alla sospensione della condanna. È ovvio, allora, che si costituisca un rapporto processuale, a prescindere dall'adempimento dell'onerato⁵⁵⁸.

È, poi, contestabile che il secondo comma dell'art. 1462 cod. civ. abbia natura esclusivamente processuale.

Infatti, è vero che la norma sia rivolta al Giudice. Tuttavia, egli non farebbe altro che prendere atto di una situazione di diritto sostanziale, inerente alla gravità dell'inadempimento o alla contrarietà a buona fede del beneficiario⁵⁵⁹.

Altro argomento impiegato a favore della costruzione processuale minore, è che il beneficiario, pure inadempiente, potrebbe chiedere la risoluzione per inadempimento⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Cfr. C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1263 s..

⁵⁵⁹ È stato osservato, infatti, che il potere di disapplicazione del Giudice non sarebbe esterna alla clausola, ma ne attuerebbe il limite restrittivo, in essa potenzialmente immanente, che ne costituirebbe lo spazio di riconoscimento legislativo. Così C. LUCCHI, *op. loc. cit.*. Al riguardo, l'art. 167 disp. att., sarebbe «[...] semplicemente una norma di diritto intertemporale che, se testimonia circa il carattere innovativo dell'art. 1462 c.c., non depone necessariamente in senso processualistico, estendendo semplicemente i poteri del giudice circa le contrapposte pretese delle parti e i loro comportamenti alle controversie, riguardanti la clausola, inserita anteriormente alla data di entrata in vigore del codice, ma fatta valere dopo, oppure pendenti alla suddetta data [...]».

⁵⁶⁰ V. E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 865. In assenza di significativi approfondimenti su questo problema, si potrebbe, tuttavia, sostenere il contrario. È stato già illustrato nel precedente capitolo come il *solve* corrisponda alla manutenzione del contratto e sia, di per sé, incompatibile con la contemporanea domanda di risoluzione. Il *solve*, infatti, è strumento volto a sostenere e garantire l'adempimento e solo in questo ristretto ambito riceve esplicito riconoscimento di validità. Secondo A. DALMARTELLO, *op. loc. cit.*, «[...] la clausola è funzionalmente coordinata alla domanda di adempimento e non può essere invocata ai fini della risoluzione [...]».

Francamente, questa ipotesi non scandalizza, atteso che potrebbe essere mitigata, nei casi limite, dall'applicazione del principio di buona fede⁵⁶¹.

Ancor più, il *solve* sarebbe «[...] espressione, in forma ellittica ed imperativa, della domanda d'adempimento [...]». La scelta di agire in risoluzione, dunque, è ontologicamente caducante per il *solve*. Così è sia nell'ipotesi del creditore beneficiario che, anziché agire in manutenzione, chieda la risoluzione; sia ne caso del beneficiario che, domandando la risoluzione e invocando il *solve*, aspiri a una sorta di risoluzione senza esame delle eccezioni. Sul punto è stata chiara la giurisprudenza, per la quali si vedano Cass. 29 maggio 1940, n. 1725, *cit.*; Cass. 28 gennaio 1942, n. 276, *cit.*; Cass. 4 febbraio 1949, n. 166, *cit.*. In queste ipotesi, ove il beneficiario gravemente inadempiente domandasse la risoluzione, egli perderebbe la facoltà di impedire l'esercizio delle eccezioni all'onerato, ossia verrebbe meno l'effetto sostanziale di paralisi e/o rinuncia delle eccezioni. L'onerato, dunque, potrebbe eccepire di non aver adempiuto per l'altrui inadempimento, *ex art.* 1460 cod. civ..

Questa tesi è stata sostenuta da anche da P. GRECO, *op. cit.*, p. 163, e da A. SENIN, *op. cit.*, p. 109 ss.. Per questi Autori, anche se costruito come istituto essenzialmente di diritto sostanziale, il *solve* non potrebbe dare luogo alla conseguenza figurata dai processualisti. Infatti «[...] la clausola è concepita per garantire l'esecuzione del contratto, l'obbligo del pagamento del prezzo, e il suo significato si esaurisce in questo ambito. [...] Appena entra in campo il patto, la facoltà di risoluzione è esclusa: poiché trattandosi di un patto che rafforza l'adempimento dell'obbligazione, esso dà luogo ad una istanza specifica del creditore rivolta al giudice perché condanni a pagare non ostante le difese sollevate dal debitore; la quale una volta proposta, si risolve in una istanza diretta alla esecuzione specifica del contratto (condanna al pagamento) che consuma la facoltà di scelta spettante alla parte adempiente [...] fra azione in esecuzione e l'azione in risoluzione [...]». Così A. SENIN, *op. cit.*, p. 110 s..

⁵⁶¹ Infatti, ove l'esercizio del diritto alla risoluzione apparisse iniquo, avuto riguardo alla gravità dell'eventuale inadempimento del beneficiario, sarebbe assente la colpa dell'onerato che, secondo alcuni interpreti, assurgerebbe a requisito per pronunciare a suo carico la risoluzione. Si vedano P. GRECO, *op. cit.*, p. 164, gli spunti di T. ASCARELLI, *Sulla clausola «solve et repete» nei contratti*, *cit.*, c. 295 s. Sul problema della colpa nell'inadempimento si fronteggiano due opposte visioni. Le posizioni della giurisprudenza, condivise dalla prevalente dottrina, rispecchiano la convinzione diffusa a partire dalle riflessioni di G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, *cit.*, 137 ss., secondo cui la risoluzione del rapporto costituirebbe una sanzione e, dunque, non sarebbe ammissibile se non vi fosse quanto meno la colpa. Secondo una dottrina minoritaria ma autorevole: «[...] il rimedio della risoluzione per inadempimento, lungi dall'essere una sanzione per l'inadempimento colpevole, costituisce la conseguenza dell'impossibilità di attuazione del contratto a "prestazioni corrispettive". Il che, oltretutto, corrisponde anche ad un'esatta tutela dell'interesse del contraente adempiente, o pronto all'adempimento, il quale, non solo ha diritto di recuperare in ogni caso la prestazione già adempiuta, ma altresì quello di potersi liberare da un vincolo contrattuale che non gli assicura più il soddisfacimento dell'interesse avuto di mira [...]». Così M. GIORGIANNI, Voce «Inadempimento», *cit.*, p. 888; ID., *L'inadempimento*, *cit.*, 317 ss. V. anche R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VI, Torino, 1975, 948 ss..

Anche altri aspetti della costruzione processualista minore destano qualche perplessità.

Infatti, pare davvero sottovalutata la circostanza che la norma sul *solve* sia stata posta dal legislatore in pieno clima sinallagmatico e subito dopo l'eccezione di inadempimento e la sospensione dell'esecuzione, come se costituisse una negazione dei rimedi appena disciplinati⁵⁶².

Infine, l'ipotesi processualista non spiega perché la norma si esprima al plurale, alludendo alla non opponibilità di «[...] eccezioni [...]»⁵⁶³ e potrebbe condurre all'irragionevole risultato di considerare paralizzabili anche eccezioni come quella di perimento della cosa per caso fortuito⁵⁶⁴.

Mentre la clausola dovrebbe avere solo il fine e l'effetto di «[...] impedire che si possa discutere di buono o cattivo adempimento prima che il prezzo venga pagato [...] »⁵⁶⁵.

In conclusione, la costruzione che pare preferibile è quella che vede nel *solve* uno strumento di autotutela, il quale realizza una dissociazione del diritto alla prestazione dal diritto al risarcimento.

⁵⁶² Si vedano le considerazioni svolte al riguardo nel paragrafo precedente.

⁵⁶³ Il tema è stato affrontato nel capitolo I.1, cui si rinvia per gli approfondimenti e le citazioni bibliografiche.

⁵⁶⁴ Conseguenza sulla quale pure si è interrogato il più autorevole dei sostenitori della tesi processualista. V. G. G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., p. 351. I processualisti, infatti, vedono nel *solve* una rinuncia a far valere l'infondatezza dell'azione avversaria.

⁵⁶⁵ T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 423. Infatti, «[...] Con la clausola «*solve et repete*» non si vuole obbligare il compratore [...] a pagare il prezzo nonostante il cattivo adempimento, ma rinviare ogni discussione sull'adempimento, buono o cattivo che sia, a dopo il pagamento [...]».

Il *solve* determinerebbe un differimento di alcune eccezioni e una rinuncia di taluni diritti sostanziali, il cui impiego appare ricollegato essenzialmente al cattivo adempimento del creditore beneficiario.

E trattandosi di un patto fondamentalmente sostanziale, esso dovrebbe poter operare anche fuori dal processo⁵⁶⁶.

Non si può negare, però, che questo effetto, di origine sostanziale⁵⁶⁷, si riverberi sul processo⁵⁶⁸, privando di attualità il diritto eventualmente affermato, per via di eccezione o di azione, dalla parte onerata⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ C. M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 358.

⁵⁶⁷ E. BETTI, *op. loc. cit.*; L. BIGLIAZZI GERI, *La risoluzione*, cit., p. 105 ss.; C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1264, C. LUCCHI, *op. loc. cit.*, A. FRANGINI, *op. loc. cit.* .

⁵⁶⁸ In senso favorevole a questa ipotesi, tra gli altri, T. ASCARELLI, *Ancora sulla validità della clausola «solve et repete» nei contratti*, cit., p. 419; A. SENIN, *op. cit.*, p. 34, il quale ha osservato che «[...] in molti casi le parti possono porre in essere degli accordi di natura sostanziale che esercitano nel processo degli effetti indiretti o riflessi, o la cui disciplina processuale costituisce una conseguenza di quella particolare disciplina sostanziale (pactum de non petendo, pactum de foro propagando, clausola compromissoria) [...]». Sul tema, in generale, già G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 106.

⁵⁶⁹ Se si reputa che l'unico modello di *solve* legittimato dall'intervento del legislatore sia quello a carattere misto, con prevalenza sostanziale, come proposto nel testo, si dovrebbero reputare nulli i patti apparentemente sussumibili all'art. 1462 cod. civ., ma volti a provocare effetti esclusivamente processuali, quali la rinuncia ad agire o alle eccezioni processuali, che rimangono sempre opponibili. Per la verità, anche i teorici della natura processuale minore pervengono a soluzioni non dissimili, reputando che l'esame dell'efficacia del patto da parte del Giudice richieda l'instaurarsi di un valido rapporto processuale, restando opponibili le eccezioni processuali. Così A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 855. Secondo E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 862, le eccezioni processuali sarebbero comunque insensibili al *solve*, perché indisponibili. Il tema è stato già affrontato nel capitolo I.2.

5.3 La collocazione della fattispecie nel codice civile e la sua riferibilità ai rapporti non sinallagmatici

Come si è visto, la collocazione sistematica del patto di *solve et repete* nel codice civile, subito dopo i rimedi sinallagmatici contro l'inadempimento o il rischio di inadempimento, è stata impiegata come strumento interpretativo.

La giurisprudenza, infatti, ne ha tratto argomento per sostenere che la clausola abbia una natura propriamente sostanziale, salvo poi produrre effetti anche sul piano del processo⁵⁷⁰.

Sorge, allora, il dubbio che il patto di limitazione nella proponibilità di eccezioni, come disciplinato all'art. 1462 cod. civ., possa essere apposto solo a contratti sinallagmatici⁵⁷¹.

Per la verità, il tema si era posto all'attenzione della dottrina già prima della codificazione, con risultati non univoci⁵⁷².

⁵⁷⁰ Cass. 27 febbraio 1995, n. 2227, *cit.*; Cass. 14 dicembre 1994, n. 10697, *cit.*; Cass. 26 gennaio 1994, n. 759, *cit.*; Cass. 14 luglio 1967, n. 1767, *cit.*; Cass. 16 luglio 1976, n. 2819, *cit.*.

⁵⁷¹ La domanda è stata formulata, in senso problematico, anche da A. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 848, il quale ha affermato che il *solve* sarebbe «[...] astrattamente configurabile nei riguardi di ogni obbligazione, anche isolata, come rafforzamento della *necessitas solvendi* [...]». L'Autore ha concluso il proprio ragionamento escludendo che il *solve* potesse trovare applicazione al di fuori della categoria del contratto a prestazioni corrispettive. Del resto, si deve osservare che egli non aveva alternative interpretative – se non quella di non attribuire alcun significato al contesto della norma. Infatti, sostenitore della ipotesi processualista, aveva già escluso che la collocazione della norma potesse costituire un indice della volontà del legislatore di dare al patto portata sostanziale.

⁵⁷² Per P. GRECO, *op. cit.*, p. 144, ad esempio, «[...] siamo in tema di contratti bilaterali, in cui ciascuna parte è creditrice e debitrice a un tempo [...]»; T.

Dopo la codificazione il dubbio permane e non pare risolto dalla giurisprudenza. Questa, infatti, ha sempre reputato efficace il patto limitativo di eccezioni apposto al contratto di fideiussione, senza, tuttavia, indagare se il *solve et repete* sia la fonte dell'astrazione o, piuttosto, l'effetto caratteristico di essa⁵⁷³.

Anche attualmente, la dottrina è divisa. Sembra prevalere, tra gli Autori che si sono specificatamente occupati del *solve*, l'opinione contraria all'applicabilità della clausola a negozi non sinallagmatici⁵⁷⁴.

ASCARELLI, *Sulla clausola «solve et repete» nei contratti*, cit., c. 290 e, implicitamente, anche oltre nel testo; E. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 573. Per A. SENIN, *op. cit.*, p. 37 ss., la clausola si potrebbe certamente configurare anche nei contratti bilaterali imperfetti: «[...] su questi tipi di contratto la applicazione della clausola risulta abbastanza singolare, quantunque in linea generale non se ne possa disconoscere la possibilità e utilità [...]». Secondo F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 81 e p. 87, il contratto bilaterale perfetto sarebbe solamente l'ambito al quale il *solve* accede più frequentemente. «[...] la nostra clausola può essere stipulata anche in occasione di contratti unilaterali [...]». Si pensi che il grande Autore, a quanto risulta per primo, ha riconosciuto il patto nella clausola “a prima richiesta”, contenuta in una fideiussione. La sua inesauribile fantasia, poi, gli ha consentito di immaginare che «[...] la garanzia, anziché mediante fideiussione, potrebbe ben essere prestata mediante il deposito di una somma pari all'importo del debito, che il creditore abbia diritto di tenersi se il debito non sarà pagato; [...] questo sarebbe, da parte del garante, un sacrificio maggiore di quello che gli deriva dalla clausola [...]».

⁵⁷³ In giurisprudenza si vedano Cass. 21 febbraio 2008, n. 4446, in *Mass. giur. it.*, 2008; Cass. 28 febbraio 2007, n. 4661, *cit.*; Cass. 27 giugno 2007, n. 14853, in *Contr.*, 2007, 10, p. 899; Cass. 14 febbraio 2007, n. 3257, 2007, in *Contr.*, 2007, 7, p. 669; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27333, in *Mass. giur. it.*, 2005; Cass. 25 febbraio 2002, n. 2742, in *Banca bors.*, 2002, II, p. 653; Cass. 29 marzo 1996, n. 2909, *cit.*, c. 1621; Cass. 1 luglio 1995, n. 7345, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 620. È per vero che Cass. 5 ottobre 1976, n. 3272, *cit.*, sentenza fondamentale per la ricostruzione del *solve*, afferma che «[...] tale clausola rappresenta un mezzo di autotutela nei contratti con prestazioni corrispettive [...]».

⁵⁷⁴ Secondo E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 866, il *solve* «[...] costituisce la soluzione di una situazione particolare che si inquadra nel vasto problema della tutela dei diritto delle parti contraenti nel momento dell'esecuzione dei rapporti derivanti dai contratti sinallagmatici [...]». Parrebbe conforme anche l'opinione di E. BETTI, *op. loc. cit.*, il quale allude al *solve* come patto «[...] col quale in taluni contratti con obbligazioni bilaterali e con prestazioni a tratto successivo [...] si fa divieto all'una delle parti di esercitare azioni od eccezioni [...]».

Secondo questa impostazione, la somiglianza tra il *solve* e la clausola «*senza eccezioni*», apposta a fideiussioni o polizze fideiussorie, sarebbe «[...] *più apparente che reale* [...]»⁵⁷⁵.

D'altra parte, è stato osservato che, in virtù del principio generale contenuto nell'art. 1322, comma 1, cod. civ., le parti potrebbero legittimamente determinare anche nei contratti non sinallagmatici un effetto analogo a quello del *solve*⁵⁷⁶.

Salvo, poi, rilevare come ne risulterebbe assai circoscritto l'ambito di naturale operatività⁵⁷⁷.

Infatti, le eccezioni differibili – o rinunciabili – con il *solve* ex art. 1462 cod. civ. sono in larga parte quelle afferenti al

⁵⁷⁵ D. POLETTI, *op. cit.*, p. 2 s.. La questione verrà specificatamente affrontata nel trattare della fideiussione.

⁵⁷⁶ Si vedano C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1258, e C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 592 s.; la dottrina che ha segnalato questa possibilità, tuttavia, non ha portato fino alle estreme conseguenze il proprio ragionamento. Se, infatti, le parti potessero liberamente e per autonomia negoziale, apporre una clausola di limitazione delle eccezioni a contratti bilaterali imperfetti, si riproporrebbero tutte le questioni affrontate dalla dottrina pre-codificazione. In altre parole, senza la copertura di validità fornita dall'art. 1462 cod. civ., non sarebbe affatto certa la validità di un *solve* di fonte esclusivamente pattizia. Al riguardo, peraltro, la possibilità per il giudice di pronunciare una sentenza di condanna con riserva o di sospendere la condanna per gravi motivi potrebbe essere considerata concessa solo nel caso tipico.

⁵⁷⁷ È diversa l'opinione di A. SENIN, *op. cit.*, p. 37 s.. Secondo l'Autore, il *solve* è certamente applicabile ai contratti bilaterali imperfetti e non per il frutto di un patto atipico. Ad ogni modo, in tali ipotesi la portata del *solve* andrebbe armonizzata con le difese spettanti all'onerato nei rapporti di mutuo o di comodato, che sono le fattispecie di più facile ricorrenza del patto. Secondo l'Autore, in tali casi sarebbe esclusa l'eccezione di risoluzione e l'*exceptio inadimpleti*, per ragioni che attengono alla struttura del negozio bilaterale imperfetto (ma *contra*, vedi le considerazioni riportate nel testo e in nota). Sarebbe, invece, paralizzabile il diritto di ritenzione, «[...] e allora la clausola potrà significare rinuncia preventiva a far valere il diritto di ritenzione sulla cosa per il credito sorto in occasione del contratto [...]». Così, il depositario dovrebbe senz'altro restituire la cosa, poiché il *solve* importerebbe rinuncia definitiva alla garanzia della ritenzione.

gioco del sinallagma, che non sarebbero nemmeno concepibili in negozi bilaterali imperfetti⁵⁷⁸.

Il problema dell'applicabilità del *solve* al di fuori delle ipotesi di contratto a prestazioni corrispettive risente delle incertezze che pervadono la dottrina, con riferimento al regime applicativo degli istituti di cui agli artt. 1460 e 1461 cod. civ. e alla stessa configurabilità di una categoria generale fondata sul concetto di sinallagma.

Si parla, a questo riguardo, di un rapporto caratterizzato dall'esistenza di un particolare nesso intercorrente tra le prestazioni, che si esprimerebbe attraverso «[...] un preciso congegno tecnico, comportante un doppio trasferimento di beni o servizi, secondo un principio di giustizia distributiva nella circolazione dei beni [...]»⁵⁷⁹.

Conseguenza di questa impostazione è che, individuata la categoria logico-dogmatica della corrispettività, dovrebbero essere escluse tutte le situazioni che non trovino fondamento in un contratto a prestazioni corrispettive⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Secondo questa dottrina, resterebbero differibili, nei negozi non sinallagmatici, le eccezioni di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e, per il caso della fideiussione “a prima richiesta”, le eccezioni derivanti dal rapporto tra debitore e creditore. Cfr. C. LUCCHI, *op. loc. cit.*. La sentenza che ha dato corso a questa ricostruzione è Cass., Sez. Un., 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1988, II, p. 1 ss.. Sul punto si vedano le note di G. MARICONDA, *Nota a Cass., Sez. Un., 1° ottobre 1987, n. 7341*, in *Corr. giur.*, 1987, p. 1165; E. SPANO, *Le Sezioni Unite sulla garanzia a semplice richiesta scritta e senza eccezioni*, in *Ban. banc.*, 1988, p. 51 ss.; nonché le considerazioni di G. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, p. 135 ss..

⁵⁷⁹ Così M. ZANA, *La regola della buona fede nell'eccezione di inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 2, p. 1377.

⁵⁸⁰ La considerazione, formulata in senso critico, è del E. RESTA, *Eccezione di inadempimento ed autotutela*, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1971, p. 284; cfr. A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, p. 159 ss.

E in effetti, giurisprudenza e dottrina prevalenti ritengono sia questo il campo applicativo del rimedio tanto della sospensione, quanto dell'*exceptio ex art. 1460 c.c.*⁵⁸¹

Eppure, tra gli interpreti non vi è accordo sulla puntuale identificazione degli elementi caratterizzanti la categoria.

Una prima opinione, formatasi subito dopo l'entrata in vigore del nuovo codice e, in buona parte, ancora influenzata dalle classificazioni adottate dal codice abrogato⁵⁸², identifica il contratto a prestazioni corrispettive con l'accordo a contenuto patrimoniale da cui sorgessero per le parti obbligazioni reciproche⁵⁸³.

Questa impostazione ha portato ad escludere che, ad esempio, il rimedio della sospensione nell'esecuzione possa estendersi anche alla cooperazione che dal creditore sia dovuta per l'esecuzione della prestazione a suo favore, nei confronti della quale potrebbe parlarsi solo di convergenza di interessi fra le parti, e non di rapporto di corrispettività. Vedi Cass., 29 ottobre 1970, n. 2249, *cit.*

⁵⁸¹ Peraltro, è ben noto che l'art. 1460 cod. civ. menzioni esplicitamente i contratti a prestazioni corrispettive come proprio ambito naturale di operatività. Sulla questione, in dottrina, si vedano A. DI AMATO, *Dissesto dell'assicuratore e rifiuto nel pagamento dei premi da parte dell'assicurato*, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 1627 ss.; ID., *Ancora in tema di dissesto dell'assicuratore e tutela dell'assicurato*, *ivi*, 1973, I, p. 464; E. COLAGROSSO, *op. cit.*, p. 291; E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 846 ss.; F. U. DI BLASI, *Il libro delle obbligazioni*, in *Commento al nuovo codice civile italiano*, di E. COLAGROSSO e F. U. DI BLASI, Milano, s.d. ma 1943, p. 518; L. BARASSI, *op. cit.*, III, p. 966; G. MIRABELLI, *op. ult. cit.*, p. 500; E. PERSICO, *op. cit.*, p. 86 ss.; G. SCALFI, *La sospensione del contratto, l'eccezione di inadempimento e la tutela dell'assicurato*, in *Giur. it.*, 1971, I, 2, c. 779 ss. In giurisprudenza, ad esempio, Cass., 29 ottobre 1970, n. 2249, *cit.*; Cass., 21 luglio 1969, n. 2717, in *Mass. Giust. civ.*, 1969, p. 1398; Cass., 15 marzo 1969, n. 848, *ivi*, p. 429; Cass., 12 febbraio 1968, n. 570, *ivi*, 1968, p. 286.; Cass., 5 maggio 1961, n. 1030, in *Sett. Cass.*, 1961, p. 837; App. Venezia, 10 marzo 1959, con nota di G. SCALFI, *Termine di efficacia del rifiuto di adempimento a causa dell'evidente pericolo di non conseguire la prestazione*, in *Temi*, 1959, p. 448 ss.; Cass., 18 maggio 1971, n. 1462, con nota di G. CASTELLANO, *Il dissesto dell'assicuratore e la tutela dell'assicurato*, in *Giur. it.*, Milano, 1971, I, 1, c. 1359 ss.; App. Milano, 28 gennaio 1958, in *Giust. civ., Mass. App.*, 1958, p. 4.

⁵⁸² La considerazione è di V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, p. 130.

⁵⁸³ A questa corrente aderiscono, in particolare, E. COLAGROSSO, *op. cit.*, p. 207; F. MESSINEO, *Dottrina generale, cit.*, p. 232 ss.; A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1953, p. 281; M. ROTONDI, *Istituzioni di*

A questa si contrappongono due ipotesi di più recente formulazione.

La prima individua la corrispettività nella reciprocità fra le prestazioni, intese come arricchimenti che le parti intendono conseguire con il contratto, ossia vantaggi patrimoniali ottenuti o direttamente con il contratto o tramite lo strumento dell'obbligazione e la sua esecuzione⁵⁸⁴.

La seconda costruzione vede la corrispettività come uno scambio, cioè un reciproco trasferimento di beni o servizi realizzato con un unico strumento negoziale⁵⁸⁵.

Insoddisfatta dei risultati raggiunti, la dottrina ha anche tentato di enucleare una nozione di «interdipendenza» tra prestazioni, diversa da quella della «corrispettività»⁵⁸⁶.

diritto civile Pavia, 1954, p. 355; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1970, p. 699; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 70.

⁵⁸⁴ Per questa impostazione vedi G. SCALFI, *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, pp. 456 e 481; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., IV, 2, pp. 216 e 217. Altri Autori parlano di reciprocità fra attribuzioni patrimoniali, utilizzando questa espressione in senso sostanzialmente non dissimile. Vedi, ad esempio, E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, cit., p. 780 ss.; L. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 12 ss.; E. PERSICO, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁸⁵ Cfr. A. PINO, *op. cit.*, p. 159 ss..

