

*Il sistema del diritto civile*

**MARCO FRATINI**

---

**IL  
CONTRATTO**

**EDIZIONE  
2022**



**ACCADEMIA DEL DIRITTO**

EDITRICE



## INDICE

Premessa .....	V
----------------	---

### PARTE I

## IL CONTRATTO IN GENERALE

### CAPITOLO 1

#### IL CONTRATTO E LA LIBERTÀ CONTRATTUALE

1. La centralità del contratto .....	1
2. Alle origini del contratto .....	1
3. Il trapasso dalle figure di contratto alla figura del contratto .....	2
4. Il contratto come paradigma .....	2
5. Il fondamento dell'obbligatorietà del contratto .....	3
6. La libertà contrattuale .....	4
7. La libertà di contrarre .....	5
8. La funzione sociale del contratto e le restrizioni alla libertà di contrarre.	5
9. Eguaglianza formale e disuguaglianza reale .....	6
10. L'inserzione automatica di clausole .....	6
11. L'obbligo di contrarre. Il contratto imposto. Il monopolio .....	7
12. Il divieto di discriminazione nei rapporti contrattuali .....	9
12.1 Il quadro normativo antidiscriminatorio .....	9
12.2 Il fondamento costituzionale del divieto di discriminazione .....	11
12.3 La <i>ratio</i> del divieto di discriminazione .....	11
12.4 Il campo di applicazione del divieto e il rapporto con l'autonomia negoziale .....	11
12.5 Divieto di discriminazioni e parità di trattamento .....	13
12.6 Offerta al pubblico e discriminazione .....	14
12.7 La tutela antidiscriminatoria .....	14
12.7.1 Il riparto dell'onere della prova .....	16
12.7.2 I poteri rimediali dell'autorità giudiziaria .....	17
12.7.2.1 L'ordine di cessazione della discriminazione .....	17
12.7.2.2 La nullità della clausola discriminatoria .....	18
12.7.2.3 Il risarcimento del danno .....	18
12.7.2.4 La tutela costitutiva .....	19

### CAPITOLO 2

#### LE FONTI DEL DIRITTO DEI CONTRATTI

1. Il contratto come fonte del diritto (autoregolamento) .....	21
2. Il diritto europeo dei contratti .....	21
3. Il diritto internazionale dei contratti .....	22
4. La Costituzione .....	22
5. Il contratto nel codice civile .....	24
6. Il contratto nella legislazione speciale e di settore: il nuovo diritto dei contratti .....	25
7. I codici di condotta e il fenomeno dell'autodisciplina .....	26
8. I codici deontologici .....	27
9. I codici di comportamento, di autodisciplina e i codici etici .....	28

## CAPITOLO 3

## CONTRATTO, NEGOZIO E ATTI UNILATERALI

1. Contratto e negozio giuridico . . . . .	29
2. La classificazione dei negozi giuridici . . . . .	29
3. Gli atti unilaterali . . . . .	32
4. Le promesse unilaterali . . . . .	33
4.1 <b>Excursus</b> storico sulle promesse unilaterali . . . . .	34
4.2. La morfologia delle promesse unilaterali . . . . .	35
4.3 Promesse unilaterali tipiche e atipiche . . . . .	36
5. Promessa di pagamento e ricognizione di debito . . . . .	40
5.1 Natura negoziale della promessa . . . . .	41
5.2 Contenuto degli oneri di allegazione e prova . . . . .	42
5.3 L'esigenza "funzionale" della forma e il problema della recettività. . . . .	43
5.4 Oggetto di promessa di pagamento e riconoscimento di debito . . . . .	44
5.5. Il riconoscimento dei diritti reali . . . . .	45
6. Le promesse per causa di garanzia . . . . .	46