⁵⁸⁶ In effetti l'elaborazione è avvenuta con specifico riferimento all'eccezione ex art. 1460, ma i risultati cui sono pervenuti gli studiosi sono validi anche per la sospensione dell'esecuzione per mutamento nelle condizioni patrimoniali. Cfr., ad es., F. REALMONTE, *op. cit.*, p. 222, il quale ha negato che esistesse una necessaria corrispondenza tra interdipendenza e corrispettività e ha affermato che sarebbe l'art. 1460 cod. civ. a stabilire «[...] un nesso di interdipendenza tra certi effetti giuridici derivanti da contratti a prestazioni corrispettive e ciò in funzione del legame sinallagmatico voluto dai contraenti fra i risultati da loro perseguiti [...]». Tuttavia, limitando la rilevanza di tale nozione alle prestazioni non corrispettive, vale a dire quegli effetti negoziali non direttamente volti al conseguimento di risultati corrispettivi, purché, essendo nascenti da un contratto sinallagmatico, anch'essi volti, indirettamente, alla realizzazione di risultati utili reciproci. Nello stesso senso anche R. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 750 ss.; *contra*, E. PERSICO, *op. cit.*, p. 65. Ancora più innovativa la prospettiva assunta da E. RESTA, *op. cit.*, p. 285, il quale ha dilatato l'ambito di applicazione dell'*exceptio*, fino a ricomprendervi «[...] tutti quegli obblighi che siano concretamente

Si è avvertita, infatti, l'esigenza di riferirsi a un concetto unitario di prestazione,⁵⁸⁷ così da poter estendere i rimedi dell'*exceptio* e della sospensione al di là dei limiti tradizionalmente assegnati, e ora percepiti come eccessivamente angusti⁵⁸⁸.

Altri Autori hanno prospettato la possibilità di risolvere il problema anche indipendentemente dalla qualificazione del contratto in termini di corrispettività.

È stato affermato, infatti, che, «[...] *mentre tale categoria contrattuale si definisce in riferimento al complesso di*

patrimonio del rapporto, sia che si tratti di contratto a prestazioni a carico di una sola parte, sia che si tratti di contratto a prestazioni corrispettive [...]».

È necessario far presente, tuttavia, che la nozione di «interdipendenza», nata vivo il dibattito sulla qualificazione in termini di bilateralità di un contratto in cui fossero dedotte una pluralità di obbligazioni, in qualche modo distribuite tra le parti (per cenni vedi G. GIAMPICCOLO, *Mutuo (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, XXVII, p. 12), continua a presentare profili di problematicità e ambiguità. Cfr. A. DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, *cit.*, p. 355; Cass., 15 marzo 1969, n. 848, *cit.*. Si pensi, infatti, che tuttora si ricorre alla nozione di interdipendenza come criterio di identificazione della categoria del contratto a prestazioni corrispettive. Cfr. E. PERSICO, *op. cit.*, p. 2 ss; N. DISTASO, *op. cit.*, p. 1229; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, *cit.*, p. 130.

⁵⁸⁷ Si è osservato, infatti, che sarebbe necessario prendere in esame il concetto di prestazione, sia sotto il suo profilo statico che sotto quello dinamico di attuazione del rapporto obbligatorio. Profilo rispetto al quale, del resto, sarebbero destinati ad operare i rimedi *ex artt.* 1460 e 1461 cod. civ. Sotto il profilo dinamico, secondo questo approccio, e quindi dal punto di vista del risultato finale cui tendono le parti con i propri comportamenti, assumerebbero rilievo tutte le attività, anche non dedotte *in obligatione*, ma evidentemente concatenate in funzione di quel risultato. Così L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 47; U. NATOLI, *op. cit.*, p. 129.

⁵⁸⁸ La dottrina si è concentrata sul caso di prestazioni derivanti da negozi diversi collegati tra loro. Pronunciandosi sull'applicabilità del rimedio della sospensione, proprio in considerazione della nozione di «interdipendenza». M. R. SPALLAROSSA, *Contratti collegati e giudizio di buona fede*, in *Giur. mer.*, 1972, I, p. 149 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, p. 129; G. CASTELLANO, *op. cit.*, c. 1351; con riguardo all'*exceptio*, E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 846 e, in giurisprudenza, Cass., 20 marzo 1964, n. 637, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1964, II, p. 169; Cass., 13 febbraio 1958, n. 459, in *Mass. Giust. it.*, 1959, c. 97; Cass., 12 gennaio 1971, n. 32, in *Mass. Giust. civ.*, 1971, p. 17: secondo la suprema corte, ««[...] l'eccezione di inadempimento non può essere opposta dal convenuto in risoluzione se gli inadempimenti si riferiscono a contratti distinti ed autonomi, tali da non poter essere considerati in modo unitario oppure come reciprocamente condizionati [...]».

disposizioni del codice che ad essa richiamano, ciascuna delle singole disposizioni può trovare applicazione anche di fuori del paradigma del contratto a prestazioni corrispettive e in particolare in quei rapporti in cui si manifestano quelle ragioni di tutela degli interessi della parti che sono alla base della previsione legislativa [...]»⁵⁸⁹.

È stato, così, sostenuto, ad esempio, che la disciplina della risoluzione per inadempimento possa trovare applicazione anche in contratti che non sono certamente a prestazioni corrispettive, quali contratti plurilaterali, donazione modale e mutuo feneratizio⁵⁹⁰.

Quanto alla sospensione nell'esecuzione, è stato proposto di risolvere il problema caso per caso, tenendo conto delle caratteristiche e della disciplina del rapporto concreto, oltre che della *ratio* della norma⁵⁹¹.

In tal modo, si potrebbe tenere conto della «[...] *necessità di evitare eventi tali da frustrare o mettere in pericolo l'attuazione della funzione negoziale conformemente alle legittime aspettative delle parti [...]»⁵⁹².*

Ci si avvede immediatamente che sarebbe paradossale un'interpretazione del *solve* tale da escluderne l'applicabilità

⁵⁸⁹ Così V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, p. 130.

⁵⁹⁰ L'importante risultato si deve allo studio di A. PINO, *op. cit.*, p. 184 nota n. 161.

⁵⁹¹ Concordano su questo approccio V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, p. 131 e G. SCALFI, *L'inadempimento dell'assicuratore*, in *Temì*, 1968, p. 87.

⁵⁹² In tal modo A. GAMBINO, *Inadempimento e dissesto dell'assicuratore*, in *Studi in onore di A. Donati*, Roma, 1970, II, p. 293; ID., *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 343; Nello stesso senso anche G. CASTELLANO, *op. cit.*, p. 1361.

fuori dal contratto a prestazioni corrispettive, quando istituti tipicamente sinallagmatici, come l'*exceptio* o la sospensione, potrebbero invece ricevere tale applicazione.

Non solo perché anche per il *solue* avrebbero rilievo i dubbi ricostruttivi sulla categoria fondata sulla corrispettività, ma soprattutto in considerazione del fatto che il patto è la naturale antitesi ai rimedi apprestati con gli artt. 1460 e 1461 cod. civ..

E, in un certo senso, ove questi esistono, deve poter esistere anche la loro negazione di origine pattizia.

Crediamo di poter concludere che il *solue*, sebbene debba trovare più frequente ricorso nei contratti bilaterali perfetti, ove si avverte più forte l'esigenza di garantire il pagamento del corrispettivo della prestazione⁵⁹³, è perfettamente concepibile anche nei contratti bilaterali imperfetti.

E anzi, per i motivi che saranno illustrati nel prossimo paragrafo, il patto potrebbe tracciare la massima astrazione consentita al negozio dal suo fondamento causale.

Peraltro, alla sua nascita, in epoca medievale, il *solue et repete* privatistico era applicato anche a negozi oggi qualificati come bilaterali imperfetti⁵⁹⁴.

Si potrebbe sostenere, allora, che il patto sia riemerso nella pratica negoziale di fine Ottocento nei soli contratti a prestazioni corrispettive, perché erano questi, all'epoca, gli

⁵⁹³ Cfr. A. SENIN, *op. cit.*, p. 36 s..

⁵⁹⁴ Si veda, sul tema, il capitolo I.1 e ivi particolarmente i riferimenti bibliografici e documentali.

accordi nei quali veniva in rilievo l'esigenza di tutela del creditore.

E in particolare nella locazione, contratto in virtù del quale il conduttore entra nella disponibilità materiale del bene e, in qualche modo, proprio in ragione dell'uso dell'immobile assume una posizione di forza rispetto al proprietario⁵⁹⁵.

⁵⁹⁵ La dottrina sulla locazione è pressoché sterminata. Ci si limita a segnalare, per l'analisi della disciplina del rapporto, nonché per i riferimenti a dottrina e giurisprudenza, M. CONFORTINI, *Problemi generali del contratto attraverso la locazione*, Padova, 1988, e M. BENINCASA, *Formalismo e contratto di locazione*, Milano, 2004.

5.4 Riflessioni sull'elemento causale dell'accordo

Nelle pagine che precedono il *solve et repete* è stato osservato, analizzato e descritto da più angoli visuali.

Se ne è ricercata l'origine storica, setacciando negli statuti comunale del diritto di mezzo.

Si è dato conto del dibattito sulla sua validità, sotto il vigore del Codice del 1865, che non lo prevedeva.

Codificato in via generale nell'art. 1462 cod. civ., il principio è stato analizzato sotto il profilo ermeneutico e sistematico.

E più volte i problemi del *solve* si sono intrecciati con il più vago e misterioso dei concetti privatistici⁵⁹⁶, quello di causa.

Anzi, il dibattito sulla possibilità stessa del patto di esistere nell'ordinamento, prima della conferma del 1942, ha preso le mosse dalla sua compatibilità con il concetto di causa.

È noto che, davanti all'obiezione di astrattezza del negozio cui fosse apposta la clausola, parte della dottrina abbia negato che il *solve* potesse comportare un difetto causale del contratto.

Al riguardo, si è sostenuto che, poiché la causa opererebbe nel momento strutturale del rapporto, e non nella

⁵⁹⁶ Per seguire l'opinione di F. FERRARA JUNIOR, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 127.

fase di esecuzione del contratto, il patto non avrebbe vulnerato geneticamente il negozio ⁵⁹⁷.

A condizione, tuttavia, che fossero escluse, dal novero delle eccezioni paralizzabili, quelle afferenti alla nullità o alla annullabilità del contratto⁵⁹⁸.

In caso contrario, si sosteneva, la clausola avrebbe vulnerato la *causa obligandi* ⁵⁹⁹.

Per altri, anche escludendo tali eccezioni, almeno in via astratta, il patto avrebbe potuto ugualmente vulnerare la causa e si richiedevano ulteriori approfondimenti.

Secondo i fautori di questo indirizzo, infatti, la distinzione tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale⁶⁰⁰ non avrebbe impedito di risalire a un concetto unico di causa.

Questa, seppure presa in considerazioni dal legislatore come raffigurazione anticipata dello scopo finale e, dunque, travasata dalla fase esecutiva al momento costitutivo, non

⁵⁹⁷ T. ASCARELLI, *Sulla clausola solve et repete nei contratti*, c. 293 s.; G. SCADUTO, *op. cit.*, pp. 83 e 225. Secondo l'insegnamento di V. POLACCO, *op. cit.*, p. 353, «[...] il sinallagma genetico appunto perché tale non trascina anche posteriormente l'una prestazione a subire le vicende dell'altra [...]». Per E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 861, il *solve* agirebbe sul «[...] rilievo indiretto della causa, [che: N.d.R.] a differenza di quello genetico, non è un rilievo sempre necessario, [...] qui la causa non è più da considerarsi elemento costitutivo del negozio, avendo già essa, come tale, esaurita la sua funzione [...]».

⁵⁹⁸ La dottrina sostanzialista era pressoché unanime sul punto. Per tutti T. ASCARELLI, *op. loc. cit.*

⁵⁹⁹ Si vedano le considerazioni di C. F. GABBA, *op. cit.*, c. 193; S. SELETTI, *op. cit.*, p. 976 ss..

⁶⁰⁰ Differenza tracciata con sicurezza da K. CROME, *op. cit.*, p. 331 ss.. L'insussistenza del sinallagma genetico determinerebbe l'invalidità dell'accordo, mentre i vizi dell'esecuzione o la sua assenza non potrebbero mai essere causa di nullità.

avrebbe dovuto, per ciò solo, rimanere isolata dalla sua realizzazione⁶⁰¹.

Nella sfera di influenza della causa, così, sarebbero da comprendere tanto i rimedi contro i vizi del contratto, quanto gli strumenti per ottenere l'adempimento o rimuovere le conseguenze dell'inadempimento.

Tuttavia, non sarebbero «[...] essenziali e necessari tutti i modi in cui può operare nell'esecuzione del contratto il *sinallagma funzionale* [...]».

Al riguardo, è sembrato che l'autonomia negoziale delle parti, ove non giungesse ad annientare la realizzazione della causa nella fase di esecuzione, potesse dare luogo a deroghe convenzionali al principio *inadimplenti non est adimplendum*⁶⁰².

Queste riflessioni sono forse state tenute presenti dal legislatore.

Infatti, accanto alle eccezioni afferenti nullità e annullabilità, è stato previsto che il *solve* sia inefficace nei casi di rescissione.

⁶⁰¹ Così P. GRECO, *op. loc. cit.*.

⁶⁰² P. GRECO, *op. loc. cit.*. Secondo l'autore, poiché era consentito alle parti, con apposito patto, addossare al creditore il *periculum obligationis*, anche con negozio autonomo (cfr. V. MOLITOR, *op. cit.*, p. 61), a maggior ragione ciò avrebbe dovuto potersi realizzare con un patto accessorio del negozio, il cui scopo principale non fosse quello di operare sul rischio stesso. Sul punto (ma dopo la codificazione), anche E. BETTI, «*Autotutela (dir. priv.)*», *cit.*, secondo il quale rientrerebbe «[...] nel normale ambito dell'autonomia privata la possibilità di escludere la regola *inadimplenti non est adimplendum*, almeno nella misura in cui non si paralizzi la funzione del *sinallagma del contratto* nella fase di sua esecuzione e non si contravvenga al principio della buona fede [...]».

Con questa ultima previsione, secondo alcuni, sarebbe emersa l'intenzione del legislatore di tracciare un confine oltre il quale l'interdipendenza funzionale tra le prestazioni non possa subire ulteriori contrazioni⁶⁰³, pena la scomparsa del rapporto obbligatorio⁶⁰⁴.

Con la proposizione dell'eccezione di rescissione si affermerebbe, infatti, la «[...] *manca*za dei presupposti essenziali al sinallagma funzionale [...]»⁶⁰⁵.

L'allargamento del fronte di resistenza al *solve*, con l'aggiunta dell'eccezione di rescissione, sembrerebbe consentire alcune considerazioni.

Con la persistente opponibilità delle eccezioni di nullità e annullabilità resta affermata la rilevanza diretta e genetica della causa, intesa come elemento costitutivo del negozio.

⁶⁰³ Secondo C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 589. Che le norme sull'azione di rescissione siano dettate per fare fronte a situazioni di squilibrio causale, i cui risultati oggettivi rilevano in dipendenza di valutazioni soggettive, è insegnamento risalente al pensiero di F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 181 ss..

⁶⁰⁴ Come è stato rilevato nel capitolo II, cui si rimanda, nel caso di rescissione di un contratto concluso in stato di pericolo, il Giudice, per la prestazione già eseguita dalla controparte, «[...] può [...] assegnare un equo compenso [...] per l'opera prestata [...]». L'equo compenso non costituirebbe una controprestazione, bensì una prestazione isolata, solo occasionalmente e accidentalmente («[...] secondo le circostanze [...]») collegata alla prestazione della controparte. E nel contratto rescindibile per lesione, solo la riduzione ad equità, ricostituendo il sinallagma, può impedire che il vincolo negoziale venga meno.

⁶⁰⁵ C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1258.

D'altra parte, l'opponibilità dell'eccezione di rescissione, sembra permettere di considerare irrinunciabile un singolo profilo indiretto della causa.

Il contraente che, davanti a vizi attinenti tali profili, pretendesse ugualmente la prestazione, lo farebbe senza alcun titolo, se pure provvisoriamente⁶⁰⁶.

Siamo persuasi che il *solve* abbia un effetto isolante della prestazione e, in qualche modo, agisca sulla causa del negozio.

Secondo un'altra prospettiva, si potrebbe dire che agisca sulla causa dell'obbligazione.

Al legislatore, tuttavia, l'effetto del patto è sembrato compatibile con il sistema, purché limitato dalla persistente opponibilità delle eccezioni già menzionate.

L'ordinamento, allora, ha mostrato di provare repulsione per negozi che isolino le prestazioni oltre il limite consentito al *solve*. Altrimenti, anche questo patto non sarebbe stato limitato da nullità, annullabilità e rescissione.

Queste tre eccezioni, come pure le altre che giurisprudenza e dottrina hanno via via escluso dall'ambito di efficacia del *solve*, tracciano un fossato di difesa attorno all'edificio della causa.

Ma quale sia, effettivamente, il profilo causale tenuto in considerazione nella codificazione del principio, è questione di

⁶⁰⁶ Cfr. C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1258.

non facile soluzione, sebbene decisiva per comprendere come il *solve* possa interagire con alcuni negozi bilaterali imperfetti, quali la fideiussione.

Il Codice del 1865, costruito a somiglianza del Code Napoléon, proponeva un concetto di causa quale scopo che inducesse ciascun contraente ad assumere il vincolo obbligatorio⁶⁰⁷.

Questa costruzione è nota come tesi subiettiva della causa⁶⁰⁸.

Non stupisce che, nel diritto francese, la nozione di causa fosse incentrata sull'obbligazione.

Infatti, il Code conosceva principalmente, se non esclusivamente, il contratto a effetti obbligatori⁶⁰⁹.

Al riguardo, è stato affermato che «[...] una volta che l'elemento protagonista del contratto è costituito dalle

⁶⁰⁷ La dottrina italiana, per almeno un trentennio, seguì con disciplinata costanza il modello francese. Si vedano, al riguardo, i riferimenti contenuti in L. BARASSI, *Causa*, in *Enc. giur. it.*, Milano, 1905, III, 2, sez. I, p. 922 ss..

⁶⁰⁸ Già nel diritto intermedio era affermato il concetto soggettivo. È rimasta esemplare, al riguardo, la definizione di BALDUS, «[...] *causa enim finalis est obiectum intellectus, sicut signum est obiectum visus, et portus est obiectum navigantium; et quicquid agimus, propter finem agimus* [...]».

⁶⁰⁹ Riferisce M. GIORGIANNI, *Causa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VI, p. 565, che «[...] *Il cosiddetto effetto traslativo immediato dei contratti diretti al trasferimento della proprietà di cosa certa e determinata – introdotto a seguito di una nota tendenza filosofica – non fu inteso dal legislatore francese nel significato rigoroso nel quale noi oggi siamo abituati a formularlo [...] Quell'effetto [...] passa attraverso il filtro dell'obbligazione [...]*». Sul punto è proverbiale lo stupore destato dalle relative norme dell'ordinamento francese in B. J. H. WINDSCHEID, *Zur Lehre des Code Capoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, 1847, p. 33 ss. La tendenza del diritto francese è perdurante. Il contratto traslativo è quello che genera un'obbligazione di dare e ne assicura, contemporaneamente, l'esecuzione. Cfr. M. PLANIOL, G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, Paris, 1957, II, p. 99 ss. E peraltro, anche nei contratti reali, la dottrina reputava che la consegna della cosa fosse da degradare a semplice presupposto del contratto.

*obbligazioni, la cui nascita consente il raggiungimento dello scopo avuto di mira dalle parti, è giustificato che la causa venga riferita alle singole obbligazioni, ed identificata in definitiva con lo scopo che ciascuna parte persegue con l'assumere il proprio vincolo [...]*⁶¹⁰.

Nel Codice italiano, invece, l'effetto traslativo era ricollegato non all'obbligazione, ma al consenso legittimamente manifestato.

È pur vero, tuttavia, che numerose norme sembravano far scaturire dal contratto esclusivamente obbligazioni, generando un senso di confusione che faceva coesistere il principio traslativo con la concezione subiettiva della causa⁶¹¹.

Nel codice italiano ottocentesco, ad ogni modo, la causa venne elevata a requisito per la validità del contratto⁶¹² e, così, i vizi del contratto consensuale si estesero all'atto traslativo.

Conseguentemente, il contratto privo di causa o causalmente viziato non avrebbe potuto produrre l'effetto traslativo⁶¹³.

⁶¹⁰ M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 566.

⁶¹¹ La consapevolezza di questa dicotomia si avvertiva già in G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni, cit.*, Firenze, 1891, III, p. 7 ss. La definizione di contratto alludeva all'accordo relativo a un *vincolo* giuridico. Il contratto bilaterale, poi, era quello che *obbligava* reciprocamente le parti. E la vendita era il contratto con il quale, dietro pagamento del prezzo, una parte si *obbligava* a dare una cosa.

⁶¹² Ciò è stato attribuito a un'evoluzione maturatasi nell'ambito del contratto a effetti obbligatori, come esplicazione della *exceptio* tradizionalmente conferita al debitore *sine causa*. Si veda, sul punto, R. J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, trad. it., Milano, 1805, I, p. 65.

⁶¹³ Si intende quanto questo risultato fosse rivoluzionario, ricordando che, nel diritto intermedio, la volontà di trasferire il bene, sulla base di un preesistente titolo di acquisto, anche solo putativo o invalido, unita alla *traditio*, produceva il trasferimento del diritto. Per BALDUS, *ad Cod.*, Venetiis, 1615, II, «[...] *Consensus tradentis habentis transferendi dominium potestatem, subsistente causa vera vel*

Si poneva, allora, il problema della tutela dei terzi acquirenti in buona fede e a titolo oneroso.

I tentativi di protezione del terzo, da parte della dottrina, a quanto pare si sono mossi in due direzioni.

Nel reputare che l'azione recuperatoria del bene fosse personale e, dunque, esperibile solo verso l'*accipiens*; nel ridurre le ipotesi di rilevanza del difetto di causa.

Con quest'ultimo sforzo concettuale, nel diritto italiano la causa ha smesso di essere riferita alla realizzazione dello scopo di ciascun contraente, per incentrarsi sul meccanismo idoneo al risultato perseguito.

Il concetto, elaborato, come detto, per risolvere i problemi di tutela del terzo provocati dalla rigida applicazione del principio traslativo, estese la sua portata anche ai negozi obbligatori.

Si deve sottolineare, al riguardo, che un sistema basato esclusivamente sul contratto obbligatorio non avrebbe nemmeno avuto bisogno della nullità del contratto per difetto di causa⁶¹⁴.

putativa, ad translationis dominii ordinata, inducit translationem dominii [...]».

Questo sistema, è appena il caso di rilevarlo, tutelava al massimo i terzi acquirenti.
⁶¹⁴ Si devono, a questo punto, svolgere alcuni riferimenti al diritto tedesco, che nell'Ottocento non ha recepito il principio consensualistico, pur avendolo attentamente studiato e considerato. Si veda, al riguardo, B. J. H WINDSCHEID, *op. cit.*, 297 ss..

Il sistema tedesco rimase, piuttosto, legato alla costruzione romanista, richiedendo il *modus* e il *titulus acquirendi*, promessa obbligatoria e atto traslativo, *stipulatio* e *traditio*. Conseguentemente, era valido il negozio di trasferimento del diritto, malgrado il difetto di causa. Mentre nel diritto francese, l'atto di trasferimento era stato eliso e l'acquisto del diritto era ricollegato al contratto o, meglio, all'obbligazione, gli Autori tedeschi hanno approfondito il concetto di causa identificandolo con lo scopo, se riferita al momento della realizzazione

Infatti, nei rapporti obbligatori, il contraente che non avesse ancora adempiuto e riconoscesse un vizio del negozio, avrebbe potuto trincerarsi efficacemente dietro alla *exceptio*. Se, d'altra parte, avesse già adempiuto la sua prestazione, avrebbe potuto recuperarla con la *condicio indebiti*.

È appena il caso di rilevare come, di fronte a questi rimedi, l'azione di nullità fosse strumento esorbitante.

dell'interesse perseguito dal soggetto, o con il fondamento, se riferita all'esistenza del titolo da cui derivasse la promessa o la *traditio* stessa. Questa bipartizione è particolarmente chiara, ad esempio, in L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, 1886, II, p. 286 ss., e rispecchia l'ormai classica antitesi tra tesi subiettiva e tesi obiettiva della causa.

Successivamente, promessa e atto traslativo sono state ricomprese nel concetto di attribuzione patrimoniale. Sicché gli studi sulla causa si trasferirono nell'ambito del negozio giuridico, dando luogo a «[...] un notevole impaccio nella qualificazione della rilevanza da assegnare all'elemento causale in seno alle componenti del negozio giuridico [...]» (M. GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, p. 572).

Finché, davanti ai problemi pratici offerti dai traffici mercantili, la dottrina non teorizzò la possibilità di una promessa obbligatoria astratta, tale, cioè, da avere forza vincolante sebbene non fosse indicata la causa. Sul punto, O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Leipzig, 1855. Ciò spiegherebbe, per un verso, le ragioni del mancato inserimento della causa tra i requisiti del negozio giuridico; per altro verso, la circostanza che il difetto di causa trovi discipline diverse a seconda che sia riferito alla promessa o alla prestazione patrimoniale. Nel primo caso, come noto, il debitore ha a disposizione una *exceptio*.

Nel secondo, gli viene assegnata una *condictio* (anche nell'eventualità che il risultato perseguito non si sia realizzato). Infine, è stata disciplinata un'azione generale di arricchimento, nel caso di mancanza di fondamento giuridico della prestazione.

Nel sistema risultante dal lungo percorso descritto, il negozio ad effetti reali è valido anche quando privo di causa, ma il cedente può chiedere la restituzione al beneficiario e anche al terzo acquirente a titolo gratuito. Quanto ai negozi obbligatori, l'astrattezza avrebbe dovuto comportare la perdita dell'*exceptio*, salva la *condictio*.

In realtà, è stata al fine riconosciuta al debitore la facoltà di invocare il difetto di causa anche per via di eccezione. Così, ad esempio, L. ENNECCERUS, H. LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1954, 14, p. 791. Questa progressiva perdita di astrattezza dovrebbe essere ricollegata al venire meno delle esigenze pratiche del commercio che avevano determinato l'emersione nella pratica del negozio, largamente sostituito dai titoli di credito. Così M. GIORGIANNI, *op. loc. cit.*

Secondo l'opinione prevalente, peraltro, l'astrazione della promessa obbligatoria sarebbe da considerare, da lungo tempo, meramente processuale. Essa sarebbe stata originata dall'assenza di una norma presuntiva del tipo di quella francese, che prevedesse la validità del contratto, malgrado la mancata menzione della causa. Tra gli Autori italiani che hanno fatto proprio questo rilievo, v. T. ASCARELLI, *La letteralità dei titoli di credito*, *op. loc. cit.*

Così, in un certo senso, appare naturale che il concetto di causa abbia richiesto uno sforzo ricostruttivo solo con l'emergere della categoria dei contratti a effetti traslativi⁶¹⁵.

Una delle conseguenze più rilevanti, per la comprensione del *solve*, è che le ipotesi di mancata realizzazione dello scopo, proprio per la riferita volontà di tutela dei terzi, sono state escluse dalle ipotesi di nullità per difetto di causa e hanno trovato disciplina tra le azioni contrattuali, per definizione personali⁶¹⁶.

Così, il concetto di causa, elaborato in un sistema fondato sul contratto a effetti obbligatori e rintracciato solo nell'obbligazione, solo in seguito adattato al principio traslativo, ha indotto a concentrare la ricerca nel sinallagma genetico, piuttosto che nel sinallagma funzionale.

Si deve rilevare, per ora del tutto incidentalmente, che in epoca medievale, quando apparve per la prima volta il *solve et repete*, nel concetto di causa risaltava anche l'aspetto realizzativo dello scopo⁶¹⁷.

⁶¹⁵ Sforzo che, come è ben noto, ha dato origine, nel diritto inglese, alla *consideration*, concetto oscuro che dovrebbe corrispondere al corrispettivo, e che è impiegato per risolvere le questioni cui è deputata la causa negli ordinamenti di derivazione romanista. Sul punto, si veda lo studio di G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1955.

⁶¹⁶ Sul punto, ancora M. GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, p. 570, ove si vedano i riferimenti bibliografici contenuti particolarmente nelle note nn. 19 e ss. Secondo l'Autore, allora, «[...] il richiamo alla mancata realizzazione della causa, che talvolta riaffiora ancor oggi nella giustificazione teorica di quei rimedi, costituisce ormai nient'altro che una vaga reminiscenza storica [...]». Si può comprendere, dunque, su quali basi poggiasse il tentativo di ricondurre all'unitario concetto di causa tutti i rimedi contrattuali, compiuto da H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 27 ss. e 259 ss..

⁶¹⁷ Secondo l'insegnamento, tra gli altri, del TIRANQUELLUS, *Tractatus varii*, Lugduni, 1567, 7.

Intanto, giunti alle soglie della nuova codificazione, la dottrina italiana, mutuando alcuni dei risultati più preziosi dell'esperienza tedesca, ha dato come base al concetto di causa non più l'obbligazione, ma il negozio giuridico⁶¹⁸.

Così, il termine "obbligazione", presente in tante norme del codice e spesso in senso ossimorico con il principio consensualistico, è stato sostituito con l'espressione "prestazione".

E il contratto è stato definito quale accordo sorgente di un rapporto giuridico patrimoniale, e non più di un vincolo giuridico.

Pur con una certa semplificazione⁶¹⁹, si può affermare che, negli anni precedenti all'emanazione del nuovo Codice, la causa sia stata identificata nella funzione, nello scopo, o nella ragione economico-giuridica del negozio⁶²⁰.

Il concetto è stato progressivamente svincolato da elementi volontaristici, per essere concepito ora nel rapporto

⁶¹⁸ In Italia, il prezioso concetto fu assorbito per primi dagli studiosi del diritto romano. Vedi V. SCIALOJA, *I negozi giuridici*, Roma, 1893, rist. 1938; C. FADDA, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909. Non fa stupore, allora, che uno degli Autori ai quali più si debba per il concetto moderno di causa, sia Emilio Betti.

⁶¹⁹ Perché, in effetti, vi furono certamente oscillazioni e commistioni tra teoria obiettiva e subiettiva. Si pensi, infatti, che si continuò a parlare di *animus donandi*, invece che di *causa donandi* (N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano, Parte generale*, Milano, 1929, p. 411). E spesso la causa fu ancora definita come lo scopo per ciascun contraente di raggiungere la prestazione dell'altro (V. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 90 ss.).

⁶²⁰ Vedi ancora V. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 89 ss.. Ma già P. E. BENZA, *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, 1898, p. 160.

obiettivo esistente tra le parti⁶²¹, ora nella funzione economico-sociale del negozio⁶²².

In questa fase, sebbene depurato da elementi volontaristici, il concetto serviva ancora per risolvere problemi tradizionali, ossia la mancata menzione della causa nel negozio o la sua totale assenza⁶²³.

Successivamente, abbandonata la prospettiva delle obbligazioni assunte dalle parti, è stato sostenuto che il negozio trovasse causa nello stesso tipo predisposto dall'ordinamento e riconosciuto meritevole di tutela⁶²⁴.

In questa formulazione, il concetto di causa è stato impiegato anche per risolvere il problema dei limiti dell'autonomia privata⁶²⁵.

Non pare errata la considerazione di quanti hanno osservato che questa funzione della causa si porrebbe fuori

⁶²¹ P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, ora in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921, p. 125 ss..

⁶²² E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952; ID., *Autonomia privata*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1958, I, 2, p. 64 ss.; ID., *Astrazione (negozio astratto)*, ivi, p. 1469; ID., *Causa del negozio giuridico*, ivi, Torino, 1959, III.

⁶²³ Tradizionali le questioni, tradizionali erano le soluzioni prospettate dalla dottrina, per le quali N. COVIELLO, *op. cit.*, p. p. 416 ss.; e R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina – Milano, 1934, I, p. 266 ss..

⁶²⁴ Questa costruzione è stata criticata da M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 79 ss., il quale, tuttavia, ne ha riconosciuto l'utilità pratica. Per la verità, il dibattito che ne è scaturito ha dato i risultati più vari, che riverberano le proprie conseguenze anche ai giorni nostri. V'è stato chi, come M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1943, p. 66 s. e F. FERRARA SENIOR, *op. cit.*, p. 127 ss., ha prospettato soluzioni anticausaliste. Altri, tra i quali G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 22 ss., hanno proposto un ritorno alla costruzione subiettiva. Autorevoli giuristi hanno parlato di causa dell'obbligazione o della prestazione o della attribuzione patrimoniale (rispettivamente, F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 476; L. BARASSI, *op. cit.*, p. 40; T. ASCARELLI, *L'astrattezza dei titoli di credito*, in *Riv. dir. com.*, 1932, I, p. 385 ss.).

⁶²⁵ Per risolvere i problemi tradizionali, si è così fatto ricorso al concetto di causa remota, formulato dal Betti, o a quello di causa dell'attribuzione patrimoniale. Per quest'ultimo concetto si veda S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile, Saggi*, Milano, 1951, p. 105 ss..

dal solco tradizionale del concetto di derivazione romanista e che la stessa esigenza interpretativa coinciderebbe solo in parte con le problematiche che da millenni gli sono sottese⁶²⁶.

Tuttavia, si deve tenere presente che il Codice del 1942 è stato esplicitamente costruito sulla base di questa impostazione rigidamente obiettiva⁶²⁷.

Il sistema vigente, per lo meno per come è stato concepito all'origine, è volto a consentire un penetrante controllo della rispondenza degli spostamenti patrimoniali a scopi utili non solo all'individuo, ma anche alla società.

Questo obiettivo sembra sia stato perseguito, ora attraverso la previsione di sanzioni di illiceità, ora con la tutela del contraente debole, ora, infine, con il preventivo controllo dei tipi negoziali.

Si vedrà subito come nel *solve* emergano, in modo eccezionalmente nitido, tutti e tre gli strumenti⁶²⁸.

⁶²⁶ M. GIORGIANNI, *op. loc. cit.*.

⁶²⁷ Cfr. la Relazione al Codice civile n. 613. Che il medesimo problema sia stato risolto con altri strumenti nel diritto francese e tedesco (cfr. L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 165 ss.; K. LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, Hamburg, 1936, I, p. 36 ss.) è osservazione formulata da M. GIORGIANNI, *op. loc. ult. cit.*. Tuttavia, ciò non priva di rilevanza la scelta compiuta dal legislatore italiano.

⁶²⁸ Per concludere le brevi considerazioni sulla causa, si deve rilevare che, nel sistema del diritto privato, vi sarebbero casi in cui la giustificazione dello spostamento patrimoniale corrisponde alla funzione del negozio e, dunque, sarebbe interna alla struttura contrattuale. Ciò avviene, essenzialmente, nei contratti a effetti obbligatori, nei quali le obbligazioni che sorgono a carico dei soggetti trovano – e, diremmo, *devono* trovare – giustificazione nello stesso negozio, che le collega le une alle altre. Ma la causa è interiorizzata al contratto anche nei negozi ad effetti reali, nei quali il consenso legittimamente manifestato produce la traslazione del diritto e, dunque, è immediatamente esaurita l'attuazione degli effetti contrattuali. È evidente che, nell'ordinamento germanico, il concetto di causa, obiettivamente intesa, ha rilievo solo nei contratti ad effetti obbligatori. E si spiegano, allora, le ricorrenti osservazioni che la causa vada riferita solo ai negozi di esecuzione (cfr.

È, infatti, invalido e inefficace il *solve* che pretenda di estendere il proprio effetto paralizzante nel caso di nullità, annullabilità e rescissione del contratto cui è apposto.

La tutela del contraente debole, d'altra parte, è attuata, per un verso, con l'inclusione del *solve* tra le clausole che richiedono particolari oneri formali, *ex artt.* 1341 cod. civ.. Per altro verso, con il potere di sospensione della condanna, accordato al capoverso dell'art. 1462 cod. civ.⁶²⁹.

E. STAMPE, *Das Causa – Problem des Zivilrechts*, Greifswald, 1904, p. 24 ss.). In altri negozi, tuttavia, lo spostamento patrimoniale non sembra compiutamente giustificato dalla struttura del contratto. Questo, in genere, menziona lo scopo avuto di mira dalla parte, ma il fondamento della disposizione sarebbe endogeno. Sul punto già BALDUS, *Ad. Cod. 4, 30, 13, (n. 23)*, Venetiis, 1615, osservava che : «[...] *stipulatio, est contractus aliunde tamen causandus, quod non est in aliis contractibus specificatis, ut in locatione, emptione et venditione et si(milibus) qui sunt causa sui ipsius [...]*».

Questi negozi, apparentemente astratti, avrebbero, in realtà, una causa esterna. Le ipotesi più classiche, sarebbero quelle di prestazione attuata per scopo illecito o per adempiere a un dovere morale o sociale, ovvero per adempiere a un obbligo assunto in precedenza, con altro negozio o per altra fonte legale.

In questi casi, è stato proposto di impiegare, alla ricerca della causa, anche la tesi subiettiva, osservando che, in tradizionali ipotesi di prestazioni isolate, come la donazione o la *datio in solutum*, mentre v'era chi dubitava che pure vi fosse una causa (intesa in senso oggettivo), si continua a parlare di *animus donandi* o di *animus solvendi*.

Così, a somiglianza del diritto tedesco, l'aspetto soggettivo dovrebbe giustificare lo spostamento patrimoniale e l'aspetto oggettivo sarebbe da riconnettere con la possibilità di mantenimento degli effetti negoziali. Difatti, le norme sulla ripetizione dell'indebito stabilirebbero non la nullità dell'obbligo che il *solvens* intende adempiere, ma la ripetibilità della prestazione. Così M. GIORGIANNI, *op. loc. cit.*.

La complessità del problema supera le nostre possibilità. Si deve rilevare, tuttavia, che in tutti questi casi si ha a riferimento ipotesi tipiche, nelle quali la causa è già stata impiegata per valutare la meritevolezza del trasferimento patrimoniale. Ma si dubita fortemente che i contraenti possano validamente dare vita a ipotesi atipiche di negozi astratti, se essi non superino il controllo di meritevolezza che, nel sistema voluto dal legislatore del 1942, è svolto con il concetto obiettivo di causa. Sono note le obiezioni a queste considerazioni, che, tuttavia, sembrano ancora valide, per lo meno se riferite ai negozi obbligatori onerosi.

⁶²⁹ Questo potere, esercitato dal Giudice e, dunque, di natura processuale, consente di far emergere vizi sostanziali che, sulla scorta delle riflessioni svolte sulla causa, potrebbero essere definiti causalmente subiettivi. Essi attengono soprattutto alla buona fede in senso oggettivo. È interessante rilevare come, in questa accezione, la buona fede in senso oggettivo rispecchi aspetti causali subiettivi, ossia l'attinenza

L'art. 1462 cod. civ. potrebbe forse essere chiamato a svolgere anche un ruolo di controllo sistematico della causa nei negozi atipici.

Infatti, il patto non pare isoli geneticamente *il contratto* che, dal punto di vista subiettivo della funzione negoziale, è causalmente valido.

Sotto il profilo dell'esecuzione del rapporto, tuttavia, è indubitabile che la clausola isoli *le prestazioni*, agendo principalmente sulla *exceptio*⁶³⁰ e, così, alterando il sinallagma funzionale⁶³¹.

Sotto il profilo della verifica della causa obiettiva, intesa come strumento di controllo della meritevolezza delle intenzioni delle parti, si deve tenere presente che la clausola sembrerebbe ammessa dal legislatore «[...] *quasi a malincuore* [...]»⁶³².

Il *solve*, già apposto a tutela di una obbligazione che trovi la sua giustificazione nell'obbligazione corrispettiva, potrebbe costituire il limite massimo concesso all'autonomia negoziale.

Altri contratti atipici, allora, potrebbero rivelarsi nulli non per difetto della causa in senso subiettivo ovvero obiettivo,

del negozio, secondo l'*id quod plerumque accidit*, e nella sua esecuzione, agli scopi avuti di mira e condivisi dalle parti.

⁶³⁰ Si deve parlare, a quanto pare, di vera rinuncia *all'exceptio (non rite)*, atteso che, se non utilizzata prima di aver adempiuto la propria prestazione, essa non è più nemmeno configurabile come rimedio. Tra gli altri si veda, sul punto, E. ENRIETTI, *op. cit.*, p. 864 s..

⁶³¹ La *exceptio*, per i motivi che si sono esaminati nelle pagine che precedono, potrebbe forse essere considerata, nei contratti a effetti obbligatori, come l'equivalente pratico dei rimedi di nullità nei contratti traslativi.

⁶³² R. LUZZATO, *op. cit.*, p. 749.

intesa come funzione del negozio, ma perché potrebbero aver superato quel limite di meritevolezza che, nel rapporto tra le prestazioni, è stato tracciato una volta per tutte all'art. 1462 cod. civ.

Limite di meritevolezza che riguarda le garanzie offerte al debitore onerato, consistenti non solo nell'individuazione di talune eccezioni sempre proponibili, ma anche nel potere di sospensione della sentenza di condanna, accordato al Giudice per gravi motivi.

Capitolo VI

***Solve et repete* e negozi bilaterali imperfetti**

- 6.1 FIDEIUSSIONE E CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA**
- 6.2 FIDEIUSSIONE E *SOLVE ET REPETE***
- 6.3 POLIZZA FIDEIUSSORIA**
- 6.4 CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA E *SOLVE ET REPETE***
- 6.5 IL *SOLVE ET REPETE* IN ALTRI CONTRATTI BILATERALI IMPERFETTI**

6.1 Fideiussione e contratto autonomo di garanzia

Come noto, la fideiussione è il negozio in forza del quale un soggetto si obbliga personalmente verso un creditore, per garantire l'adempimento del debitore di costui.

Il negozio fideiussorio, dunque, «[...] è *causalmente destinato a rafforzare la tutela dell'interesse del creditore all'attuazione del suo diritto, attraverso l'estensione della garanzia patrimoniale ai beni del fideiussore* [...]»⁶³³.

Sotto un profilo oggettivo, l'obbligazione del fideiussore è accessoria rispetto a quella del debitore principale⁶³⁴ e, pertanto, con questa necessariamente collegata⁶³⁵.

Tuttavia, dal punto di vista soggettivo, il debitore principale non è parte del negozio fideiussorio⁶³⁶, per la

⁶³³ Secondo la definizione, ricorrente in giurisprudenza, contenuta tra le altre in Cass. 12 aprile 1984, n. 2356, in *Mass. giur. it.*, 1984. Secondo l'insegnamento di F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, ed. 1976, p. 83, l'accessorietà consisterebbe nel legame in virtù del quale un rapporto sarebbe subordinato all'altro e, in funzione di tale rapporto, ne seguirebbe le sorti; mentre il rapporto principale sarebbe indifferente alle vicende del negozio accessorio.

⁶³⁴ Il rapporto di accessoria riposa nella necessità, per il sorgere dell'obbligazione fideiussoria, che esista e sia individuata un'obbligazione principale del debitore, del quale garantisca l'adempimento. V. *ex multis* Cass. 27 gennaio 1981, n. 612, in *Mass. giur. it.*, 1981. Tra le molte conseguenze della struttura del rapporto, v'è la legittimazione del fideiussore a far valere la nullità del contratto dal quale derivi l'obbligazione principale, che determinerebbe l'invalidità della propria obbligazione, in ragione del suo carattere accessorio. V. Cass. 8 luglio 1983, n. 4605, in *Foro it.*, 1983, I.

⁶³⁵ In questo senso, l'accessoria è considerata come un rapporto di dipendenza genetica, oltre che funzionale dell'obbligazione di garanzia, rispetto al rapporto principale. Al riguardo E. BRIGANTI, *Garanzie personali atipiche*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1988, I, p. 582 ss..

⁶³⁶ La struttura bipolare del contratto fideiussorio non muta nemmeno se esso è contenuto in un più ampio documento negoziale, alla redazione del quale abbia partecipato anche il debitore principale. Cfr. Cass. 2 maggio 1983, n. 3018, in *Mass. giur. it.*, 1983.

perfezione e validità del quale dovrebbe rimanere del tutto indifferente la valutazione del suo interesse⁶³⁷.

Sono molte le figure atipiche che si accostano alla fideiussione, distinguendosene.

Tra esse⁶³⁸, riveste particolare interesse, per la presente trattazione, il contratto autonomo di garanzia, nelle sue varie sottospecie⁶³⁹.

Il contratto autonomo di garanzia è negozio atipico, di largo impiego nella prassi⁶⁴⁰ e spiccata somiglianza con la fideiussione.

Normalmente, in virtù di esso il garante non potrebbe opporre al creditore le eccezioni fondate sul rapporto tra quest'ultimo e il debitore garantito, tranne nel caso di nullità

⁶³⁷ Pertanto, non sono necessari né il consenso preventivo né l'accettazione del creditore. D'altra parte anche il fideiussore non è tenuto a partecipare necessariamente all'accordo tra debitore e creditore. Sul punto, completamente esplorato dalla dottrina, si rinvia a Cass. 13 giugno 2006, n. 13652, in *Giust. civ.*, 2006, p. che ne ha dato un'ampia ricapitolazione.

⁶³⁸ In relazione al *solve et repete*, la lettera di *patronage*, sebbene sia affine ai temi trattati, non riveste particolare interesse e, dunque, non sarà oggetto di trattazione. Sul tema, in ogni caso, si segnalano A. MAZZONI, *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto di terzo*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1984, p. 333 ss.; G. CHINÈ, *I confini del "patronage": un istituto ancora in cerca di autore*, in *Giur. it.*, 1996, p. 257 ss.; D. DE BONIS, *Le lettere di patronage*, in *I nuovi contratti*, a cura di E. Napolillo, Piacenza, 2002, p. 345 ss.; G. BRUNO, *Le lettere di patronage nel sistema dei rapporti economici*, Napoli, 2004.

⁶³⁹ Sulla pluralità delle fattispecie atipiche ricondotte al contratto autonomo di garanzia si vedano, tra gli altri, E. COSENTINO, *Autonomia e astrattezza nella garanzia "a prima richiesta"*, in *Corr. giur.*, 2000, II, p. 944 s., e M. LOBUONO, *Le garanzie nel project finance*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 150.

⁶⁴⁰ Sulla ricorrenza del *Garantievertrag* nella prassi del commercio internazionale v. F. GALGANO, *I rapporti di scambio nella società post-industriale*, in *Vita notarile*, 1992, p. 52 ss..

dell'obbligazione principale o di già avvenuto soddisfacimento del creditore⁶⁴¹.

Come si vede, nel contratto autonomo di garanzia sarebbe assente il carattere di accessorietà, che connota l'obbligazione di origine fideiussoria⁶⁴².

Pare opportuno, prima di proseguire nelle riflessioni, risalire alla bipartizione operata dalla dottrina tedesca, sul finire dell'Ottocento, tra negozi di garanzia accessori e autonomi⁶⁴³.

⁶⁴¹ Il fondamento normativo di tale fattispecie atipica è fatto risalire all'art. 1322 cod. civ. V. sul punto Cass. 18 dicembre 1992, n. 12341, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1535 ss., con note di M. COSTANZA, S. DE VITIS, F. CASSERA; Cass. 20 agosto 1998, n. 8248, in *Mass. giur. it.*, 1998. Nel corso delle pagine che seguono, si tenterà di valutare quanto sia resistente alle obiezioni l'opinione comune circa la validità ed efficacia del negozio.

⁶⁴² Si veda, al riguardo, P. RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni omnibus*, in *Bancaria*, 1972, p. 720 ss. In questa ipotesi, l'autonomia dell'obbligazione di garanzia non si realizzerebbe per effetto dell'apposizione al contratto di una clausola *solve et repete* in capo al garante. Sicché, «[...] una volta intervenuta la solutio (alla quale il garante è tenuto in ogni caso, salva la possibilità di formulare l'exceptio doli) costui – non essendo autorizzato a far valere in via riconvenzionale ciò che gli è inibito in via di eccezione – non è legittimato a promuovere azione di rivalsa nei confronti del creditore deducendo la sopravvenuta estinzione del rapporto principale [...] spettandogli unicamente l'ordinaria azione di regresso [...] contro il debitore principale [...]». Così Cass. 19.6.2001, n. 8324, in *Mass. giur. it.*, 2001; cfr. Cass. 24 aprile 1991, n. 4519, in *Arch. civ.*, 1991, p. 798 ss.; Cass. 7 marzo 2002, n. 3326, in *Giur. it.*, 2002, p. 1205.

⁶⁴³ Che, a quanto pare, si deve all'opera di R. STAMMLER, *Der Garantievertrag*, in *Arch. f. Civ. Praxis*, 1886, p. 69. Richiamando le notazioni svolte nel capitolo V, è agevole affermare che, in realtà, il negozio non fosse astratto, nel senso di privo di causa. Tuttavia, poiché la causa non era indicata e l'ordinamento tedesco, privo di una norma che la presumesse, diede origine a un sistema nel quale l'apparente assenza di causa giustificativa della promessa non inficiasse geneticamente il negozio, salvo concedere il potere di ripetizione.

Pertanto, venute meno le esigenze del traffico commerciale che avevano originato la promessa astratta, la giurisprudenza ha largamente riconosciuto al promittente una *exceptio* per assenza totale o immeritevolezza della causa. Sul tema v. par. V.4. Nel diritto inglese è nota la *guaranty*, comunemente accostata dalla dottrina italiana alla fideiussione, e la *indemnity*, dalla quale scaturisce un'obbligazione svincolata dal rapporto principale. Per alcuni riferimenti a *leading cases*, v. E. COSENTINO, *op. cit.*, p. 942, nota n. 3. Un settore nel quale le garanzie atipiche hanno recentemente trovato grande applicazione è quello dei progetti finanziamenti. In tale ambito, si segnalano i cd. *take or pay* o *through-put*, con cui una società acquista il diritto di ricevere da una *project company* – ossia un ente finanziatore di

Tra i primi sono abitualmente ricompresi i negozi ricollegati a un'obbligazione principale, quali fideiussione e mandato di credito, mentre i secondi, i cd. *Garantieverträge*, consisterebbero in una fonte autonoma di obbligazione in garanzia⁶⁴⁴.

Questa figura è caratterizzata dall'inserzione, nel tessuto contrattuale, di espressioni quali «*senza riserva alcuna*», ovvero «*dietro semplice richiesta*»⁶⁴⁵.

Dottrina e giurisprudenza si sono mostrate inizialmente piuttosto prudenti nel valutare la compatibilità all'ordinamento italiano del contratto autonomo di garanzia,

progetti - prestazioni periodiche di beni o di servizi, assumendo l'obbligo incondizionato di pagare i corrispettivi alle scadenze contrattuali. V'è, poi, l'*assignment agreement*, con il quale la società titolare del progetto cede ai finanziatori il diritto di ricevere i pagamenti dovuti in forza del contratto *take or pay* o *through-put*. La caratteristica principale dei *through-put agreements* consisterebbe nell'apposizione di clausole di *exclusion of defences*, in virtù delle quali gli *sponsors* rinunciano a eccepire contro *project company* le difese volte a rifiutare l'esecuzione degli obblighi di pagamento dei corrispettivi. È stato osservato che «[...] la clausola di exclusion of defences sia riconducibile alla fattispecie disciplinata dall'art. 1462 c.c., in quanto il soggetto passivo della clausola è tenuto ad adempiere immediatamente la sua prestazione senza poter beneficiare di una qualsiasi forma di eccezione [...]». Questo *solve et repete* sarebbe impiegato per astrarre la garanzia, ossia per renderla completamente insensibile alle eccezioni. Così M. LOBUONO, *op. cit.*, p. 150 ss. L'Autore, ricostruendo le fattispecie di polizza fideiussoria, *completion bond*, *bid bond* e *performance bond*, ha illustrato come tali forme di garanzia astratta, sebbene non disciplinate dall'ordinamento italiano, sono richieste per la finanza di progetto dalla normativa sui contratti pubblici.

⁶⁴⁴ Si veda, al riguardo, G. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, Milano, 1978, p. 1052, tuttora considerato il testo di dottrina italiana di riferimento.

⁶⁴⁵ Per la verità, si ritiene necessario, in sede di interpretazione del contratto, risolvere la *quaestio voluntatis* « [...] onde stabilire se le parti abbiano inteso stipulare un contratto autonomo di garanzia (cd. "Garantievertrag") ovvero una convenzione fideiussoria derogatoria, in tutto o in parte, della disciplina di cui all'art. 1957 cod. civ. [...] ». Così Cass. 25 febbraio 2002, n. 2742, in *Dir. giust.*, 2002, p. 34 ss. con nota di M. ROSSETTI.

nel timore che in tal modo si consumasse un tradimento del principio causalistico⁶⁴⁶.

Successivamente, le certezze sulla validità del negozio hanno assunto consistenza pressoché dogmatica⁶⁴⁷.

Si vedrà subito che, al di là del *nomen* con il quale il negozio è noto, esso non è stato configurato dalla giurisprudenza come assolutamente autonomo rispetto al rapporto da cui scaturisce l'esigenza di garanzia, né come contratto astratto.

Per oltre un ventennio, forse per meglio valutare l'impatto del negozio autonomo sul sistema, la giurisprudenza di legittimità ha confinato le proprie opinioni in *obiter dicta*⁶⁴⁸.

Fino a che le Sezioni Unite della Cassazione si sono espresse per la sua validità, ricostruendone l'autonomia in termini non assoluti, ma relativi⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ I dubbi sono illustrati in G. PORTALE, *op. ult. cit.*, p. 1063; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1982, I, p. 178; F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima richiesta*, Milano, 1991. Peraltro, è parso alla dottrina che il contratto autonomo di garanzia non potesse essere compreso fino in fondo se non con un approfondimento delle problematiche della causa. In questo senso G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, ed. 1993, p. 201 ss.; S. MONTICELLI, *Garanzie autonome e tutela dell'ordinante*, Napoli, 2003, p. 44 ss.; P. L. GRANA, *Obbligazione di garanzia e tipicità della disciplina*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 585 s..

⁶⁴⁷ A tal punto, che si rinviene l'affermazione secondo la quale: «[...] la dottrina e la giurisprudenza di merito e di legittimità hanno ormai fugato ogni dubbio circa la liceità e la meritevolezza degli interessi perseguiti con il ricorso al negozio autonomo di garanzia, legittimando una prassi largamente generalizzata nel commercio internazionale e nell'ambito dei rapporti creditizi [...]». Così E. COSENTINO, *op. cit.*, p. 942.

⁶⁴⁸ Come riferito da M. VIALE, *Sfogliando la margherita: «Garantievertrag» e fideiussione «omnibus» in Cassazione*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 108. In effetti, la Corte aveva già a più riprese affrontato la questione. Ad esempio v. Cass. 7 settembre 1968, n. 2899, in *Rep. foro it.*, 1968, voce *Fideiussione*, n. 16; Cass. 9 giugno 1975, n. 2297, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2793. In queste occasioni, il contratto autonomo era stato definito una figura intermedia, rispettivamente, tra la fideiussione e il deposito cauzionale e tra la fideiussione e l'assicurazione.

Per il Supremo Collegio, questo negozio atipico sarebbe pur sempre riferibile alla fideiussione, perché caratterizzato da una finalità essenzialmente di garanzia.

Il suo fondamento, poi, sarebbe da rinvenire nel principio di autonomia contrattuale ed esso si confermerebbe meritevole di tutela⁶⁵⁰.

Difatti, l'esigenza di garanzia, connessa al commercio internazionale, sarebbe quella del creditore di «[...] *assicurarsi la prestazione del debitore, tramite un rapporto di garanzia che lo assicura dalle lungaggini e dalle complicazioni connesse alla peculiarità delle varie legislazioni nazionali [...]*»⁶⁵¹.

Secondo la giurisprudenza, allora, la copertura del rischio connesso all'oggettivo inadempimento, inteso come fatto

⁶⁴⁹ Cass., Sez. Un., 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Foro it.*, 1988, I, c. 103 ss..

⁶⁵⁰ L'accoglimento del negozio autonomo come espressione di interessi meritevoli di tutela, comporterebbe che non vi sia più spazio per un giudizio di vessatorietà delle clausole le quali fungano da strumento per la soluzione del collegamento con il rapporto principale. Così P. STANZIONE, *Considerazioni sulle clausole onerose nelle assicurazioni private*, in *Studi di diritto civile*, Napoli, 1986, p. 286. Al riguardo, la clausola "a prima richiesta" individuerrebbe il contenuto di un contratto atipico e non porrebbe un limite alla facoltà di opporre eccezioni. Non vi sarebbe, allora, abuso di posizione dominante nella determinazione del contenuto negoziale, ma, eventualmente, nella scelta del tipo. Così F. PADOVINI, *Contratto autonomo di garanzia e contratti standard*, in *Contr. imp.*, 1991, p. 125. Evidentemente, per questa dottrina la rinuncia alle eccezioni sarebbe un effetto dell'astrazione e non un mezzo per raggiungerla. Tuttavia, si deve considerare che, nell'ordinamento italiano, non esisteva un negozio astratto e, dunque, esso è stato strutturato come deroga convenzionale all'art. 1945 cod. civ.. Sicché crediamo che l'abuso di posizione dominante possa comunque configurarsi. Forse potrebbe rinvenirsi un precedente in Trib. Trieste, 21 settembre 2006, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3513.

⁶⁵¹ Dopo essersi dedicati per lunghe pagine all'analisi del *solve et repete*, non si può negare di provare un certo senso di *deja vu*. Ci si avvede immediatamente, infatti, che nel nostro ordinamento il contratto autonomo di garanzia ha destato gli stessi interrogativi della dottrina e ha trovato la medesima giustificazione pratica della giurisprudenza del principio ora codificato nell'art. 1462 cod. civ..

giuridico, costituirebbe la giustificazione causale del negozio⁶⁵².

Sarebbe proprio l'aspetto causale a costituire il limite dell'autonomia del contratto, poiché esso resterebbe «[...] funzionalmente collegato al rapporto di base, che ne costituisce il referente necessario perché in questo trova fondamento e misura l'interesse economico alla cui tutela è ordinata la garanzia [...]»⁶⁵³.

Allora, poiché la definizione del rapporto principale è destinata a riflettersi sul rapporto autonomo di garanzia, con il meccanismo delle rivalse, si dovrebbe reputare che l'astrattezza sia solo relativa⁶⁵⁴.

Il meccanismo si risolverebbe «[...] in una inversione dell'onere della prova [...]», perché il garante dovrebbe pagare

⁶⁵² Il rapporto, infatti, «[...] è diretto non tanto a garantire il puntuale adempimento dell'obbligazione sottostante, quanto a riversare il rischio della mancata e non corretta esecuzione della stessa sulla banca garante; e conseguentemente non si tratta neppure di un negozio astratto, posto che la sua causa consiste appunto nella copertura del rischio connesso all'oggettivo inadempimento del rapporto di base, il quale evento giustifica l'attribuzione patrimoniale al beneficiario [...]». Così Cass. 6 ottobre 1989, n. 4006, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1990, II, 1, p. 9 s., con nota di G. PORTALE.

Parte della dottrina ricostruisce diversamente il presupposto causale. Per F. BENATTI, *op. loc. cit.*, si tratterebbe di una «[...] causa suffissante [...]» ossia di un presupposto causale che «[...] valutata oggettivamente la serietà della promessa, consente di attribuire il predicato della giuridicità, quante volte manca un interesse diretto al promittente alla conclusione del contratto [...]». Concordi nella ricostruzione anche G. PORTALE, *op. loc. cit.*, e F. BONELLI, *op. loc. cit.*.

⁶⁵³ Cass. 6 ottobre 1989, n. 4006, *cit.*, p. 10.

⁶⁵⁴ Per la meritevolezza sociale degli interessi perseguiti dalle parti, nonché per la presenza di una giusta causa si è pronunciata la prevalente dottrina. Tra gli altri, F. MASTROPAOLO, *op. cit.*, ed. 1995, p. 196 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 1, p. 52 ss.; G. PORTALE, *op. loc. cit.*. Progressivamente la dottrina ha acquisito sicurezza e, in talune prospettazioni, il negozio atipico è descritto come completamente svincolato e indipendente dal rapporto principale.

immediatamente al creditore garantito salvo, nel caso di pagamento ingiusto, rivalersi sul debitore principale⁶⁵⁵.

La validità del contratto autonomo di garanzia pare risultato ormai acquisito, viste le numerose pronunce in tal senso⁶⁵⁶, e dato per scontato dalla dottrina assolutamente prevalente.

Sul piano applicativo, la costruzione comporterebbe la nullità del negozio per difetto di causa, ove *ab origine* non fosse configurabile il rischio di inadempimento, ad esempio per nullità dell'obbligazione principale.

Altrettanto accadrebbe ove, con riguardo alla fase esecutiva del rapporto, la prestazione principale fosse stata effettivamente adempiuta.

Infatti, ciò eliderebbe il rischio garantito⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ Infatti, prosegue il ragionamento della Cassazione, il pagamento potrebbe rivelarsi ingiusto per essere già stata adempiuta l'obbligazione principale. In questo caso, l'ordinamento non potrebbe consentire che il beneficiario della garanzia conseguisse per due volte la prestazione. Di recente, Cass. 19 giugno 2001, n. 8324, *cit.*, secondo la quale «[...] una volta intervenuta la solutio [...] costui - non essendo autorizzato a far valere in via riconvenzionale ciò che gli è inibito in via di eccezione - non è legittimato a promuovere azione di rivalsa nei confronti del creditore deducendo la sopravvenuta estinzione del rapporto principale [...] spettandogli unicamente l'ordinaria azione di regresso ex art. 1950 c.c. contro il debitore principale [...]». Sull'azione di regresso, cfr. anche M. MASSIRONI, *Note in tema di fideiussione e clausola di pagamento "a semplice richiesta"*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1005, e più oltre nel testo. Sul *solve* come mera inversione dell'onere della prova, v. G. MEO, *Fideiussioni e polizze fideiussorie: la clausola a prima richiesta*, in *Contr. imp.*, 1998, p. 926 ss..

⁶⁵⁶ Per limitarsi alle sentenze di legittimità più recenti e significative, cfr. Cass. 25 febbraio 1992, n. 1933, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1757; Cass., Sez. Un., 15 gennaio 1993, n. 500, in *Foro it.*, 1993, I, c. 760; Cass. 18 novembre 1992, n. 12341, *cit.*; Cass. 6 ottobre 1989, n. 4006, *cit.*.

⁶⁵⁷ Non è del tutto chiaro, peraltro, se l'effetto caducante sia prodotto dal solo adempimento dell'obbligazione garantita o anche dagli altri eventi estintivi. Sul punto un fugace accenno, non sufficiente per trarre conclusioni, in Cass. 3 febbraio 1999, n. 917, *cit.*.

Quanto alla cd. controgaranzia autonoma, ossia il negozio con il quale, a sua volta, il garante del negozio autonomo intenda garantirsi dal rischio di dover pagare al

D'altra parte, il garante resterebbe obbligato al pagamento a favore del beneficiario, senza poter far valere eccezioni attinenti alla validità ed efficacia e, in genere, alle vicende del rapporto di base⁶⁵⁸.

Sarebbe proponibile, invece, l'*exceptio doli*⁶⁵⁹.

beneficiario, a seguito dell'inadempimento del garantito, essa pure sarebbe valida. Cfr. Cass. 18 novembre 1992, n. 12341, *cit.*, p. 1535. Il meccanismo è stato illustrato con particolare chiarezza da R. DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998, p. 23 ss.: vi sono casi di garanzia atipica triangolare e quadrangolare. Nel primo caso, esiste un rapporto di valuta tra debitore principale e creditore; un rapporto tra debitore e garante, che solitamente consiste in un mandato irrevocabile cui è apposta la clausola; un ultimo negozio, con il quale il garante si obbliga a erogare la prestazione di garanzia al beneficiario "a prima richiesta" e senza alcun onere probatorio, in caso di inadempimento del debitore.

Il carattere internazionale dell'operazione economica fa sì che, sovente, il garante-ente creditizio o assicurativo – della medesima nazionalità del beneficiario – si contro-garantisca "a prima richiesta" presso un altro ente-garante del Paese del debitore, per la copertura del rischio di escussione della prima garanzia.

L'operazione economica, dunque, se pure si articola in rapporti formalmente indipendenti, consisterebbe in una struttura di negozi collegati, in ragione dell'interesse comune alla garanzia (cfr. anche N. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 274, e G. CHINÉ, *op. loc. cit.*).

Per la verità, non sembra che dal collegamento funzionale di tali negozi la dottrina abbia tratto le dovute conseguenze sul piano causale: in primo luogo, l'astrazione dell'ultimo negozio della catena, ossia il contratto atipico, sembra apparente e non reale. Si tratterebbe di una semplice mancata menzione della causa di garanzia del negozio che, sebbene esterno, orienta l'intera operazione, ossia il rapporto creditore-debitore.

Inoltre, l'interprete, alla ricerca del significato delle espressioni contenute nel documento negoziale di garanzia, dovrebbe avere riguardo al comportamento complessivo delle parti nell'operazione e non limitarsi al «[...] *testo della garanzia* [...]», come invece è stato proposto da G. BONELLI, *op. cit.*, p. 209, e M. MASSIRONI, *op. cit.*, p. 1006.

⁶⁵⁸ In questi termini Cass. 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro it.*, I, c. 1624. In dottrina, tra gli altri, F. BENATTI, *op. cit.*, p. 172, ha affermato che proprio in questa circostanza si apprezzerebbe la distanza del contratto autonomo dalle fattispecie tipiche di garanzia. Il negozio atipico, peraltro, consentirebbe in tal modo di porre al riparo da eccezioni il contraente estero che non «[...] è in grado di conoscere preventivamente che un certo negozio è nullo perché in contrasto con una norma imperativa o con un principio di ordine pubblico dello stato di appartenenza del suo partner [...]». Così G. PORTALE, *op. cit.*, p. 1053.

⁶⁵⁹ Tra le tante, cfr. Cass. 19 giugno 2001, n. 8324, *cit.*. Di recente è stato, altresì, affermato che «[...] il garante ha l'obbligo di proporre l'*exceptio doli* – nell'ambito del dovere di protezione del garantito da possibili abusi del beneficiario e pena la perdita del diritto di rivalsa – solo in presenza di una pretestuosa escussione di una garanzia bancaria «a prima richiesta» [...] l'eccezione è legittima solo in quanto sussistano prove sicure della malafede del beneficiario [...]». Così Cass. 1 ottobre 1999, n. 10864, in *Mass. giur. it.*, 1999.

6.2 Fideiussione e *solve et repete*

Ci si è domandati se la clausola *solve et repete* possa essere apposta a una fideiussione⁶⁶⁰.

Al riguardo, l'orientamento della giurisprudenza è stato, fino a pochissimi anni or sono, schematico e largamente condiviso.

Il *solve* non sarebbe incompatibile con la fideiussione e la sua apposizione comporterebbe che, in sede di ripetizione, il fideiussore potrebbe far valere ogni eccezione attinente al rapporto di base, tranne quella fondata sull'incapacità⁶⁶¹.

L'art. 1945 cod. civ.⁶⁶², infatti, non tutelerebbe un interesse di ordine pubblico, bensì di natura privata.

Con la conseguenza che esso potrebbe essere validamente derogato dalle parti, nell'esplicazione di un potere di autonomia negoziale, senza comportare un'alterazione della struttura negoziale fideiussoria⁶⁶³.

⁶⁶⁰ Si veda, al riguardo, la sintesi dei problemi e delle prospettazioni giurisprudenziali e dottrinali di E. LECCESE, *op. cit.*, p. 44 ss.. Per la verità, il problema della apposizione del *solve* alla fideiussione era già stato sollevato da F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 87: «[...] la nostra clausola può essere stipulata anche in occasione di contratti unilaterali; io stesso l'ho vista consentita, per esempio, da un fideiussore [...]». L'Autore sembra concludere per la validità del *solve* e, peraltro, prefigura la possibilità di ottenere il *medesimo* risultato pratico, «[...] mediante il deposito di una somma pari all'importo del debito, che il creditore abbia diritto di tenersi se per il debito non sarà pagato [...]».

⁶⁶¹ Cass. 29 marzo 1996, n. 2029, *cit.*, c. 1624.

⁶⁶² A mente del quale «[...] Il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità [...]».

⁶⁶³ Così Cass. 17 luglio 2002, n. 10400, in *Mass. giur. it.*, 2002. In questa occasione, il principio era stato riaffermato in relazione a una disposizione di volontà contrattuale, interpretata come rinuncia implicita a eccepire l'invalidità dell'obbligazione principale.

Allora, il patto non osterebbe al mantenimento del rapporto di accessorietà con il contratto principale.

La fideiussione «*a prima richiesta*», pertanto, non andrebbe confusa con il negozio autonomo di garanzia, nel quale il garante non avrebbe possibilità di far leva sul contratto principale⁶⁶⁴.

Questa impostazione non appare soddisfacente, per i motivi che saranno subito illustrati.

Intanto, la posizione riferita non sembra particolarmente coerente, in tema di eccezioni proponibili dal garante malgrado il *solve*.

Infatti, sebbene sia richiamato esplicitamente l'art. 1462 cod. civ., la Corte ha reputato che il fideiussore possa eccepire la sola nullità del rapporto principale, essendo rinunciabili – e rinunciate - le altre ragioni di invalidità⁶⁶⁵.

Larga parte della dottrina specialistica, su questo tema, ha reputato che la clausola «*a prima richiesta*», apposta alla

⁶⁶⁴ «[...] il contratto [di fideiussione: N.d.R.] non assume i connotati del contratto autonomo di garanzia per il solo fatto di presentare un patto che obblighi il garante a pagare, sulla richiesta del beneficiario, il quale gli dichiara essersi verificati i presupposti per l'esigibilità della garanzia, e senza poter opporre eccezioni attinenti al rapporto di base: la distinzione fra fideiussione e contratto autonomo di garanzia andrebbe tratta infatti anche dalla considerazione dei profili funzionali della garanzia, e nel secondo caso la funzione sarebbe non già quella di garantire l'obbligazione altrui o l'integrale soddisfacimento della pretesa risarcitoria traente origine dall'inadempimento del debitore, quanto la funzione, prossima a quella della cauzione, di assicurare al beneficiario la disponibilità almeno di una determinata somma di denaro, a bilanciamento di rischi tipici di determinati contratti [...]». V. Cass. 29 marzo 1996, n. 2029, *cit.*, c. 1625. Conforme Cass. 19 giugno 2001, n. 8324, *cit.*. La dottrina, salvo rare eccezioni per le quali vedi oltre, è sostanzialmente appiattita su queste posizioni. V. G. CHINÉ, *op. cit.*, p. 554; G. PORTALE, *op. ult. cit.*, p. 1054.

⁶⁶⁵ Ancora Cass. 29 marzo 1996, n. 2909, *cit.*. In motivazione è richiamata Cass. 3 marzo 1966, n. 2310, in *Rep. foro it.*, 1966, voce *Fideiussione*, n. 17.

fideiussione, abbia un'affinità solo apparente e non costituisca *solve et repete*⁶⁶⁶.

Eppure, sono stati illustrati i motivi per i quali è assai probabile che il *solve* possa trovare applicazione anche ai negozi bilaterali imperfetti⁶⁶⁷.

Inoltre, se la giurisprudenza identifica la clausola «*a prima richiesta*» con il *solve et repete*, da tale identità dovrebbe trarre tutte le necessarie conseguenze⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ Per tutti, D. POLETTI, *op. cit.*, p. 2 s.. Il patto, secondo questa opinione, sarebbe apponibile ai soli negozi sinallagmatici.

⁶⁶⁷ Vedi il capitolo V.

⁶⁶⁸ Questione collaterale, ma che si inserisce nel panorama dei rapporti tra *solve* e fideiussione, è quella relativa all'interpretazione e all'applicabilità della clausola, in relazione all'art. 1957 cod. civ..

È noto che tale norma stabilisca gli oneri che il creditore deve adempiere, affinché il fideiussore resti obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale.

Così, se non è fissato alcun termine di validità ed efficacia dell'obbligo fideiussorio, il creditore principale deve proporre e coltivare con diligenza le proprie istanze contro il debitore, entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione garantita.

Se, invece, la durata della fideiussione è limitata allo stesso termine di durata dell'obbligazione garantita, il termine concesso al creditore per proporre le sue istanze si riduce a due mesi. Per costante e tradizionale interpretazione, la *ratio* della norma andrebbe rinvenuta nella necessità di imporre al creditore un breve termine per reagire all'inadempimento del debitore principale, per non mantenere il fideiussore a lungo nell'incertezza, in relazione al proprio obbligo di garanzia. Si deve, infatti, considerare che il creditore, in assenza di una apposita norma, forte com'è della garanzia prestata dal fideiussore, potrebbe trascurare di esercitare il proprio diritto di credito nei confronti del debitore principale. Il debitore, tuttavia, potrebbe essere parte di un contratto a prestazioni corrispettive, rivestire pure il ruolo di creditore ed essere assistito da una clausola di *solve et repete*. Si pone, allora, il problema di comprendere quale sia la condotta che la parte onerata del rapporto principale dovrebbe adottare, per non decadere dalla garanzia fideiussoria. Infatti, le sue eccezioni, attinenti al rapporto principale, nel caso del *solve* sono talune rinunciate (*exceptio non rite adimpleti contractus*), altre sospensivamente condizionate all'adempimento.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di considerare che il creditore garantito, assistito dal *solve*, non abbia l'onere di coltivare eccezioni che gli siano precluse, perché rese inattuali dal mancato pagamento. Del resto, avvenuto il pagamento, e dunque cessata la sospensione delle eccezioni, la garanzia ha ormai svolto il suo scopo e l'art. 1957 cod. civ. non sembra più operativo.

Oppure, potrebbe immaginarsi che, per coltivare le proprie difese, e dunque per non decadere dalla garanzia, il creditore debba adempiere al debitore principale, eseguendo la prestazione corrispettiva.

Ora, l'art. 1945 cod. civ. è norma speciale rispetto all'art. 1462 cod. civ.

Conseguentemente, dal combinato disposto delle due norme e, per prevalenza delle ipotesi escluse dall'art. 1945 cod. civ., il garante onerato dal *solvo* dovrebbe poter sempre proporre le eccezioni persistentemente proponibili dal debitore principale, tranne quelle fondate sulla sua incapacità.

Ossia, in primo luogo, le eccezioni o le azioni attinenti alla nullità, all'annullabilità derivante da errore, violenza e dolo, nonché alla rescissione sia del contratto di fideiussione, sia del rapporto principale.

Dovrebbero essere sempre proponibili, inoltre, le eccezioni attinenti a fatti estintivi dell'obbligazione garantita, come pure, ovviamente, del rapporto fideiussorio⁶⁶⁹.

Infine, si dovrebbe reputare che, nel caso ricorrano gravi motivi, il Giudice potrebbe sospendere l'eventuale condanna del fideiussore «*a prima richiesta*»⁶⁷⁰.

Questa soluzione sembrerebbe confermata alla *ratio* dell'art. 1957 cod. civ. e dalla considerazione dei doveri di buona fede nell'esecuzione del rapporto. Peraltro, si deve tenere conto che, sebbene vi sia in dottrina qualche isolata voce dissenziente, la giurisprudenza prevalente reputa che la disciplina dell'art. 1957 cod. civ. sia derogabile (v. C. MONTAGNANI, *Fideiussione in funzione di cauzione e deroghe convenzionali all'art. 1957 c.c.*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1984, I, p. 72 ss.). Ci si dovrebbe chiedere, allora, se la previsione di un *solvo et repete* nel contratto principale, comporti eventualmente implicita deroga alla disciplina generale di cui all'art. 1957 cod. civ.. Sulle questioni della norma si rinvia alle trattazioni di F. NAPPI, *Fideiussione temporalmente delimitata (Zeitburghschaft) ed art. 1957 c.c.*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1995, II, p. 564 ss.; M. FRAGALI, *Ancora sul comportamento omissivo del creditore verso il debitore garantito*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1971, I, p. 165 ss.; M. CUCCOVILLO, *Pagamento « a prima richiesta » e decadenza del creditore tra autonomia e accessorietà della garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 379.

⁶⁶⁹ Al riguardo si veda il capitolo II.

Infatti, delle due l'una.

O la clausola «*a prima richiesta*» è un *solve et repete* e, allora, si dovrebbe rivisitare completamente l'indirizzo univocamente sostenuto da mezzo secolo dalla giurisprudenza di merito in ordine alle eccezioni comunque proponibili dal fideiussore⁶⁷¹.

Oppure quella clausola rappresenta l'intenzione delle parti di astrarre completamente dal rapporto principale, tranne che per le ipotesi di nullità e dolo, e allora si ricadrebbe

⁶⁷⁰ Ci pare che i motivi che legittimerebbero a sospendere la condanna consistano sia in quelli attinenti alla escussione della garanzia contraria a buona fede, sia nell'esecuzione del rapporto garantito contraria alla correttezza. In entrambi i casi, si dovrebbe avere riguardo alla buona fede in senso oggettivo e risulterebbe assai allargato il campo di indagine del Giudice, ora circoscritto alla sola *exceptio doli*, con ogni conseguenza che ne deriva, anche in ordine all'arduo raggiungimento della prova certa del dolo.

⁶⁷¹ Eppure, le enunciazioni della giurisprudenza di merito, abbondantemente confluita nelle pronunce di merito, non sembrano lasciare dubbi. La clausola «*a prima richiesta*» comporterebbe un «[...] effetto di astrazione, per così dire, processuale, che è proprio di una clausola *solve et repete*. Questa non è incompatibile con le caratteristiche di accessorietà proprie del negozio fideiussorio [...]». Così Cass. 1 luglio 1995, n. 7345, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 626. Per mantenersi alle ultime sentenze emesse dal Supremo Collegio, si vedano Cass. 21 febbraio 2008, n. 4446, *cit.*; Cass. 28 febbraio 2007, n. 4661, *cit.*; Cass. 27 giugno 2007, n. 14853, *cit.*; Cass. 14 febbraio 2007, n. 3257, 2007, *cit.*; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27333, *cit.*; Cass. 25 febbraio 2002, n. 2742, *cit.*. Oltre a G. PORTALE, *op. loc. cit.*, e a G. CHINÉ, *op. loc. ult. cit.*, si è espresso nel senso di reputare la clausola un *solve et repete* anche F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, per la prima volta nell'ed. 1994, p. 1248. Per M. MELANDRI, *Del contratto di fideiussione con clausola "solve et repete"*, in *Foro pad.*, 1996, 1, p. 292, «[...] La clausola "solve et repete" [...] non pregiudica il rapporto di accessorietà e deve pertanto ammettersi [...]». Peraltro, la fideiussione con clausola *solve et repete* costituirebbe il massimo grado di elasticità consentito. Se tale nesso di accessorietà si recidesse, ci si troverebbe di fronte a una fideiussione nulla e non ha un negozio atipico. Presa una decisione di fondo, tuttavia, sarà necessario concludere che in tutte le ipotesi di negozio con prestazioni a carico del solo proponente, «[...] la clausola non sarà operante per quelle stesse eccezioni che sono indifferibili nei contratti sinallagmatici [...]». Così C. LUCCHI, *op. cit.* p. 593.

nelle ipotesi di contratto autonomo di garanzia e polizza fideiussoria⁶⁷².

Il panorama di serena continuità, circa l'apponibilità di un *solve et repete* alla fideiussione, ha trovato recentemente una evidente frattura, rappresentata dal conflitto tra Sezioni della Corte di Cassazione.

Una prima posizione, potenzialmente innovatrice, è scaturita dalla considerazione sulla derogabilità delle norme contenenti la disciplina legale tipica della fideiussione.

Questo indirizzo è riferito, in particolare, alla cd. polizza fideiussoria⁶⁷³, nei termini che seguono.

«[...] *La clausola con cui le parti abbiano previsto la possibilità per il creditore garantito di esigere dal garante il pagamento immediato del credito "a semplice richiesta" o "senza eccezioni", in quanto preclude al garante l'opponibilità al beneficiario delle eccezioni altrimenti spettanti al debitore principale ai sensi dell'articolo 1945 cod. civ.. Una clausola siffatta risulta invero incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza la fideiussione e vale, per converso, a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia [...]*»⁶⁷⁴.

⁶⁷² Salvo chiedersi se un negozio non consentito dalla legge, come una fideiussione svincolata dal rapporto principale, sia poi da considerarsi un valido prodotto dell'autonomia negoziale.

⁶⁷³ Sulla cui natura ci si intratterà brevemente nel prossimo paragrafo.

⁶⁷⁴ Così Cass., Sez. III, 14 febbraio 2007, n. 3257, in *Mass. giur. it.*, 2007. Nella specie, in sede di Appello, la Corte torinese aveva rigettato l'opposizione della compagnia di assicurazioni al decreto ingiuntivo di pagamento, in favore del comune appaltante, della polizza fideiussoria rilasciata per garantirlo degli obblighi

Al di là del contributo fornito dalla Corte alla qualificazione in termini di sottoclasse di contratto autonomo di garanzia della polizza fideiussoria, l'aspetto saliente della pronuncia ci pare consista nell'aver reputato che la clausola «*a prima richiesta*» determini o rappresenti un'elisione della connessione tra rapporto garantito e rapporto di garanzia

Nel corso del 2008, invece, la Sezione II della Cassazione ha affermato che: «[...] *In tema di fideiussione, la cosiddetta clausola "solve et repete" inserita nel contratto con formule del tipo "senza riserva alcuna" ovvero "dietro semplice richiesta", ove prevedente l'esclusione per il garante di poter opporre al creditore principale eccezioni che attengono alla validità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale, è pienamente valida e non è priva di efficacia ai sensi dell'art. 1462 cod. civ. in quanto costituisce manifestazione di autonomia contrattuale, non altera i connotati tipici della fideiussione e non comprende il divieto di sollevare eccezioni attinenti alla validità dello stesso contratto di garanzia [...]*»⁶⁷⁵.

della società appaltatrice. La Cassazione ha confermato la sentenza della giudice di seconde cure, a mente della quale la clausola che prevedeva il pagamento delle somme garantite a semplice richiesta dell'ente sarebbe stata incompatibile con il riconoscimento alla compagnia di assicurazioni della facoltà di opporre all'ente medesimo le eccezioni relative al rapporto principale, spettanti al debitore di quello, neppure se differite - secondo il meccanismo del *solve et repete* - ad un momento successivo. La stessa Sez. III ha confermato il proprio convincimento anche in altra occasione. V. al riguardo, Cass., 27 giugno 2007, n. 14853, in *Contratti*, 2007, 10, p. 899: «[...] *L'inserimento in un contratto di assicurazione fideiussoria di una clausola "a semplice richiesta" o "senza eccezioni" vale di per sé a trasformare tale negozio in un contratto autonomo di garanzia [...]*».

⁶⁷⁵ Cass. civ., Sez. II, 21 febbraio 2008, n. 4446, in *Contratti*, 2007, 7, p. 669. Conforme, della stessa Sezione II, Cass. 28 febbraio 2007, n. 4661, in *Mass. giur. it.*, 2007.

Il conflitto è evidente e non altrimenti ricomponibile, se non con una scelta di indirizzo da parte delle Sezioni Unite.

Sul tema, allora, si deve rimanere in attesa di successivi sviluppi.

Nel frattempo, si devono richiamare le ragioni per le quali entrambe le posizioni non appaiono integralmente condivisibili.

Sembra, infatti, che il *solve* sia apponibile a un contratto di fideiussione e che, di per sé, non determini un'astrazione dal rapporto principale⁶⁷⁶.

Tuttavia, l'indirizzo tradizionale non pare individuare correttamente le eccezioni proponibili dal garante.

Quest'ultimo, ci pare, dovrebbe avere facoltà di porre, sia in via di azione che di eccezione, tutte le questioni attinenti a nullità, annullabilità e rescissione del contratto, esclusa solo l'annullabilità per incapacità.

Dovrebbero restare, altresì, proponibili le eccezioni di estinzione dell'obbligazione e, particolarmente, di impossibilità sopravvenuta.

⁶⁷⁶ Sul punto, pare convincente Cass. 28 febbraio 2007, n. 4661, *cit.*: «[...] Per distinguere le suddette figure contrattuali non si profila decisivo l'impiego o meno di espressioni quali "a prima richiesta" o "a semplice richiesta scritta", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia: le differenze, infatti, devono essere ricercate sul piano dell'autonomia e non su quello della causa, potendo la clausola di pagamento riferirsi sia ad una garanzia con caratteristiche di accessorietà, assumendo così valenza meramente processuale (risolvendosi in una clausola di "solve et repete", ai sensi dell'art. 1462 cod. civ.), sia ad una garanzia svincolata dal rapporto principale garantito, configurando un contratto autonomo di garanzia [...]». Sulla necessità di una interpretazione "caso per caso", volta a ricostruire se la volontà delle parti sia nel senso dell'astrazione del negozio autonomo o nell'apposizione di un *solve et repete* alla fideiussione, v. P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 244.

Inoltre, il Giudice dovrebbe poter sospendere la condanna del fideiussore al pagamento, ove ricorressero gravi motivi.

Questi potrebbero consistere non solo nel dolo, ma anche nella violazione del dovere di buona fede in senso oggettivo.

Peraltro, malgrado la monolitica certezza circa la validità del contratto autonomo di garanzia, ostentata dagli interpreti⁶⁷⁷, «[...] *neutralità, impegno e onestà di chi studia* [...]»⁶⁷⁸ ci spingono ad alcune ulteriori considerazioni circa questa fattispecie, in rapporto al *solve et repete*.

Esse saranno illustrate nei prossimi paragrafi.

⁶⁷⁷ Sono rare, al riguardo, le voci dissenzienti, tra le quali G. BISCONTINI, *op. cit.*, p. 201, per il quale il negozio autonomo di garanzia sarebbe privo di giustificazione causale. A quanto pare l'Autore ha assunto la causa in un'accezione obiettiva "debole", quale giusta funzione del negozio; A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, p. 86, per il quale o l'obbligazione del garante è svincolata dal negozio principale, e allora sarebbe nulla per difetto di causa, ovvero è comunque collegata con essa, trovando nel rapporto garantito il proprio fondamento oggettivo - aggiungerei, ugualmente a una fideiussione «*a prima richiesta*» -, con ogni conseguenza anche in merito alle eccezioni proponibili. Infine, per L. RUGGERI, *Interesse del garante e struttura negoziale: contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, Napoli, 1995, p. 62, il negozio autonomo sarebbe nullo perché, svincolato dal rapporto principale, ne viene meno l'effetto qualificante della garanzia del credito. La funzione concretamente realizzata, dunque, non sarebbe più meritevole di tutela. Per tutti gli Autori citati, il negozio autonomo di garanzia si risolverebbe in un non consentito trasferimento del rischio del credito.

⁶⁷⁸ Secondo l'insegnamento di P. VITUCCI, *op. cit.*, c. 783 s..

6.3 Polizza fideiussoria

Con la polizza fideiussoria si usa prevedere che una parte, in genere una società assicurativa o un istituto di credito⁶⁷⁹, si impegni a tenere indenne il creditore dall'inadempimento della prestazione che gli è dovuta dal debitore, il quale accende la polizza in suo favore⁶⁸⁰.

È assai complesso ripercorre tutte le opinioni in merito alla qualificazione di tale contratto⁶⁸¹. La difficoltà è, peraltro, accresciuta dalla ricorrenza, nella prassi commerciale, di diversi tipi di polizze fideiussorie.

Ad ogni modo, a grandi linee è dato distinguere in dottrina tre diversi orientamenti, variamente sostenuti dalla giurisprudenza.

Secondo una prima opinione, il contratto in discorso andrebbe ricondotto alla fattispecie tipica del contratto di assicurazione.

La polizza fideiussoria, in questo senso, avrebbe la funzione di copertura assicurativa del rischio di inadempimento, costituito dal cd. "sinistro di tesoreria". Essa

⁶⁷⁹ Si tende, anzi, a escludere che il garante possa essere un soggetto diverso da un istituto di credito o di assicurazione. Questo indirizzo è sostenuto da quanti identificano il negozio con un rapporto assicurativo. V. oltre nel testo e in nota.

⁶⁸⁰ Secondo una descrizione largamente condivisa e riproposta, tra le ultime, da Cass. 9 novembre 2006, n. 23900, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 11.

⁶⁸¹ Le varie ipotesi sono ricostruite in G. BOZZI, *La fideiussione*, Milano, 1995, p. 592 ss., e in M. LIPARI, *La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria*, in *Giust. civ.*, p. 1986, II, p. 133 ss..

si connoterebbe, quindi, per l'alea propria dei contratti assicurativi⁶⁸².

A una simile impostazione si contrappongono quanti negano la sussumibilità allo schema tipico della garanzia, in assenza dei requisiti indicati dall'art. 1882 cod. civ..

Infatti, non vi sarebbe traslazione del rischio dal soggetto assicurato al soggetto assicuratore, perché per il primo l'inadempimento non assurgerebbe a "fatto", inteso quale evento accidentale, bensì ad atto proprio.

La polizza fideiussoria non avrebbe, poi, la funzione di indennizzo tipica dell'assicurazione, ma si connoterebbe per una causa soddisfattoria o di garanzia, propria della fideiussione.

Conseguentemente, si tratterebbe di un sottotipo innominato di fideiussione⁶⁸³.

Secondo una prospettiva ancora diversa, la presenza, nella polizza fideiussoria, di clausole di pagamento a prima richiesta e con rinuncia alla proponibilità di eccezioni dilatorie renderebbe inquadrabile il negozio nell'ambito del contratto

⁶⁸² Così G. STOLFI, *Natura giuridica dell'assicurazione cauzione*, in *Assicurazioni*, 1958, I, p. 61 ss.; B. SALEMI, *L'assicurazione del credito: polizze fideiussorie, cauzioni*, Milano, 1959, p. 23 ss.. In giurisprudenza Cass. 26 maggio 1981, n. 3457, in *Mass. giur. it.*, 1981.

⁶⁸³ In questo senso M. FRAGALI, *Fideiussione e assicurazione*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1955, I, p. 136; A. DONATI, *Natura giuridica delle c.d. polizze fideiussorie*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1957, II, p. 78 ss.; A. GAMBINO, *Fideiussione, fideiussio indemnitis e polizza fideiussoria*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, p. 57 ss.; A. RAVAZZONI, *Le c.d. cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G. Portale, Milano, 1978, p. 1023ss.; recentemente, C. RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997, p. 34 ss.. In giurisprudenza, fra le altre, Cass. 17 maggio 1988, n. 3445, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1989, II, p. 429.

autonomo di garanzia, attesa la mancanza di accessorietà dell'obbligazione del garante⁶⁸⁴.

In questa prospettiva, che sembra prevalere, alla polizza fideiussoria sarebbe indifferente il *solve* del negozio principale.

Infatti, secondo dottrina e giurisprudenza dominanti e pressoché unanimi, l'assicuratore non potrebbe comunque impiegare nessuna eccezione fondata sul rapporto garantito, se non quelle afferenti a nullità e intervenuto pagamento, salva in ogni caso l'*exceptio doli*⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ Si vedano S. MONTICELLI, *op. loc. cit.*; G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 162 ss.; T. CAVALIERE, *Le polizze fideiussorie tra assicurazione e garanzia*, in *Giur. it.*, 1991, IV, p. 255 ss.. In giurisprudenza Cass. 20 agosto 1998, n. 8248, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Contratto in genere*, n. 277; Cass. 3 febbraio 1999, n. 917, in *Arch. civ.*, 1999, p. 856 ss. Per una ricapitolazione generale delle posizioni di dottrina e giurisprudenza v. M. VITTI, *Polizza fideiussoria: natura giuridica e sua assimilabilità al contratto autonomo di garanzia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 735 ss..

⁶⁸⁵ Sulla questione dell'*exceptio doli*, oltre a rinviare a quanto detto nel capitolo III, si vedano L. GAROFALO, *Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 651 e P. LAMBRINI, *Contratto autonomo di garanzia ed exceptio doli generalis*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 443. Sulla circostanza che la Cassazione si sia rifugiata nell'*exceptio doli*, piuttosto che ricostruire un rimedio per la violazione della buona fede in senso oggettivo, l'Autrice ha notato che «[...] quando vengono introdotti nel nostro ordinamento, dominato dalla causalità, negozi, più o meno, astratti, è inevitabile ricorrere a strumenti di difesa nati e sviluppati in sistemi che conoscevano meglio il fenomeno dell'astrattezza negoziale e sapevano come reprimere gli abusi a essa eventualmente connessi [...]», come l'*exceptio* di origine romana, prevista per l'antica *stipulatio*, ossia per la fonte più pura di un'obbligazione astratta.

Il tema si era posto anche con riferimento al *solve et repete*, quando esso non aveva ancora ricevuto espresso accoglimento nel sistema. I Giudici, che lo reputavano valido frutto dell'autonomia negoziale, erano soliti riconoscere comunque l'*exceptio doli*, ma non la estendevano ai casi di lesione della buona fede oggettiva. Cfr. A. SENIN, *op. cit.*, p. 44.

6.4. **Negozi autonomo di garanzia e *solve et repete***

Si è visto come, per dottrina e giurisprudenza, il contratto autonomo di garanzia sia un negozio atipico dotato di una propria causa, funzionalmente collegato al negozio di base, espressione di interessi qualificati in termini di meritevolezza⁶⁸⁶.

L'affermazione che il negozio atipico sia *autonomo* rispetto all'obbligazione, che ne costituirebbe, per così dire, l'*occasione*, è un'elissi per descrivere una deroga convenzionale alla disciplina dettata dagli artt. 1939 e 1945 cod. civ. per la fideiussione.

A mente della prima disposizione citata, «[...] *la fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale, salvo che sia prestata per un'obbligazione assunta da un incapace* [...]».

In virtù della seconda disposizione, d'altra parte, «[...] *il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che*

⁶⁸⁶ Il giudizio di meritevolezza, al riguardo, dovrebbe tendere a «[...] *salvaguardare i principi fondamentali dell'ordinamento, quanto piuttosto a verificare la idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamento degli interessi* [...]».

Questo giudizio sarebbe diverso rispetto a quello di liceità. Così F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 52 ss. (contra G. B. FERRI, *Meritevolezza degli interessi e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss.). Sul punto, come si vedrà, il giudizio di meritevolezza non pare finora condotto con serenità ed equilibrio, ma basandosi esclusivamente sulla diffusione sociale del negozio. Quanto al giudizio di liceità, ad oggi il negozio autonomo ne è stato pressoché esentato, tramite veri e propri *escamotage* interpretativi.

spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità [...]».

Ebbene, come si vedrà subito, i tentativi di connotare causalmente il contratto autonomo di garanzia in modo diverso dalla fideiussione appaiono insoddisfacenti.

Non si nega che il negozio autonomo non sia astratto, ossia non privo di causa, se di essa si intenda dare una qualificazione in termini subiettivi deboli.

Il negozio atipico, tuttavia, ha la fragilità di consistere in una ipotesi di fideiussione in cui, attraverso il meccanismo della *prima richiesta*, le parti tentano di derogare alle norme testé citate⁶⁸⁷.

Si deve comprendere, allora, se e in che misura quella disciplina sia validamente derogabile dalle parti.

La giurisprudenza, in parte correttamente, in parte con eccezionale superficialità⁶⁸⁸ e ristrettezza sistematica, ha

⁶⁸⁷ Al riguardo, qualcuno ha parlato di operazioni di «[...] *ingegneria negoziale* [...]», consistenti nell'abbattimento o attenuazione dei meccanismi giuridici previsti dagli artt. 1939 e 1945 cod. civ.. Così N. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 274 s..

⁶⁸⁸ Da ultimo Cass. 17 luglio 2002, n. 10400, *cit.*. Peraltro, forse per un errore di massimazione o per superficialità della Corte nell'affermare il principio, si è tratta una conclusione affrettata, in base a un caso pratico che non richiedeva di scomodare i fondamenti dell'autonomia negoziale e della disponibilità dei diritti delle parti. Infatti, si aveva riguardo a una fideiussione estesa anche alle obbligazioni assunte da un soggetto privo dei poteri rappresentativi della società debitrice.

Nella consapevolezza di tale difetto, l'assunzione dell'obbligazione è stata considerata come rinuncia implicita ad eccepire l'invalidità del rapporto principale. Intanto, è evidente che la rinuncia, in questa ipotesi, è del tutto consentita dai principi generali in tema di mandato senza rappresentanza e rappresentanza organica negli enti. Inoltre, si sarebbe trattato di una mera annullabilità, ossia di un vizio cui le parti possono porre rimedio.

Normalmente, il soggetto cui è consentito agire per l'annullamento non può preventivamente rinunciare all'azione o all'eccezione, perché dovrebbe rinunciarvi o con lo stesso atto inficiato dal vizio e, comunque, quando ancora non è venuta

affermato che l'art. 1945 cod. civ. sia derogabile perché «[...] non tutela un interesse di ordine pubblico ma un interesse di natura privata [...]».

Che l'art. 1945 cod. civ. sia, in parte, derogabile, è consapevolezza che sarebbe dovuta derivare agli interpreti non da complessi – e spesso fallaci ragionamenti – bensì dalla presenza di una norma generale, ossia l'art. 1462 cod. civ., che stabilisce quali modifiche al regime di proponibilità delle eccezioni le parti possano validamente ed efficacemente apportare.

È appena il caso di ricordare, al riguardo, che le limitazioni alla proponibilità di eccezioni afferenti a nullità, annullabilità e rescissione non rilevano sul piano dell'inefficacia del *solve*, bensì sul piano della invalidità.

In altre parole, tali vizi contrattuali sono stati valutati a tal punto rilevanti⁶⁸⁹, da non poter fondare oggetto di una convenzione negoziale⁶⁹⁰.

meno la circostanza inficiante. Il tema è stato ampiamente affrontato in precedenza, perché si era posto già con riferimento al *solve et repete*. Ci si limita a rimandare alle acute osservazioni di P. GRECO, *op. cit.*, p. 147.

Peraltro, è evidente il contrasto con l'ordine pubblico in clausole di *preventiva* rinuncia a far valere *vizi del consenso*. Qui, invece, la rinuncia è successiva e, dunque, evidentemente ha un valore sanante del rapporto. Tale effetto, tuttavia, non si produce sul rapporto principale, ma sul rapporto di garanzia. Inoltre, ha per oggetto non vizi del consenso, ma carenze di legittimazione alla conclusione del contratto in nome e per conto dell'ente. Come da questo si possa trarre il principio della piena derogabilità dell'art. 1945 cod. civ., è davvero un mistero.

⁶⁸⁹ Per i motivi che speriamo di aver chiarito nel capitolo II.

⁶⁹⁰ E ciò è avvenuto sebbene l'interesse alla sentenza di annullamento per errore, violenza e dolo, ovvero alla rescissione del contratto abbia natura privata. Peraltro, si deve tenere in considerazione come vi siano elaborazioni dottrinarie che riscontrano nelle iniziative appena menzionate l'esercizio privato di un interesse (anche) pubblico. Sul tema si veda V. VERDICCHIO, *op. cit.*, p. 132 ss..

Gli artt. 1939 e 1945 cod. civ. sono le norme con le quali, sia sul piano strutturale che funzionale, il legislatore ha inteso fissare il collegamento tra negozio in garanzia e negozio garantito.

Il negozio atipico di cui si tratta, dunque, si realizza mercè deroga alle norme citate, come largamente riconosciuto dalla giurisprudenza⁶⁹¹.

Al riguardo, si deve considerare che, contrariamente a quanto vorrebbe parte della dottrina, non pare vero che l'insensibilità alle eccezioni fondate sul rapporto garantito della pretesa del creditore verso il garante sia l'effetto dell'astrazione.

Nei contratti astratti, nel senso che all'espressione è tradizionalmente attribuito dalla dottrina tedesca⁶⁹², le eccezioni sono impedito dalla irrilevanza giuridica della causa.

Con la conseguenza che il debitore, una volta adempiuto, ripete la prestazione in base a un rapporto diverso da quello astratto: il negozio fondamentale o materiale, quanto esiste, o in virtù del divieto di ingiustificato arricchimento.

Così, la improponibilità delle eccezioni appare come un «[...] *effetto caratteristico dell'obbligazione astratta* [...]» e non come uno strumento dell'astrazione stessa⁶⁹³.

⁶⁹¹ Per tutte Cass. 19 giugno 2001, n. 8324, in *Mass. giur. it.*, 2001.

⁶⁹² Ci si limita a segnalare, *ex multis*, B. J. H WINDSCHEID, *op. cit.*, 297 ss.; L. ARNDTS, *op. cit.*, p. 286 ss.; O. BÄHR, *op. cit.*, 1855.

⁶⁹³ P. GRECO, *op. cit.*, p. 159, e già K. CROME, *op. cit.*, I, p. 332, e II, p. 907. Contraddicendo questa tradizionale certezza, si è ripetutamente affermato che «[...] *l'astrazione dal rapporto principale si realizza attraverso il ricorso a clausole,*

Così, si è stabilito che il sistema delle rive, in base al negozio atipico, sarebbe diverso da quello della fideiussione: il debitore garante dovrebbe, allora, recuperare dal debitore garantito la somma versata al creditore⁶⁹⁴.

In caso di invalidità del contratto principale, ad esempio per errore, violenza e dolo, il debitore dovrebbe comunque pagare al garante, salvo tentare di recuperare la prestazione agendo direttamente contro il creditore⁶⁹⁵.

Ciò, tuttavia, sembra contraddire la configurazione del contratto di garanzia quale negozio *autonomo*, perché esso, pur facendo parte di una operazione complessa, vede quali parti il creditore e il debitore garante, sicché quest'ultimo dovrebbe volgere le proprie attività di regresso contro il primo.

Al riguardo, e anche per evitare che il negozio atipico fosse da considerare nullo per difetto di causa, si è diffusamente affermato che l'autonomia sarebbe relativa e non

invalse nella modellistica contrattuale, che prevedono non solo l'obbligo del garante di pagare "a prima richiesta" quanto dovuto, ma anche la "sopravvivenza" della fideiussione alla eventuale invalidità dell'obbligazione principale [...]». Così, tra gli altri, E. COSENTINO, *op. cit.*, p. 942. Anche la giurisprudenza continua ad alimentare questo fraintendimento. Cfr. Trib. Bari, 30 gennaio 2007, n. 224, non ancora massimata, Cass. 3 febbraio 1999, n. 920, in *Mass. giur. it.*, 1999; Cass., Sez. Un., 19 marzo 1992, n. 3465, *cit.*, e, in parte, anche Cass. 3 ottobre 2005, n. 19300, in *Giust. civ. mass.*, 2005, n. 9.

⁶⁹⁴ Cass. 19 giugno 2001, n. 8324, *cit.*.

⁶⁹⁵ Cfr. Cass. 6 ottobre 1989, n. 4006, *cit.*. In dottrina anche E. COSENTINO, *op. cit.*, p. 946. Peraltro, come evidenziato dalla dottrina, il creditore è per lo più un soggetto di diritto estero. Sia sotto il profilo dell'economia processuale che nella prospettiva di tutela dell'anello debole della catena delle garanzie, non sembra che questa soluzione, ostentatamente forzata, sia coerente con il sistema di diritto positivo. Se, in altre parole, l'esigenza dei traffici sollecita soluzioni nuove, la presa di posizione dovrebbe spettare al legislatore e non agli interpreti. Per una prospettiva *de iure condendo*, A. GIORDANO, *Sulla problematica del contratto autonomo di garanzia e la necessità di una sua regolazione legislativa*, in *Giust. civ.*, 1987, II, p. 400 ss..

assoluta, vista la finalità essenzialmente di garanzia dell'atto di assunzione⁶⁹⁶.

Il negozio, dunque, resterebbe «[...] funzionalmente collegato al rapporto di base, che ne costituisce il referente necessario perché in questo trova fondamento e misura l'interesse economico alla cui tutela è ordinata la garanzia [...]»⁶⁹⁷ e la definizione del rapporto principale sarebbe, comunque, destinata a riflettersi sul rapporto autonomo di garanzia⁶⁹⁸.

A quanto pare, allora, il negozio atipico non sarebbe né astratto, né autonomo⁶⁹⁹.

Si deve riflettere, allora, sul suo profilo causale.

⁶⁹⁶ Cass., Sez. Un., 1 ottobre 1987, n. 7341, *cit.*, c. 103 ss..

⁶⁹⁷ Cass. 6 ottobre 1989, n. 4006, *cit.*.

⁶⁹⁸ Per la meritevolezza sociale degli interessi perseguiti dalle parti, nonché per la presenza di una giusta causa si è pronunciata la prevalente dottrina. Tra gli altri, F. MASTROPAOLO, *op. cit.*, ed. 1995, p. 196 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 1, p. 52 ss.; G. PORTALE, *op. loc. cit.*.

⁶⁹⁹ La sussistenza di un collegamento ha condotto taluni interpreti, come detto, a reputare che la causa del negozio autonomo fosse esterna. La prospettazione è di G. B. PORTALE, *op. ult. cit.*, p. 1063, ed è sostenuta dalla costruzione di M. GIORGIANNI, *Causa, cit.*, p. 564 ss. Altri, pur reputando che il contratto autonomo di garanzia abbia una propria *funzione*, reputano che «[...] la valutazione causale investe l'operazione negoziale nella sua totalità e cioè nell'insieme dei suoi collegamenti o riferimenti teleologici e in genere assiologici [...]». F. MASTROPAOLO, *op. cit.*, p. 294. La conseguenza principale, adombrata nell'ord. Trib. Roma, 6 novembre 1999, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, p. 59 ss.. e tratta completamente in luce da P. D. JOVINO e A. NIUTTA, *Contratto preliminare di compravendita immobiliare assistito da polizza fideiussoria con clausola "solve et repete": la funzione complessiva dell'operazione economica si riflette sulla causa dei singoli negozi giuridici che la compongono*, *ivi*, è che «[...] la valutazione dell'ordinamento non può limitarsi alla liceità della causa dei singoli negozi che compongono l'operazione, ma può e deve riferirsi anche alla complessa funzione svolta dall'affare [...]». Ciò implicherebbe l'esigenza di verificare che l'affare non contrasti con norme imperative dell'ordinamento. Il vizio causale dell'affare si riverbererebbe su tutti i negozi, non perché priverebbe di possibilità giuridica la causa del negozio autonomo, come sostenuto dalla Cassazione, bensì perché essa risulterebbe complessivamente illecita.

Si è affermato che «[...] la sua causa consiste appunto nella copertura del rischio connesso all'oggettivo inadempimento del rapporto di base, il quale evento giustifica l'attribuzione patrimoniale al beneficiario [...]»⁷⁰⁰.

Parte della dottrina, con leggera variazione, ha parlato al riguardo di causa "suffissante"⁷⁰¹.

La causa del contratto atipico, rispetto alla fideiussione, «[...] sarebbe non già di quella di garantire l'obbligazione altrui o l'integrale soddisfacimento della pretesa risarcitoria traente origine dall'inadempimento del debitore, quanto la funzione, prossima a quella della cauzione, di assicurare al beneficiario la disponibilità almeno di una determinata somma di denaro, a bilanciamento di rischi tipici di determinati contratti [...]»⁷⁰².

Ebbene, la distinzione, così tracciata, sembra davvero inappagante e non aderente alla disciplina che le parti, in via pratica, assegnano al rapporto autonomo di garanzia.

Intanto, nei termini esposti dalla giurisprudenza, il pagamento da parte del garante sembrerebbe quasi una sorta di penale per l'inadempimento («[...] almeno [...]').

Invece, il pagamento è stabilito come interamente soddisfattivo sia per l'obbligo del garante verso il beneficiario, sia per il rapporto che questi intrattiene con il debitore principale.

⁷⁰⁰ Così Cass. 6 ottobre 1989, n. 4006, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1990, II, 1, p. 9 s., con nota di G. Portale.

⁷⁰¹ F. BENATTI, *op. loc. cit.*; G. PORTALE, *op. loc. cit.*; F. BONELLI, *op. loc. cit.*.

⁷⁰² Cass. 29 marzo 1996, n. 2909, *cit.*, c. 1625.

Davvero non è agevole scorgere quale differenza intercorra con la funzione tipica della fideiussione, ossia con la sua causa in senso obiettivo debole.

Anche con questo negozio, infatti, le parti intendono porre il beneficiario al sicuro dall'inadempimento del debitore principale⁷⁰³.

Un opportuno chiarimento proviene da quella dottrina⁷⁰⁴ che ha messo in risalto come, nel contratto autonomo, la garanzia non investirebbe genericamente tutto il patrimonio del garante, bensì la somma di denaro stabilita⁷⁰⁵. Il suo pagamento, poi, avrebbe un titolo diverso da quello dell'adempimento dell'obbligo fideiussorio.

Peraltro, non si tratterebbe di allargare o restringere le dimensioni del patrimonio, bensì di accrescere

⁷⁰³ Infatti, anche il fideiussore «[...] *assicura il rischio dell'inadempimento del debitore principale* [...]». Così G. OPPO, *Contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 163. Sull'identità sotto il profilo causale, v. M. MELANDRI, *op. loc. cit.*.

⁷⁰⁴ M. CONFORTINI, *Garanzia autonoma e debito solidale*, in *Scritti in onore di Giuseppe Benedetti*, p. 6 ss., in corso di pubblicazione. Per gentile concessione dell'Autore, è stato ugualmente possibile consultare l'opera.

⁷⁰⁵ La non coincidenza tra il debito principale e il debito autonomo è sostenuta anche da F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, *cit.*, p. 329 e da F. MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credit e dei titoli cambiari*, Napoli, 1979, p. 343: l'adempimento del garante verrebbe in rilievo non come prestazione dovuta, ma come evento produttivo di utilità economica per il beneficiario. Comprendiamo il senso dell'espressione, ma davvero suona insolita l'accezione in cui viene assunto il lemma adempimento. Nel linguaggio tradizionale dei sistemi di derivazione romanistica, infatti, si usa parlare di prestazione proprio quando si intende fare riferimento all'esecuzione di un obbligo, a prescindere dal titolo e, dunque, dalla sua causa. Per E. COSENTINO, *op. cit.*, p. 944, «[...] *il garante non è tenuto semplicemente ad adempiere in vece del debitore principale, ma deve in ogni caso assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario, mediante una prestazione a carattere indennitario, che il più delle volte non corrisponde quantitativamente e qualitativamente all'oggetto del rapporto fondamentale* [...]».

qualitativamente l'attitudine della prestazione in garanzia a risarcire il rischio dell'inadempimento.

Quanto alla prima argomentazione, ci pare che essa sia più la conseguenza dell'aver configurato in termini di autonomia il negozio atipico, piuttosto che la giustificazione concettuale dell'autonomia stessa.

Inoltre, quale che sia la somma stabilita in garanzia, il garante ne risponderà comunque con tutto il suo patrimonio e un eventuale deposito della somma costituisce solo individuazione preventiva del bene denaro su cui il creditore potrà soddisfare la propria pretesa⁷⁰⁶.

⁷⁰⁶ E non ci pare nemmeno che ciò valga a sottrarre quella somma, pure individuata, dal concorso di eventuali altri creditori, ad esempio in caso di fallimento del garante. È certamente condivisibile che la prestazione del garante sia diversa da quella principale e derivi da un titolo differente. Ma questo aspetto non pare decisivo nel distinguere fideiussione da contratto atipico. Anche nella fideiussione, infatti, il titolo dell'adempimento del garante è la fideiussione stessa, sebbene il testo negoziale richiami – e non possa che richiamare – il rapporto principale. Sotto il profilo della misura del risarcimento in garanzia, essa trae comunque ragione nell'entità dell'obbligazione principale. E altrimenti lo spostamento patrimoniale sarebbe nullo per astrattezza, ossia per mancata commisurazione *per relationem* del rischio assicurato. A mente dell'art. 1941 cod. civ., inoltre, è vero che la fideiussione non potrebbe eccedere ciò che è dovuto dal debitore: come detto, lo spostamento patrimoniale eccedente sarebbe privo di causa. Tuttavia, «[...] può prestarsi per una parte soltanto del debito o a condizioni meno onerose [...]». Al riguardo, è logico, ma contraddittorio con la posizione complessiva della giurisprudenza, l'indirizzo manifestato in Cass. 6 giugno 1989, n. 4006, cit.: «[...] Nel contratto autonomo di garanzia la prestazione dovuta dal garante, dovendo essere commisurata alla perdita subita dal creditore per la mancata o inesatta esecuzione dell'obbligazione garantita, è in ogni caso limitata all'ammontare della prestazione non adempiuta e degli accessori eventualmente non considerati nella garanzia; pertanto il pagamento eseguito dalla banca per un importo eccedente tale prestazione, non giustificato dalla convenzione, per la maggiore somma costituisce un indebito oggettivo in relazione allo stesso contratto di garanzia e abilita la medesima banca ad esercitare l'actio indebiti direttamente nei confronti del beneficiario [...]». Sul tema della complessa differenziazione tra funzione indennitaria e funzione di garanzia, si veda A. CHECCHINI, *Indennizzo e risarcimento nella promessa del fatto altrui*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 563 ss..

La seconda argomentazione, invece, ci persuade completamente.

In effetti, con i contratti autonomi di garanzia pare che le parti intendano raggiungere un accordo «[...] *sull'applicazione al rapporto obbligatorio di particolari regole giuridiche* [...]», in tal modo accrescendo qualitativamente la possibilità di soddisfazione dell'interesse del creditore⁷⁰⁷.

Riemerge, così, la problematica del *solve et repete*.

Infatti, per ragioni già illustrate e largamente condivise, il patto opererebbe proprio in funzione di garanzia del beneficiario, isolando la prestazione dai profili afferenti al sinallagma funzionale del negozio garantito⁷⁰⁸.

In tal modo, si consumerebbe un effetto sostanzialmente lesivo di taluni aspetti causali, non reputati essenziali per la validità del negozio, ma determinanti per il mantenimento degli effetti contrattuali⁷⁰⁹.

Ora, tuttavia, si è detto che il *solve* non costituisce un esempio di onnipotenza della volontà contrattuale, giacché le parti con esso non possono validamente disporre di talune eccezioni e azioni, a mente dell'art. 1462 cod. civ.

Con ogni probabilità, il *solve* è apponibile anche alla fideiussione⁷¹⁰.

⁷⁰⁷ Ancora M. CONFORTINI, *op. loc. cit.*. È lo stesso Autore ad accostare, in tal modo, il contratto autonomo con la funzione del *solve et repete*.

⁷⁰⁸ Corte Cost. 12 novembre 1974, n. 256, *cit.*, p. 1171.

⁷⁰⁹ Per tutti v. P. GRECO, *op. cit.*, p. 158 ss..

⁷¹⁰ Si è visto come la possibilità sia variamente sostenuta dalla dottrina. Per limitarsi agli Autori che si sono specificatamente occupati del *solve*, si vedano F.

Una fideiussione dotata di *solve et repete*, incidendo in modo consentito sugli artt. 1939 e 1945 cod. civ., dovrebbe costituire una garanzia dell'adempimento – o contro l'inadempimento – collegata al negozio principale ma sufficientemente insensibile alle vicende afferenti ai vizi funzionali del suo sinallagma.

Il che sarebbe equivalente al dire che la fideiussione con *solve et repete* – prodotto che pare consentito dall'ordinamento – sia *relativamente autonoma*, allo stesso modo in cui questa relativa autonomia è configurata a proposito del contratto autonomo di garanzia.

Così descritto, un rapporto autonomo di garanzia non sarebbe che una fideiussione con *solve et repete* e dovrebbe essere insensibile alle eccezioni afferenti al rapporto principale, tranne che nei casi di nullità, annullabilità⁷¹¹, rescissione, oltre che per le situazioni estintive dell'obbligazione garantita⁷¹².

CARNELUTTI, *op. loc. cit.*, A. SENIN, *op. loc. cit.*; C. MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1258; C. LUCCHI, *op. cit.*, p. 589.

⁷¹¹ Ma, per prevalenza della norma speciale sulla norma generale, il limite di improponibilità dovrebbe riguardare la sola nullità per errore, violenza e dolo, poiché il soggetto titolato ad agire o reagire per incapacità resterebbe il solo debitore principale.

⁷¹² Qualche dubbio potrebbe derivare in relazione all'eccezione per totale inadempimento. Come noto, la giurisprudenza, sostenuta da parte della dottrina, esclude che tale eccezione possa essere paralizzata dal *solve*, il quale agirebbe solo sulla *exceptio non rite*. In tal caso, il garante dovrebbe avere la possibilità di eccepire la totale mancanza della prestazione del garantito, che renderebbe inattuale la sua pretesa nei confronti del debitore principale e, di riflesso, del garante stesso. Se anche si volesse reputare che il *solve* possa comportare rinuncia o paralisi dell'*exceptio inadimpleti*, il totale inadempimento del garantito potrebbe rilevare come violazione della buona fede e condurre alla sospensione della condanna, ove ne sia fornita prova liquida. Sul tema, si veda il capitolo II e ivi i riferimenti bibliografici.

Inoltre, ferma la *exceptio doli*, il garante dovrebbe poter eccepire anche le violazioni della buona fede in senso oggettivo, ma in tal caso, poiché il *solve* resterebbe valido, egli potrebbe aspirare solo alla sospensione della sentenza di condanna ex art. 1462, comma 2, cod. civ.

Ci rendiamo conto che questa sia una prospettiva che risulta sconfessata completamente dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite e dal complesso della *intelligenza* giuridica⁷¹³.

Tuttavia, ci pare che sia l'unica conclusione sostenibile, sulla scorta delle riflessioni compiute sull'elemento causale.

Se, infatti, la causa del contratto autonomo di garanzia è la medesima della fideiussione, allora esso non potrebbe avere disciplina diversa da quella appena illustrata⁷¹⁴.

Se, invece, con il contratto atipico si fosse davvero consumata una separazione definitiva e radicale dall'obbligazione garantita, crediamo che ciò travalicherebbe i limiti consentiti ai contraenti⁷¹⁵.

⁷¹³ E reputata contraria al buon senso da molti Autori (V. N. MONTICELLI, *La tutela ex art. 1957 codice civile tra fideiussione, clausola solve et repete e garanzia atipica*, in *I Contratti*, 2004, II, p. 275).

⁷¹⁴ M. RUBINO-SAMMARTANO, *Garanzia a prima richiesta – Ripiegamenti tattici dopo la caduta dell'astrattezza e dell'autonomia – Solve et repete*, in *Foro pad.*, 1992, 1, p. 218, ha svolto analoghe riflessioni, sostenendo che se «[...] il collegamento tra la garanzia e il rapporto principale sussiste, come sussiste, è difficile vederlo operare di regola solo alla fine (e solo in via eccezionale durante l'esecuzione, se in presenza di dolo, frode o abuso). Il collegamento non può infatti operare a fasi alterne [...]».

⁷¹⁵ M. MELANDRI, *op. loc. cit.*.

Al riguardo, ci si dovrebbe riferire non solo alla causa quale funzione contrattuale, ossia come scopo condiviso dalle parti e giustificazione dello spostamento patrimoniale⁷¹⁶.

Pur meritevoli gli scopi⁷¹⁷ e consentita la funzione di garanzia, poiché si esclude che il negozio atipico sia veramente astratto, si dovrebbe anche verificare che la struttura negoziale adoperata sia compatibile con il sistema e conforme agli strumenti già predisposti dall'ordinamento per raggiungere quei medesimi obiettivi⁷¹⁸.

Così come lo vorrebbe configurare la dottrina e la giurisprudenza prevalente, il contratto autonomo di garanzia potrebbe costituire una ipotesi illegittima di fideiussione a prima richiesta, ove la pretesa del creditore verso il garante

⁷¹⁶ Sono le consuete categorie di causa in senso subiettivo e causa in senso obiettivo debole. Cfr. par. V.4.

⁷¹⁷ Peraltro, finora la meritevolezza sembra sia stata affermata per la diffusione nella prassi e per l'utilità dello strumento, al fine di facilitare e velocizzare i traffici internazionali. Così, tra gli altri, M. VIALE, *op. cit.*, p. 187; F. GALGANO, *op. cit.*, p. 561; G. PORTALE, *op. ult. cit.*, p. 39. L'opinione, condivisa anche dalla giurisprudenza, per esempio in Cass. 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Foro it.*, 1988, I, c. 123, è stata criticata da M. VITTI, *op. cit.*, p. 738. Anche per M. MELANDRI, *op. cit.*, c. 293, in modo fortemente polemico, «[...] la meritevolezza del contratto autonomo di garanzia sta tutta e solo nell'opportunità dello stesso e sembra non poter prescindere dalla realtà economica e dalla natura del traffico periodico che la garanzia automatica nella sua pratica applicazione normalmente suppone. Da un punto di vista logico non resta che concludere che la vera ragione per la quale la garanzia automatica è giudicata valida risiede nella sua grande diffusione internazionale, non potendosi, pena l'isolamento commerciale del nostro paese, giudicare per noi nullo un contratto universalmente considerato valido [...]». Anche per M. RUBINO-SAMMARTANO, *op. loc. cit.*: «[...] si contesta l'affermazione della Corte Suprema che si sarebbe formato uno *ius receptum* circa la compatibilità del contratto autonomo di garanzia con l'ordinamento, affermazione basata su poche pronunce della Corte regolatrice [...] mentre la giurisprudenza di merito e la dottrina sono e restano separate come si è detto in passato, in una guerra di trincea [...]».

⁷¹⁸ Qui il concetto causale dovrebbe essere impiegato come strumento di verifica del tipo negoziale, secondo l'insegnamento di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.; ID., *Autonomia privata*, cit., p. 64 ss.; ID., *Astrazione (negozio astratto)*, cit., p. 1469; ID., *Causa del negozio giuridico*, cit..

sarebbe indifferente alle eccezioni riconosciute come sempre proponibili dall'art. 1945 e 1462 cod. civ..

Si potrebbe replicare che, nella configurazione attuale, il garante potrebbe comunque servirsi delle eccezioni afferenti a nullità, estinzione dell'obbligazione garantita e dell'*exceptio doli*.

Il pur parziale risultato, tuttavia, appare motivato assai confusamente e in modo frammentario dalla giurisprudenza, che richiama principi generali e ragioni afferenti a profili causali⁷¹⁹ che sono stati già cristallizzati dal legislatore in un'unica norma: l'art. 1462 cod. civ.⁷²⁰.

⁷¹⁹ Per la questione della nullità del negozio principale, che farebbe venir meno la causa di garanzia del negozio autonomo, v. Cass. 6 ottobre 1989, n. 4006, *cit.*; sull'irrinunciabilità dell'*exceptio doli*, con riferimento al negozio autonomo, v. Cass. 19 giugno 2001, n. 8324, *cit.*, e Cass. 1 ottobre 1999, n. 10864, *cit.*.

⁷²⁰ Sebbene molto frettolosamente, in talune circostanze il problema è stato affrontato nella prospettiva proposta nel testo. La giurisprudenza, in modo del tutto acritico, si è limitata ad affermare che il contratto atipico di garanzia non sarebbe in contrasto con il principio dell'art. 1462 cod. civ., in quanto, essendo negozio autonomo dal rapporto garantito, l'irrinunciabilità di talune eccezioni dovrebbe riguardare il rapporto di garanzia. Così App. Milano, 4 marzo 1988, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1988, II, p. 616. Anche gli altri precedenti sono tutti delle corti di merito milanesi: Trib. Milano 22 settembre 1986, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1987, II, p. 332; Trib. Milano 12 ottobre 1985, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1986, II, p. 430.

Secondo taluni Autori, anch'essi solo fuggacemente concentrati sulla questione, i limiti fissati dall'art. 1462 cod. civ. non sarebbero insuperabili. Infatti, nell'ordinamento esisterebbe un contratto analogo alle garanzie astratte, ossia il credito documentario irrevocabile. Brevi cenni in G. PORTALE, *op. ult. cit.*, p. 1064 e F. BENATTI, *op. cit.*, p. 178. Entrambe le argomentazioni appaiono non condivisibili. La posizione della giurisprudenza di merito, infatti, omette completamente di accennare al persistente collegamento tra negozio autonomo e rapporto garantito, che pure è la chiave di volta della costruzione delle Sezioni Unite. Inoltre, l'art. 1945 cod. civ., la cui deroga convenzionale sarebbe lo strumento quasi alchemico per ottenere un contratto autonomo, stabilisce che il garante è titolare delle eccezioni derivanti dal rapporto di garanzia e dal rapporto garantito, tranne quella derivante da incapacità. Il problema posto dall'esistenza dell'art. 1462 cod. civ., evidentemente non tenuto presente dai Giudici milanesi, è proprio di comprendere se e in che limiti le parti possano derogare alla disciplina dell'art. 1945 cod. civ.. Sottilmente è stato al riguardo argomentato che «[...] nella fideiussione con clausola solve et repete, le eccezioni ricavabili dal rapporto principale non riguardano un qualche obbligo che il garante abbia verso il

Allora, delle due l'una.

O il cd. contratto autonomo di garanzia si risolve in una fideiussione a prima richiesta, per identità della causa, della funzione e degli scopi perseguibili, e allora il negozio reputato atipico sarebbe valido, salvo allargare il novero delle eccezioni non paralizzabili e variare il regime delle rivalse⁷²¹.

Oppure il cd. contratto autonomo ha causa diversa dalla fideiussione a prima richiesta, essendo volto a rendere insensibile la pretesa del beneficiario a qualunque eccezione fondata sul rapporto garantito.

E allora, vi sarebbe da predicare la nullità non tanto per immeritevolezza degli scopi o per assenza di causa, quanto per

fideiussore e di cui costui possa lamentare l'inadempimento, ma pur sempre un comportamento del creditore che dovrebbe astenersi dal chiedere la prestazione al garante, dal momento che il rapporto principale è inficiato da carenze e vizi genetici o funzionali [...]». Così C. LUCCHI, *op. loc. cit.*. Sul punto più ampiamente M. FRAGALI, *Fideiussione. Mandato di credito, Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, II, Bologna – Roma, 1968, p. 63 ss..

Quanto all'argomentazione della dottrina, l'istituto disciplinato all'art. 1530 cod. civ. è tipico e presenta caratteri peculiari. Esso ha ricevuto espressa ammissione di validità con la codificazione e, evidentemente, deroga alla norma generale dell'art. 1462 cod. civ., che è espressione di principi cardinali dell'ordinamento. La norma, dunque, non può interpretarsi oltre i limiti di disciplina, per inferirne la validità di altre garanzie derogatorie dei principi di accessorietà e di irrinunciabilità delle eccezioni dipendenti da nullità, annullabilità e rescindibilità. Allo stesso modo, sarebbe impensabile dare luogo a titoli di credito fuori dei casi disciplinati dalla legge.

⁷²¹ In questo senso anche M. MELANDRI, *op. loc. cit.*: «[...] la garanzia [del negozio reputato atipico: N.d.R.] è legata all'obbligazione principale sia sotto il profilo genetico, in quanto l'obbligazione di garanzia non è valida se non è valida l'altra, sia sotto il profilo funzionale poiché, essendo il contratto di garanzia un contratto "di secondo grado" esso diviene inefficace se il fideiussore opponga al creditore eccezioni anche derivanti da ragioni sopravvenute spettanti al debitore principale. Ciò dimostra come nell'intera struttura negoziale sia insita, ed irrinunciabile, l'accessorietà [...]».

illiceità, ossia per strutturazione di un meccanismo non consentito dall'ordinamento⁷²².

⁷²² Questa conclusione è condivisa solo in parte da L. BIGLIAZZI GERI, in L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile, Obbligazioni e contratti*, III, Torino, 1992, p. 656. L'Autrice, infatti, reputa che il *solve* provochi comunque un'astrazione dal rapporto principale, sicché se la qualificazione della garanzia a prima richiesta fosse di fideiussione, essa sarebbe nulla. Se, poi, come reputato in prevalenza, «[...] la clausola con cui si deroga al precetto dell'art. 1939, prima pr., e tutti i patti a questa equivalenti alterino la fisionomia del tipo fideiussorio, per dar luogo ad un contratto atipico con funzione di garanzia [...]» (G. PORTALE, *op. ult. cit.*, p. 1051), allora «[...] occorre chiedersi se una garanzia di tale natura sia compatibile con l'ordinamento [...]» (così, in senso assai dubitativo e critico, L. BIGLIAZZI GERI, *op. loc. ult. cit.*).

Per M. MELANDRI, *op. cit.*, p. 292 e s. la fideiussione con clausola *solve et repete* costituirebbe il limite oltre il quale, reciso il nesso di accessorietà, ci si troverebbe di fronte a una fideiussione nulla e non ha un negozio atipico. «[...] non è ammissibile far confluire nella figura del contratto autonomo di garanzia le ipotesi di fideiussione nulla e ciò perché non è pensabile che una fattispecie contrattuale ritenuta inammissibile come fideiussione possa come un camaleonte cambiare nome e con ciò solo avere ingresso nell'ordinamento [...]». Per G. GRIPPO, *Clausola di sopravvivenza e Clausola a Semplice Richiesta nei Nuovi Modelli Abi di Fideiussione le Tappe della Giurisprudenza*, in *Contr. impr.*, 1990, I, p. 11, la distinzione tra autonomia e affievolimento dell'accessorietà si ridurrebbe per lo più a uno scambio di etichette, senza significative variazioni nei regolamenti contrattuali.

Contra, in giurisprudenza, Cass. 31 agosto 1984, n. 4738, *cit.*, per la quale: «[...] se veramente difettesse la fideiussione omnibus del requisito dell'accessorietà che si afferma tipico dell'obbligazione del fideiussore dovrebbe concludersi non già che si sia in presenza di una fideiussione affetta da nullità, bensì nel senso che sia stato stipulato un diverso negozio, cioè quel contratto atipico di garanzia di cui è ampiamente riconosciuta l'ammissibilità nel nostro ordinamento [...]».

6.5 Il *solve et repete* in altri contratti bilaterali imperfetti

Si vogliono svolgere, in conclusione della trattazione delle questioni legate al *solve et repete*, alcune riflessioni legate ad altri negozi bilaterali non sinallagmatici, ai quali esso potrebbe astrattamente applicarsi.

Si è immaginato, innanzitutto, che il *solve* potesse rafforzare una sorta di deposito cauzionale “a prima richiesta”, che il debitore avrebbe dovuto costituire prima di poter proporre eccezioni afferenti ai rapporti con la controparte⁷²³.

Le altre ipotesi prefigurate sono state quelle dell’assunzione di debito altrui conseguente a delegazione titolata, espromissione o acollo, del mutuo e del deposito.

Nell’assunzione di debito altrui, la delegazione titolata autorizzerebbe il delegato a proporre sia le eccezioni fondate sul rapporto di valuta, che quelle derivanti dal rapporto di provvista. Tali eccezioni potrebbero essere differite con il *solve*, specialmente per quanto attiene a quella di risoluzione per eccessiva onerosità, che è la più facilmente configurabile in un rapporto non corrispettivo⁷²⁴.

⁷²³ Ancora una volta, la fantasia di F. CARNELUTTI, *op. loc. cit.*, aveva anticipato i tempi!

⁷²⁴ C. LUCCHI, *op. loc. cit.*.

Nel caso di mutuo e di deposito⁷²⁵, il *solve* andrebbe armonizzato con le difese spettanti al mutuatario e al depositario in caso di inadempimento del mandante o del deponente.

Escluse, per diffusa ma non unanime opinione⁷²⁶, l'azione di risoluzione e l'*exceptio inadimpleti contractus*, la clausola dovrebbe comportare una rinuncia preventiva alla ritenzione per credito sorto in occasione del contratto e alla sospensione per mutamento delle condizioni patrimoniali del beneficiario.

Con la conseguenza che la cosa, oggetto del deposito, dovrebbe senz'altro essere restituito dal depositario e il suo eventuale credito potrebbe essere soddisfatto solo in esito alla riconsegna⁷²⁷.

Malgrado l'assenza di trattazioni sul tema, almeno a quanto è dato conoscere, non pare avventato reputare che il *solve* possa apporsi anche alla donazione modale⁷²⁸ e al mandato oneroso.

⁷²⁵ Per alcune questioni di rilievo, in relazione alla prospettiva del *solve et repete*, si vedano, A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo : problemi generali*, Padova, 1985; G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo* in *Trattato di diritto civile* diretto da G. Giampiccolo, Milano, 1972; R. SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1971, p. 502 ss.; F. CARRESI, *Il comodato, il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Carresi, Torino 1957.

⁷²⁶ Si veda, retro, il paragrafo V.3.

⁷²⁷ Il tema è stato affrontato da A. SENIN, *op. cit.*, p. 36 ss..

⁷²⁸ Per le questioni generali attinenti alla donazione modale, si vedano, tra gli altri, L. PELLEGRINI, *La donazione costitutiva di obbligazione*, Milano, 2004; G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti: il problema della donazione mista*, Napoli, ed. 2001; A. TORRENTE, *La donazione*, a cura di U. Carnevali e A. Mora, Milano, 2006; U. Carnevali, *La donazione modale*, Milano, 1969.

Nella prima ipotesi, esso potrebbe rafforzare il diritto del donatario a ricevere la cosa donata, paralizzando, fino alla consegna, il diritto del donante – e degli eventuali interessati – ad agire per l'adempimento del *modus* o per la risoluzione⁷²⁹.

Quanto al mandato, il *solve* potrebbe assicurare al mandatario il compenso, paralizzando le eccezioni del mandatane afferenti alla violazione degli obblighi di cui all'artt. 1710, 1713 e 1718 cod. civ. o degli altri obblighi specificatamente dedotti nel contratto.

D'altra parte, nell'ipotesi di mandato senza rappresentanza ove beneficiario fosse il mandante, il mandatario non potrebbe ritardare il trasferimento dei beni immobili, acquistati in nome proprio, ma per conto del mandante, né replicare alla rivendicazione dei beni mobili, nemmeno se il beneficiario non avesse ancora provveduto integralmente a fornirgli i fondi necessari⁷³⁰, a rimborsargli le spese o a corrispondergli il compenso.

⁷²⁹ È forse possibile immaginare anche che il *solve* possa essere apposto a favore del donante, impedendo che il donatario non possa ritardare l'adempimento dell'onere, neanche in caso di evizione. In qualche modo, v'è un precedente tipico che potrebbe militare in questo senso. Sotto il Codice previgente, infatti, all'art. 1510 era previsto che fosse possibile apporre alla vendita un *solve et repete* che impedisse al compratore di ritardare il pagamento, pur avendo ragione di temere di essere molestato con azioni ipotecarie o rivendicatorie. Alcune osservazioni, al riguardo, si rintracciano in A. SENIN, *op. cit.*, p. 96.

⁷³⁰ Crediamo che tanto i principi di esecuzione secondo buona fede, che l'inefficacia del *solve* in caso di inadempimento totale, ostino a reputare che il beneficiario possa pretendere il trasferimento della proprietà o la consegna delle cose, se non ha nemmeno in parte provveduto a fornire al mandatario i mezzi per l'acquisto.

In altre parole, similmente a quanto accade nel mutuo e nel deposito, il mandatario, con il *solve*, rinunciarebbe al diritto di ritenzione^{731 732}.

⁷³¹ Anche nel caso di *solve* apposto a un comodato, pare che esso comporti la rinuncia al diritto di ritenzione, nel caso di mancato rimborso delle spese straordinarie sostenute dal comodatario o nell'ipotesi di danno delineata all'art. 1812 cod. civ..

⁷³² In tema di trasporto, inoltre, è nota la ricorrenza del cd. *affidavit*, cui si è dedicata particolare attenzione del capitolo I, cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

La clausola solve et repete nel sistema delle obbligazioni negoziali

Conclusioni

Il meccanismo convenzionale oggi codificato nell'art. 1462 cod. civ., e tradizionalmente noto come «*solve et repete*», consente di accordare al contraente il diritto di paralizzare la proponibilità di talune eccezioni dell'altro, allo scopo di evitare che l'esecuzione delle obbligazioni di questi sia evitata o ritardata.

Il creditore, davanti all'eccezione del debitore, può ordinargli l'adempimento, invitandolo a ripetere la prestazione se essa, in esito al successivo accertamento giudiziale, si riveli non dovuta.

Per effetto del patto, le parti rafforzano la garanzia di soddisfacimento dell'obbligazione del creditore beneficiario, così incidendo sul profilo qualitativo della prestazione.

Lo studio del *solve et repete* nel diritto dei privati si proponeva di delineare, per un verso, quali fossero i limiti operativi della norma contenuta nell'art. 1462 cod. civ.; per

altro verso, di comprendere se essa potesse rivestire un ruolo sistematico, anche con riferimento a contratti bilaterali imperfetti.

La ricerca ha preso origine dal patto disciplinato in numerosi Statuti comunali del diritto intermedio.

Risulta assai diffusa l'opinione che il patto fosse emerso per la prima volta nella pratica contrattuale italiana di fine Ottocento.

In effetti, i giuristi medievali si erano già misurati sul *solve et repete*, riflettendo sulle sue conseguenze e tracciandone i limiti operativi, connaturati con l'esercizio secondo buona fede.

Attraverso l'analisi dei percorsi ricostruttivi della dottrina e della giurisprudenza, che si sono sviluppati a cavallo dei secoli XIX e XX, si è quindi dato conto della codificazione del principio nell'art. 1462 del codice civile vigente.

Per questa via, si è pervenuti a scorgere nella norma il profilarsi di un principio generale, che riaffiora anche in altri istituti e in prassi di risalente origine: tra tutti l'art.

1528 cod. civ. in tema di vendita su documenti; l'*affidavit* della pratica contrattuale marittimistica; le clausole "a prima richiesta", usualmente impiegate nelle fideiussioni, nelle polizze fideiussorie, nei contratti autonomi di garanzia.

Infine, sulla scorta delle riflessioni della Corte Costituzionale si è apprezzata la differenza di fondamento, di struttura operativa e di *ratio* dell'istituto privatistico rispetto al *solve* fiscale.

Come noto, da queste riflessioni il Giudice delle Leggi ha tratto il convincimento della conformità del *solve* privatistica ai principi costitutivi e, al contrario, dell'illegittimità del istituto di diritto tributario.

Concentrando l'attenzione sull'ampiezza applicativa dell'art. 1462 cod. civ. e, in tale itinerario, attingendo criticamente alla dottrina e alla giurisprudenza specialistica, si è cercato di evidenziare quali eccezioni possano subire il congelamento – o la rinuncia – per effetto del *solve*, e quali siano indifferenti al patto.

I profili di maggiore interesse, quanto alle eccezioni sensibili al *solve*, sono stati quelli relativi alla *exceptio*

inadimpleti contractus e alla sospensione nell'esecuzione per mutamento delle condizioni patrimoniali.

Non è mancata, peraltro, una disamina degli argomenti prospettati da dottrina e giurisprudenza per affermare o negare la possibilità di sospendere non solo le eccezioni, ma anche le azioni.

Ad ogni modo, analizzata l'interazione tra il *solve* e le principali azioni ed eccezioni accordate al contraente, i rimedi non suscettibili di rinuncia o dilazione sono parsi tutti strutturalmente attinenti, in prospettive diverse, al rapporto dedotto in contratto nel suo fondamento causale.

In questo modo, si è creduto di scorgere nel *solve* un meccanismo che, se apparentemente mette in discussione l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni corrispettive, in realtà, nei suoi limiti espressi – come in quelli individuati per via interpretativa – traccia il confine al di là del quale la prestazione assistita dalla garanzia diverrebbe astratta.

In tal modo, il «*solve et repete*», quanto ai suoi limiti applicativi, sembra elevarsi quale presidio a difesa del carattere causale del contratto, delimitando l'ambito entro il quale la causa può ancora assolvere le funzioni cui è

preposta dall'ordinamento.

Al di fuori di tale perimetro, il collegamento del negozio con la sua causa potrebbe risultare talmente flebile – fino a scomparire-, da incidere sulla validità ed efficacia del patto e di qualunque negozio che sul patto costruisca la sua funzione tipica.

È stato, quindi, dedicato ampio spazio all'analisi del potere di sospensione della condanna, concesso al giudice dal secondo comma dell'art. 1462 cod. civ.. Al riguardo, sono stati segnalati diversi profili dai quali emerge la rilevanza, nell'esercizio del potere accordato dal patto, della buona fede in senso oggettivo.

Gli aspetti processuali della disciplina del patto sono stati completati con lo studio dei temi della condanna con riserva e della ripetizione della prestazione successivamente accertata come indebita.

Con l'analisi di tali questioni, ci si è proposti di ricomporre il conflitto interpretativo tra quanti attribuiscono al patto una valenza esclusivamente processuale e quanti vi scorgono un istituto prevalentemente sostanziale.

Al riguardo, è parso di poter aderire a quest'ultima impostazione, senza negare, tuttavia, che il patto abbia una indubbia ricaduta anche nel campo del processo.

La vessatorietà del *solve et repete* ha, poi, implicato la trattazione dei problemi connessi con gli artt. 1341 e 1342 cod. civ. e con la disciplina dettata dal codice del consumo.

A questo punto, svolto uno studio specifico sulle principali teorie della causa, anche in chiave comparatistica, la ricerca si è spinta nel territorio, relativamente inesplorato, della connessione tra *solve et repete* e negozi bilaterali imperfetti.

Infatti, si è creduto di poter configurare un ambito di operatività del *solve* anche in ipotesi di assunzione di debito altrui conseguente a delegazione titolata, espromissione o acollo; in ipotesi di mutuo e di deposito; infine di donazione modale e di mandato oneroso.

Il settore d'indagine più interessante, ma anche più problematico, si è rivelato quello delle garanzie a prima richiesta, con specifico riferimento alla fideiussione cd. a prima richiesta e al comunemente nominato contratto

autonomo di garanzia.

Sintetizzando al massimo i risultati della ricerca, si può dire che è parso lecito sperimentare se, assegnando la ritenuta portata sistematica del *solve et repete*, sia comunque possibile pervenire alle conclusioni, largamente condivise da dottrina e giurisprudenza, circa la validità del contratto autonomo di garanzia quale figura atipica, diversa dalla fideiussione a prima richiesta.

La risposta è stata, pur non senza incertezze, negativa.

Al riguardo, si è sostenuto che il contratto autonomo di garanzia si dovrebbe ricondurre, semmai, alla fideiussione a prima richiesta, per identità della causa, della funzione e degli scopi perseguibili.

Conseguentemente – e diversamente da quanto fino ad oggi praticato dalla giurisprudenza - il negozio reputato atipico si dovrebbe considerare causalmente valido solo a condizione di allargare il novero delle eccezioni non paralizzabili e di variare il regime delle rivalse.

In caso contrario, ove si reputasse che il negozio autonomo rivesta una funzione diversa dalla fideiussione a

prima richiesta, essendo volto a rendere la pretesa del beneficiario del tutto insensibile a qualunque eccezione fondata sul rapporto garantito, si dovrebbe concludere per la sua nullità per illiceità della causa.

Infatti, il negozio autonomo supererebbe il limite di astrazione massimo consentito dall'ordinamento, mercé l'apposizione di un *solve et repete* ad un contratto tipico.

Questi risultati, è appena il caso di rilevarlo, sono sconfessati da giurisprudenza e dottrina praticamente unanimi che, tuttavia, non hanno mai orientato le proprie riflessioni muovendo dall'art. 1462 cod. civ.

Infatti, le conclusioni appena prospettate paiono la necessaria conseguenza dell'analisi svolta assumendo quale punto qualificante di osservazione l'unico istituto codificato che abbia un'affinità con il meccanismo operativo del contratto autonomo di garanzia.

Di certo, lo studio sul *solve et repete* spinge ad interrogarsi se vi sia una dicotomia insanabile tra il sistema pensato dal legislatore del 1942, di cui l'art. 1462 cod. civ. è espressione e privilegiata chiave di lettura, e quello che, da allora, si è andato profilando in conseguenza

dei successivi aggiustamenti operati dalla giurisprudenza.

E, se così fosse, le posizioni in tema di contratto autonomo di garanzia difficilmente potrebbero risultare pienamente soddisfacenti dal punto di vista sistematico, in assenza di uno specifico intervento del legislatore.

The Solve et Repete Principle in the Obligation System

Conclusions

The conventional mechanism today encrypted in the Art. 1462 of the Civil Code and traditionally known as "Solve et Repete", allows the contractor the right to paralyse other's exception in order to prevent the enforcement of these obligations from being prevented or delayed.

Faced to an exception, the creditor may deliver the debtor a compliance solution inviting him to repeat the performance in case a judicial assessment may find the accomplishment terms as not conclusive.

As a result of the pact, the parties reinforce the guarantee of satisfaction of the creditor's beneficiary bond, thus affecting the quality of provision itself.

Within the field of individual's Right, the Solve et Repete was firstly studied to propose the outlines of Art. 1462 C. Code operational limits; secondly, the aim was

understanding if its rules could play a systematic role in bilateral imperfect contracts as well.

The research started from many municipal law statutes.

Historically, there is however a widespread opinion that the pact may have emerged for the first time in late-nineteenth century Italian contractual practices.

Indeed, the medieval jurists had already measured with the *Solve et Repete*, reflecting both on the clause's consequences and operational limits.

Through the historical analysis of both doctrine and jurisprudence of the XIX and XX centuries, the principles of Art. 1462 of the Civil Code has been codified.

A general principle - emerged from the Norm itself - has been also adopted in various origins institutions and practices such as the Art. 1528 C. Code on documents sale, maritime contractual affidavit and Due-on-demand Clause used in sureties, guarantee policies or personal assurance contracts.

On the basis of the Constitutional Court deliberations, the fundamental, operational structure and ratio differences between privatistic institution and fiscal Solve have finally been appreciated.

As a matter of fact, these reflections convinced the Judge on the conformity of the privatistic Solve with the constitutional principles compared to the illegitimacy of the tax institute.

By focusing the attention both on the wide application of Art. 1462 C. Code and the specialistic doctrine and jurisprudence, the freeze or failure exceptions that may result from Solve, have been highlighted together with those exceptions which are indifferent to the pact.

The Solve's most interesting profiles are related to *exceptio inadimpleti contractus* and to execution suspension due to a change in the asset's terms.

However, both doctrine and jurisprudence discussed the possibilities to suspend not only exceptions, but actions as well.

In any case, analysed the interaction between Solve and the main actions and exceptions granted to the contractor, the remedies are not likely to be delayed or deferred since they all seem to be structurally related, in different perspectives, to the report based on contract's causal fundament.

In appearance, the "Solve et Repete" mechanism is capable of putting into danger the sinallagmatic relation between corresponding benefits whereas, far from its expressed or interpreted limits, the Solve has also set the boundaries beyond which the provision assisted by guarantee could become abstract.

Furthermore, the Principle seems to provide defence for casual contracts defining the framework within which the case can still perform its original functions.

Outside this field, the link between the deal and his cause could be so weak up-to disappear, affecting the validity and effectiveness of both the pact and any deal building its typical function on the pact itself.

The power of suspension of sentence granted to the judge by the second paragraph of Art. 1462 C. Code was

therefore deeply analysed. Objectively, several aspects have been reporting the concept of good faith in the exercise of power granted by the pact.

The trial aspects of the pact discipline were completed by the study of the reserve condemnation and repetition of the benefit, subsequently established as embezzled.

Through the analysis of these issues, the interpretative gap between those who give the pact a valid case and those who perceive a predominant substantial institution, has been filled.

Adhering to such an interpretation it is easier, nevertheless, the process feedback of the pact cannot be denied.

The Solve et Repete vexatory character has also involved the treatment of problems related to the Arts. 1341 and 1342 C. Code and to the discipline dictated by the code of consumption as well.

After the main theories of the causa were studied in a comparatistic way, the research went into the relatively

unexplored territory of the connection between Solve et Repete and imperfect bilateral deal.

The Solve was believed to have a part in debt recruitment, contract delegation, expropriation, mortgage deposits and loans as well in modal donation and expensive mandate.

The more interesting and also problematic field of investigation is the demand guarantee with specific reference to first guarantee and to the well known.

Summing up the research results and assigning a systematic range of Solve et Repete, it seemed reasonable to test whether it is possible to reach the conclusions shared by doctrine and jurisprudence, about the validity of the guarantee autonomous contract as atypical figure, different from the demand guarantee.

The answer was not completely negative.

In that regard, the autonomous contract should be reconducted to the first guarantee since they have the same cause, function and goals.

Consequently, far from what law has practiced so far, the atypical deal, should be considered casually valid only on condition of enlarging the number of non-freeze exceptions or if redrafted regime is changed.

Had an autonomous deal a different role from the first guarantee by avoiding any beneficiary exception based on guaranteed relationship, the unlawfulness of the deal should be soon declared.

The autonomous deal would in that case exceed the limit of maximum abstraction allowed by the rules, giving the *Solve et Repete* the possibility to apply to a typical contract.

Even if these results have been unanimously disowned from jurisprudence and doctrine, they never based their reflections upon the Art. 1462 C. Code.

These conclusions seem to be the main result of the analysis carried out taking as a central point the only codified institution whose affinity may be encrypted with the operational mechanism of guarantee autonomous contract.

The study on Solve et Repete had the merit to question whether there is an incurable dichotomy between the system designed by the 1942 legislature whose Art. 1462 C. Code is both expression and referring point, underlying some of the main processes and adjustments made by jurisprudence throughout the years.

Should such a dichotomy be confirmed, positions on autonomous contract could hardly be fully satisfactory from a systematic point of view, without a specific intervention of the legislator.

BIBLIOGRAFIA

- Addis, F.**, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999
- Addis, F.**, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Roma, 2001
- Addis, F.**, *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, Milano, 2006
- Abello, L.**, *Trattato della locazione*, I, n. 77, Napoli – Torino, 1915
- Albanese, V.**, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003
- Alcaro, F.**, *L'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Vita not.*, 1996
- Allara, M.**, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1943
- Allorio, E.**, *Limiti di efficacia del patto «solve et repete»*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, II
- Allorio, E.**, *Diritto processuale tributario*, Milano, ed. I, 1942; ed. III, 1954

Andrioli, V., *s.t.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1933, I

Arndts, L., *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, 1886, II

Arnold, S., *Die Bürgschaft auf erstes Anfordern im deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2008

Ascarelli, T., *Sulla clausola solve et repete nei contratti*, in *Foro it.*, 1929, I

Ascarelli, T., *L'astrattezza dei titoli di credito*, in *Riv. dir. com.*, 1932, I

Ascarelli, T., *Ancora sulla validità della clausola «solve et repete» nei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1933

Ascarelli, T., *Diritto sostanziale e diritto processuale nel patto contrattuale del solve et repete*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I

Ascoli, A., *Clausola di decadenza nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1927

Asquini, A., *I titoli di credito*, Padova, rist. 1966

Attardi, A., *Cosa giudicata*, in *Ius*, 1961

- Attardi, A.**, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, I
- Auletta, G. G.**, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942
- Auletta, G. G.**, *Valore ed efficacia della clausola «solve et repete» nei suoi vari tipi*, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, 423
- Aversana, G.**, *Operatività della clausola «solve et repete»*, in *Foro nap.*, 1966, III
- Azzolina, U.**, *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 1954, II
- Baldus Ubaldorum**, in *L. 2 Cod. 7*, s.d.
- Baldus Ubaldorum**, *Ad Cod. 2. 3. 20* (n. 5) e *ad. Cod. 4. 30. 13.* (n. 23), Venetiis, 1615, II
- Bähr, O.**, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Leipzig, 1855
- Barassi, L.**, *Causa*, in *Enc. giur. it.*, Milano, 1905, III, 2, sez. I
- Barassi, L.**, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946, III

Bellelli, A., *Art. 1469 - quinquies 1° e 3° comma*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, I, a cura di G. Alpa e S. Patti, 1997 (e, ora, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, in *Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2003)

Benatti, F., *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1982, I

Benincasa, M., *Formalismo e contratto di locazione*, Milano, 2004

Bensa, P. E., *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, 1898

Bensa, U., *Il Problema Giuridico del Silenzio*, in *Atti R. Un. Genova*, XIX, 1910

Betti, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952

Betti, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953

Betti, E., *Autonomia privata*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1958, I, 2

Betti, E., *Astrazione (negozio astratto)*, in *Nov. dig. it.*,
Torino, 1958, I, 2

Betti, E., *Causa del negozio giuridico*, in *Nov. dig. it.*,
Torino, 1959, III

Betti, E., «*Autotutela (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, IV,
Milano, 1959

Bianca, C. M., *La vendita e la permuta*, ed. 1972,
Torino

Bianca, C. M., *Diritto Civile, La responsabilità*, Milano,
ed. 1994 e ed. 2002, 5

Bianca, C. M., *Diritto Civile, Il contratto*, Milano, 2000,
3

Bianchi d'Espinosa, L., *Solve et repete e Costituzione*,
in *Gius. civ.*, 1961, III

Bigliazzi Geri, L., *Dell'eccezione di inadempimento*, in
Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G.
Branca, II, Bologna – Roma, 1988

Bigliazzi Geri, L., in L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F. D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto civile, Obbligazioni e contratti*, III, Torino, 1992

Bigliazzi Geri, L., *Brevi note sui «gravi motivi» di cui al 2° comma dell'art. 1462 del codice civile*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998

Biscontini, G., *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, ed. 1993

Biscontini, G., *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti: il problema della donazione mista*, Napoli, ed. 2001

Bocchini, F., *La vendita di cose mobili*, in *Cod. civile comm.*, diretto da P. Schlesinger, *sub art. 1528*, Milano, 1994

Bolaffi, R., *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936

Bologna, I., *Lineamenti sistematici della clausola «solve et repete»*, in *Giur. com. cass. civ.*, 1949, II

Bonavia, M. T., *Nota a Cass., sez. II, 5 ottobre 1976, n. 3272*, in *Temi*, 1977

Bonelli, J., *La convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: origini, scelte e principi fondamentali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990

Bonelli, G., *La decadenza dal termine del debitore insolvente*, in *Giur. it.*, 1899, IV

Bonelli, F., *Le garanzie bancarie a prima richiesta*, Milano, 1991

Bonfante, P., *Essenza della buona fede*, in *Scritti giuridici*, II, Torino, 1926

Bonfante, P., *Il contratto e la causa del contratto*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921

Bonfiglio, G., *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004

Borselli, E., *La clausola del "solve et repete" nel contratto di locazione*, in *Osser. Leg.*, 1973, 2

Bozzi, G., *La fideiussione*, Milano, 1995

Bozzi, L., *Le clausole vessatorie sotto giudizio di abusività*, in *Riv. dir. civ.*, 2003

Briegleb, H. C., *Über executorische Urkunden und executor Prozess*, Stutgard, 1845

Briegleb, H. C., *Eintleitung in die Theorie des summarischen Prozesse*, Leipzig, 1859

Briganti, E., *Garanzie personali atipiche*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1988, I

Brunetti, A., *Inadempimento del noleggiante e pagamento del nolo*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II

Brunetti, A., *Diritto marittimo privato*, III, 1, Torino, 1935

Bruno, G., *Le lettere di patronage nel sistema dei rapporti economici*, Napoli, 2004

Busnelli, F. D. - Morello, U., *La Direttiva 93/13 CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. notar.*, 1995

Busnelli, F. D., *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Comm. al Capo XIV bis del c.c.: dei contratti del consumatore, (art. 1469 bis - 1469 sexies)*, a cura di C.M. Bianca, F. D. Busnelli, G. Iudica e M. Nuzzo, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997

Calandra Buonauro, V., *Il mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II

Califano, G. P., *L'impugnazione della sentenza non definitiva*, Napoli, 1996

Candian, A., *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1953

Candian, A., *Nuove riflessioni sull'amministrazione controllata*, in *Temi*, 1956

Cantoni, U., in *Commercio*, X, 1931

Caravelli, C., *La clausola «solve et repete» nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1930, I

Caravelli, C., *Teoria della compensazione e diritto di ritenzione*, Milano, 1940

Capitant, H., *De la cause des obligations*, Paris, 1924

Carlson, T., *La clausola solve et repete nei contratti*, in *Dir. comm.*, 1914, I

Carnelutti, F., *Clausola «solve et repete»*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, I

Carnevali, U., *La donazione modale*, Milano, 1969

Carpino, B., *La vendita su documenti*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da P. Rescigno, 11, *Obbligazioni e contratti*, III, Torino, 1984

Carraro, L., *Il valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Studi Carnelutti*, III, Padova, 1950

Carresi, F., *Il comodato, il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Carresi, Torino 1957

Cassin, R., *De l'exception tirée de l'inexécution dans le rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, 1914

Castellano, G., *Il dissesto dell'assicuratore e la tutela dell'assicurato*, in *Giur. it.*, Milano, 1971, I, 1

Cavaliere, T., *Le polizze fideiussorie tra assicurazione e garanzia*, in *Giur. it.*, 1991, IV

Cerdonio Chiaromonte, G., *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I

Cerino Canova, A., *Le impugnazioni civili: struttura e funzione*, Padova, 1973

Checchini, A., *La promessa del fatto del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I

Chindemi, D., *Deroga pattizia all'applicazione dell'art. 1957 cod. civ. nel caso di garanzia «a semplice richiesta»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I

Chiné, G., *Garanzie bancarie «a prima richiesta» e tutela cautelare atipica*, in *Giur. it.*, 1993, I

Chiné, G., *I confini del "patronage": un istituto ancora in cerca di autore*, in *Giur. it.*, 1996

Chiovenda, G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1925

Chiovenda, G., *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930

Chizzini, A., *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. IV civ.*, Torino, 1998, XVIII

Cian, G., *Il nuovo capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996

Cicala, R., *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991

Cicu, F., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948

Colagrosso, E., *Il libro delle obbligazioni*, in *Commento al nuovo codice civile italiano, parte generale*, Milano, 1943

Colagrosso, E., *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948

Comoglio, L. P., Ferri C., Taruffo, M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2006, I

Confortini, M., *Problemi generali del contratto attraverso la locazione*, Padova, 1988, e

Confortini, M., *Garanzia autonoma e debito solidale*, in *Scritti in onore di Giuseppe Benedetti*, i.c.d.p.

Consolo, C., *Impugnazione immediata di una sentenza non definitiva e proseguimento del giudizio di primo grado*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II

Corsetti, A., *De iuramento et eius privilegio*, Venezia, 1584

Cosentino E., *Autonomia e astrattezza nella garanzia "a prima richiesta"*, in *Corr. giur.*, 2000, II

Coviello, N., *Del caso fortuito*, Lanciano, 1895

Coviello, N., *Manuale di diritto civile italiano, Parte generale*, Milano, 1929

Cristofolini, G., *Solve et repete*, in *Studi della facoltà di Pavia per Diena*, Pavia, 1936

Cocivera, B., «Solve et repete» e Costituzione, in *Dir. e prat. trib.*, 1951, I

Crome, K., *System des deutschen Burgerlichen Rechts*, Tubingen und Leipzig, 1906, I e II

Cuccovillo, M., *Pagamento « a prima richiesta » e decadenza del creditore tra autonomia e accessorietà della garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II

D'Amico, G., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005

D'Angelo, A., *Commento all'art. 1469-bis, comma 3°, n. 16 c.c. in Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. Cesaro, Padova, 1996, I

D'Onofrio, P., *Processualità e non processualità della clausola «solve et repete»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1938, II

Dalmartello, A., *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Nov. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, XVII

Danovi, R., *La decadenza dal beneficio del termine*, in *Dir. fall.*, 1964, I

De Bonis, D., *Le lettere di patronage*, in *I nuovi contratti*, a cura di E. Napolillo, Piacenza, 2002

Degni, F., *La vendita*, Padova, 1939

De Longhi, E., *Intorno al patto del «solve et repete» nei contratti*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, II

De Nictolis, R., *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998

De Nova, G., *La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole standard abusive*, in *Contratti*, 1993

De Nova, G., *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996

De Ruggiero, R., *Istituzioni di diritto civile*, Messina – Milano, 1934, I

Di Amato, A., *Dissesto dell'assicuratore e rifiuto nel pagamento dei premi da parte dell'assicurato*, in *Giust. civ.*, 1971, I

Di Amato, A., *Ancora in tema di dissesto dell'assicuratore e tutela dell'assicurato*, *ivi*, 1973, I

Di Blasi, F. U., *Il libro delle obbligazioni*, in *Commento al nuovo codice civile italiano*, di E. Colagrosso e F. U. Di Blasi, Milano, s.d. ma 1943

Di Majo, A., *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I

Di Majo, A., *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989

Di Marzio, F., *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 1999, II

Di Paola, S., *Nota a Cass. 3 dicembre 1981, n. 6406*, in *Foro it.*, 1982, I

Distaso, N., *I contratti in generale*, II, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, ed. 1966

Donati, A., *Natura giuridica delle c.d. polizze fideiussorie*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1957, II

Dossetto, M., *Clausola «solve et repete» e rilievi in tema di approvazione specifica*, in *Foro pad.*, 1956, I

Dossetto, M., *Condizioni generali di contratto*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1957, III, 1

Duguit, L., *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901

Ehrlich, E., *Die stillschweigende Willenserklärung*, Berlin, 1893

Endemann, F., *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1900, I

Enneccerus L., Lehmann, H., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, Marburg, 1930

Enneccerus L., Lehmann, H., *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1954, 14

Enrietti, E., *Della risoluzione del contratto*, in *Codice civile. Libro delle obbligazioni. Commentario diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, I, Delle obbligazioni e dei contratti in generale*, Firenze, 1948

Fadda, C., *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909

Favara, U., *L'exceptio non adimpleti contractus*, Napoli, 1939

Faxiolus J. et Bartolus De Saxoferrato, *De sommaria cognitione commentarii*, ed. F. Briegler, Erlangen, 1843

Fedele, A., *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1983

Ferrara F., Senior, *Sul concetto dei negozi astratti e sul loro riconoscimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I.

Ferrara F., Senior, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914

Ferrarini, E., *I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, Roma, 1947

Ferri, G. B., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1954

Ferri, G. B., *Meritevolezza degli interessi e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II

Ferri, G. B., *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I

Fragali, M., *Fideiussione e assicurazione*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1955, I

Fragali, M., *Fideiussione. Mandato di credito*, *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, II, Bologna – Roma, 1968

Fragali, M., *Ancora sul comportamento omissivo del creditore verso il debitore garantito*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1971, I

Fragini, A., *In tema di efficacia della clausola «solve et repete»*, in *Corr. giur.*, 1995, 7

Francario, L., *Clausole vessatorie*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988

Franzoni, M., *Dell'annullabilità del contratto*, Milano, ed. 2005

Fritze, O., *Clausola Rebus Sic Stantibus*, in *Arch. f. bürg Recht*, 1900

Fubini, R., *Locazione di cose*, Milano, 1917, I, n. 77

Funaioli, G. B., *Su di un caso apparente di inapplicabilità della clausola «solve et repete»*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, II

Gabba, C. F., *Nota a Cass. 17 dicembre 1881*, in *Foro it.*, 1881, I

Gabrielli, G., *Una singolare nullità, inopponibile in via di eccezione: la conferma legislativa di un consolidato indirizzo giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I

Galgano, F., *I rapporti di scambio nella società post-industriale*, in *Vita notarile*, 1992

Gambino, A., *Fideiussione, fideiussio indemnitis e polizza fideiussoria*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II

Gambino, A., *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964

Gambino, A., *Inadempimento e dissesto dell'assicuratore*, in *Studi in onore di A. Donati*, Roma, 1970, II

Garofalo, L., *Per un applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I

Gasca, L., *Trattato della compra-vendita civile e commerciale*, II, Torino, 1915

Gazzoni, F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I

Gazzoni, F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, ed. 1994

Genovese, Antonio, *Contratti di adesione*, in *Enc. dir.*, 1962, Milano, X

Genovese, Andrea, *Vessatorietà e abusività delle clausole d'uso*, in *Obb. contr.*, 3, 2006

Gentili, A., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997

Gernhuber, J., *Synallagma und Zessios*, in *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser*, Tübingen, 1974

Ghestin, J., Desché, B., *La vente*, in *Traité des contractus*, sous la direction de J. Ghestin, Paris, 1900

Giampiccolo, G., *Comodato e mutuo* in *Trattato di diritto civile* diretto da G. Giampiccolo, Milano, 1972

Giampiccolo, G., *Mutuo (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, XXVII

Giannattasio, C., *La specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose del contratto di assicurazione*, in *Studi donati*, 1970

Giannini, A. D., *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1956

Giordano, A., *Sulla problematica del contratto autonomo di garanzia e la necessità di una sua regolazione legislativa*, in *Giust. civ.*, 1987, II

Giorgi, G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze, 1891, e IV, Firenze, 1908

Giorgi, G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II, *Effetti delle obbligazioni*, Torino, ed. 1930

Giorgianni, M., *Lezioni di diritto civile*, a cura di C. M. Bianca, Bologna, 1956

Giorgianni, M., *Causa*, in *Enc. dir.*, Milano, *Enc. dir.*, Milano, 1960, VI

Giorgianni, M., «*Inadempimento*», in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XX

Gorla, G., *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934

Gorla, G., *Il contratto*, Milano, 1955

Grana, P. L., *Obbligazione di garanzia e tipicità della disciplina*, in *Contr. impr.*, 1996

Greco, P., *La clausola «solve et repete»: ragioni e limiti della sua efficacia*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II

Greco, P., Cottino, G., *Della vendita*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro Quarto. Delle obbligazioni, art. 1470 – 1547, Bologna – Roma, ed. 1962

Grippe, G., *Clausola di sopravvivenza e Clausola a Semplice Richiesta nei Nuovi Modelli Abi di Fideiussione le Tappe della Giurisprudenza*, in *Contr. impr.*, 1990, I

Griziotti, B., *Quando e perché l'inapplicabilità del «solve et repete»*, in *Riv. dir. fin.*, 1950, II

Guarneri, A., *Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1989, V

Guastini, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da F. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1998, I, 1,

Guastini, R., *Disposizioni sulla legge in generale*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Cendon, sub art. 12, Torino, 1991

Hellwig, K., *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, in *Scritti per Gierke*, II, Breslavia, 1910

Heusler, A., *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Leipzig 1885- 1886

Huber, U., in *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964*, hrsg. Von H. Dölle, München, 1976

Irti, N., *Introduzione allo studio del diritto privato*,
Milano, 1974

Irti, N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1979

Jarach, D., *Sul fondamento giuridico del «solve et repete»*, in *Riv. fin.*, 1937, I

Jovino, P. D., Niutta, A., *Contratto preliminare di compravendita immobiliare assistito da polizza fideiussoria con clausola "solve et repete": la funzione complessiva dell'operazione economica si riflette sulla causa dei singoli negozi giuridici che la compongono*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. ob.*, 2001, 2

Klitsche de La Grange, A., *Solve et repete (diritto tributario)*, in *Enc. for.*, Milano, 1962, VII

La Lumia, I., *L'obbligazione cambiaria e il suo rapporto fondamentale*, Milano, 1923

La Torre, M., *Sulla clausola «solve et repete» nei contratti ed in specie nelle locazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, II

La Torre, M., *Ancora sulla clausola «solve et repete» nei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, II

Lambrini, P., *Contratto autonomo di garanzia ed exceptio doli generalis*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II

Larenz, K., *Vertrag und Unrecht*, Hamburg, 1936, I

Larombière, L. V. L., *Théorie et pratique des l'obligations*, III, Paris, 1885, art. 1886, n. 37

Laubhardt, H., *Zur Auslegung del § 321 BGB*, in *Arch. civil. Prax.*, 1912

Lazzaro, G., *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino, 1965

Leccese, E., *La clausola solve et repete*, Milano, 1998

Lefebvre D'Ovidio, A., «Affidavit», in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958

Lener, A., *Condizioni generali del contratto, clausola «solve et repete» e tutela della prevaricazione*, in *Foro it.*, 1976, 1

Lener, A., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V

Lessona, C., *Legittimità della massima «inadimplenti non adimplendum»*, in *Riv. dir. comm.*, 1818, I

Liebman, E. T., *Contro il patto del «solve et repete» nei contratti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1931, II

Liebman, E. T., *Variazioni intorno alla clausola del «solve et repete» nei contratti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1933, II

Lipari, M., *La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria*, in *Giust. civ.*, p. 1986, II

Lobuono, M., *Le garanzie nel project finance*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II

Longo, L., *Brevi note sulla causa del contratto autonomo di garanzia*, in *Dir. giur.*, 2006

Lucchi, C., *Patto o clausola del solve et repete*, in *Digesto*, 4[^] ed., Torino, XVIII, 1998

Luiso, F. P., *Appunti di diritto processuale civile*, Pisa, 1990, II

Lumbroso, G., *Il valore della clausola «pagamento a contro documenti»*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II

Luzzatto, R., *L'eccezione di inadempimento (Note su una recente pubblicazione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957

Magnani, C., *Solve et repete (diritto tributario)*, in *Nov. dig. it.*, XVII, Torino, 1970

Maiorca, S., *Il contratto. Profili della disciplina generale*, Torino, 1996

Mandrioli, C., *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2006, 1 e 2

Manenti, G., *La condizione risolutiva tacita*, in *Riv. dir. civ.*, 1912

Manna, A., *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto d'appalto*, in *Giust. civ.*, 1997, I

Marengo, R., *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996

Mariconda, G., *Nota a Cass., Sez. Un., 1° ottobre 1987, n. 7341*, in *Corr. giur.*, 1987

Massironi, M., *Note in tema di fideiussione e clausola di pagamento "a semplice richiesta"*, in *Giur. it.*, 1999

Massone, E., *Mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II

Martorano, F., *Lineamenti generali dei titoli di credit e dei titoli cambiari*, Napoli, 1979

Mastropaolo, F., *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, ed. 1989 e ed. 1995

Mastropaolo, F., *Pagamento a prima richiesta, limiti all'opponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, in *Banca, bor. tit. cred.*, 1990, II

Mazzoni, A., *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto di terzo*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1984

Melandri, M., *Del contratto di fideiussione con clausola "solve et repete"*, in *Foro pad.*, 1996, 1

Melandri, M., *Appalto di servizi e clausola solve et repete*, in *Foro pad.*, 1997, 1

Mengoni, L., *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, Milano, 1998

Meo, G., *Fideiussioni e polizze fideiussorie: la clausola a prima richiesta*, in *Contr. imp.*, 1998

Messinetti, D., *Nota a Cass. 30 ottobre 1956, n. 1361*,
in *Giust. civ.*, 1956, I

Messineo, F., *Dottrina generale del contratto*, Milano,
1946

Messineo, F., *Manuale di diritto civile e commerciale*,
III, Milano, 1959

Mezzanotte, L., *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela
alla pena privata*, Napoli, 1995

Micheli, G. A., *Presupposti costituzionali del «solve et
repete»?*, in *Studi Parmensi*, 1951

Mirabelli, G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario
del codice civile*, Libro IV, 2, Torino, ed. 1980, IV, 2

Mirabelli, G., *La vendita*, Torino, 1988

Miraglia, C., «Solve et repete», in *Enc. dir.*, XLII,
Milano, 1990

Molitor, V., *Das Wesen des Arbeitsvertrages*, Leipzig,
1925

Molitor, V., *Shuldrecht*, Berlin -München, 1948

Montagnani, C., *Fideiussione in funzione di cauzione e deroghe convenzionali all'art. 1957 c.c.*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1984, I

Montesano, F., *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli, 1960

Montesano, L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994

Montessori, R., *Il diritto di ritenzione in materia commerciale*, Milano, s.d.

Monticelli, S., *Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (note a margine dell'art. 1469-quinquies, commi 1° e 3°, c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997

Monticelli, N., *La tutela ex art. 1957 codice civile tra fideiussione, clausola solve et repete e garanzia atipica*, in *I Contratti*, 2004, II

Monticelli, S., *Garanzie autonome e tutela dell'ordinante*, Napoli, 2003

Morello, U., *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 1996

Mortara, L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, s.d. (ma 1911), I

Mosco, L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950

Mossa, L., in *Ann. di dir. comp.*, 1930, § III

Muratori, F., *Script.*, VII

Nappi, F., *Fideiussione temporalmente delimitata (Zeitburghschaft) ed art. 1957 c.c.*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1995, II

Natoli, U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1966

Nuzzo, M., *Commento all'art. 1469 ter*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469 bis -1469 sexies*, a cura di C.M. Bianca e F. D. Busnelli, Padova, 1996

Nuzzo, M., *Art. 1469-quinquies*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999

Oertmann, P., *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1928

Oppo, G., *Contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I

Osti, G., *Appunti per una teoria della «sopravvenienza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1913

Osti, G., *Clausola «rebus sic stantibus»*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, III, p. 360

Padovini, F., *Contratto autonomo di garanzia e contratti standard*, in *Contr. imp.*, 1991

Paladin, L., *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Milano, 1965

Paladin, L., *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XIV

Pardolesi, R., *Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: una direttiva abusata?* in *Foro it.*, 1994, V

Pasetti, G., *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970

Passagnoli, G., *Art. 1469-quinquies, comma 1°, 3° e 5°*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999

Patroni Griffi, A., *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori (direttiva 93/13 CE)*, in *Rass. dir. civ.*, 1995

Patti, S., *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, Padova, 1996

Pellegrini, L., *La donazione costitutiva di obbligazione*, Milano, 2004

Perlingieri, P., *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001

Perlingieri, P., *La nullità del contratto fra esigenze protettive e principio di conservazione*, in *Annali della Facoltà di economia di Benevento*, 2004

Persico, F., *Del silenzio come sorgente di obbligazioni*, in *Atti della R. Acc. di Scienze morali e politiche di Napoli*, XXII, , 1888

Persico, E., *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955, 217

Pertile, A., *Storia del diritto italiano*, Torino, 1987, II, 1

Piazza, G., *Polizza fideiussoria e solve et repete*, in *Contratti*, 1994, 4

Pino, A., *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963

Pipia, U., *La compra-vendita commerciale con particolare riguardo al diritto civile agli usi mercantili ed alla più recente giurisprudenza*, Torino, 1902

Pisciotta, G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2000

Pistolese, G. R., *La clausola «solve et repete» nei negozi di diritto privato. Appunti critici di giurisprudenza*, in *Temi em.*, 1932

Planiol, M., Ripert, G., Boulanger, J., *Traité de droit civil*, Paris, 1957, II

Polacco, V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915

Poletti, D., Voce «*Clausola del solve et repete*», in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2002, XXIX, 5

Portale, G., *Fideiussione e «Garantievertrag» nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978

Portale, G., *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1988

Portale, G., *Fideiussione e «Garantievertrag» nella prassi bancaria, le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989

Pothier, R. J., *Trattato delle obbligazioni*, trad. it., Milano, 1805, I

Presutti, E., «Solve et repete», in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1940, XII

Prosperetti, M., *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973

Proto Pisani, A., *Appunti sulla tutela sommaria*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979

Proto Pisani, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999

Proto Pisani, A., *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I

Provinciali, R., *Fallimento*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1960

Provinciali, R., *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1969

Provinciali, R., *Insolvenza*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971

Pugliatti, S., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile, Saggi*, Milano, 1951

Putti, P. M., *La nullità parziale: diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002

Quadri, R., "Nullità" e tutela del "contraente debole", in *Contratto e impr.*, 2001

Quarta, O., *Commento alla legge sulla imposta di ricchezza mobile*, III, Milano, 1925

Ravazzoni, A., *Osservazioni in tema di mutamento nelle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti*, in *Temi*, 1958

Ravazzoni, A., *Le c.d. cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G. Portale, Milano, 1978

Realmonte, F., «*Eccezione di inadempimento*», in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965

Redenti, E., *Diritto processuale civile*, Milano, 1953

Rescigno, P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I (ora ristampato, Bologna, 1998)

Rescigno, P., *Il problema della validità delle fideiussioni omnibus*, in *Bancaria*, 1972

Rescigno, P., *Osservazioni sulla seconda sentenza della Corte di Cassazione 6 ottobre 1989, n. 4006 e altre pronunce di merito, in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1990, 30

Resta, E., *Eccezione di inadempimento ed autotutela*, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1971

Rizzo, V., *Le clausole abusive: realtà e prospettive. La direttiva CE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993

Rizzo, V., *Art. 1469 bis, comma 1°*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. Cesaro, I, Padova, 1996

Rodotà, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969

Romagnoli, G. L., *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997

Romano, S., *Ordinamento sistematico del diritto privato*, a cura di F. Romano, Napoli, s.d.

Romano, S., *Buona fede (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, V

Romano, S., *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I

Roppo, E., *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1996

Roppo, V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001

Rossetti, M., *I contratti in generale*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000

Rossano, C., *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966

Rotondi, M., *Istituzioni di diritto civile*, Pavia, 1954

Rubino, D., *La compravendita*, Milano, 1962

Rubino Sammartano, M., *Garanzia a prima richiesta. Ripiegamenti tattici dopo la caduta dell' astrattezza e dell' autonomia. Solve et repete*, in *Foro pad.*, 1992, 1, 218

Ruggeri, L., *Interesse del garante e struttura negoziale: contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, Napoli, 1995

Russo, C., *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997

Sacco, R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949

Sacco, R., *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Ban. bor. tit. cred.*, 1971

Sacco, R., *Le invalidità, Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, X, 2, Torino, 1982

Sacco, R., *I rimedi sinallagmatici*, in *Il contratto*, II, di R. Sacco e G. De Nova, in *Trattato di diritto privato*, diretto da R. Sacco, Torino, ed. 1993

Salemi, B., *L'assicurazione del credito: polizze fideiussorie, cauzioni*, Milano, 1959

Salvioli, G., *La cognizione sommaria*, in *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, a cura di P. Del Giudice, Milano, 1927, III, 2

Santarelli, U., *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, 1998

Santoro-Passarelli, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, ed. 1959 e ed. 1976

Satta, S., *Rivendita forzata*, Milano, 1933

Satta, S., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1952

Satta, S., Punzi, C., *Diritto processuale civile*, Padova, ed. 2000

Scaduto, G., *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano*, in *Ann. sem. giur. dell'Università di Palermo*, 1922, p. 225

Scalfi, G., *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I

Scalfi, G., *Termine di efficacia del rifiuto di adempimento a causa dell'evidente pericolo di non conseguire la prestazione*, in *Temi*, 1959

Scalfi, G., *L'inadempimento dell'assicuratore*, in *Temi*, p. 87, 1968

Scalfi, G., *La sospensione del contratto, l'eccezione di inadempimento e la tutela dell'assicurato*, in *Giur. it.*, 1971, I, 2

Scalisi, V., *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971

Scalisi, V., *Manifestazione in senso stretto*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975

Scalisi, V., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998

Scarselli, G., *Il decreto ingiuntivo e la Comunità europea*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II

Scarselli, G., *La condanna con riserva*, Milano, 1989.

Schlegelberger, H., *Das Zurückbehaltungsrecht*, Jena, 1904

Scialoja, V., *I negozi giuridici*, Roma, 1893, rist. 1938

Scognamiglio, C., *Dei contratti in generale*, in *Commentario* diretto da A. Scialoja e G. Branca, II, Bologna – Roma, 1988, Libro Quarto. Delle obbligazioni

Scognamiglio, C., *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, XVI, 1989

Seletti, S., *Il patto del «solve et repete» nei negozi privati*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II

Senin, A., *La clausola «solve et repete» nei contratti tra privati*, in *Riv. dir. civ.*, 1936

Siniscalchi, A. M., *Profili della nullità formale*, Milano, 2000

Spallarossa, M. R., *Contratti collegati e giudizio di buona fede*, in *Giur. mer.*, 1972, I

Spano, E., *Le Sezioni Unite sulla garanzia a semplice richiesta scritta e senza eccezioni*, in *Banc. e banch.*, 1988

Spiazzi, D., *Provvedimenti del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Nov. dig. it.*, App. VI

Stammler, R., *Der Garantievertrag*, in *Arch. f. Civ. Praxis*, 1886

Stampe, E., *Das Causa - Problem des Zivilrechts*, Greifswald, 1904

Stanzione, P., *Considerazioni sulle clausole onerose nelle assicurazioni private*, in *Studi di diritto civile*, Napoli, 1986

Sthal, F. J., *Die sogenannte Clausola Rebus Sic Stantibus im B.G.B.*, München-Berlin, 1909

Stolfi, G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947

Stolfi, G., *Natura giuridica dell'assicurazione cauzione*, in *Assicurazioni*, 1958, I

Talassano, F., «Solve et repete» e patto commissorio espresso, in *Giur. it.*, 1939, I, 2

Tamponi, M., *La risoluzione per inadempimento*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999

Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da F. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1980, I, 1

Tartufari, L., *L'exceptio inadimpleti contractus e l'azione di danni per causa dell'exceptio inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II

Tartufari, L., *Delle vendita e del riporto*, in *Il codice di commercio commentato*, coordinato da L. Bolaffio e C. Vivante, III, Torino, 1925

Tedeschi, G., *Sulla clausola solve et repete nei contratti sinallagmatici*, in *Foro Lomb.*, 1931

Tiranquellus, *Tractatus varii*, Lugduni, 1567, 7

Torrente, A., *La donazione*, a cura di U. Carnevali e A. Mora, Milano, 2006

Trabucchi, A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1970

Valle, L., *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004

Verdicchio, V., *Forme volontarie e accordo contrattuale*, Napoli, 2002

Viale, M., *Sfogliando la margherita: «Garantievertrag» e fideiussione «omnibus» in Cassazione*, in *Foro it.*, 1988, I

Vinciguerra, G., *Ancora una pronuncia in tema di distinzione tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, in *Dir. giur.*, 2005

Vitti, M., *Polizza fideiussoria: natura giuridica e sua assimilabilità al contratto autonomo di garanzia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I

Vitucci, P., *Clausola «solve et repete», principio d'uguaglianza (ed autonomia contrattuale) nell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale dell'art. 1462 cod. civ.*, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, 783

Volpe Putzolu, G., *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992

Windscheid, B. J. H., *Zur Lehre des Code Capoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, 1847

Zana, M., *La regola della buona fede nell'eccezione di inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 2

Zimatore, A., *Il mutuo di scopo : problemi generali*, Padova, 1985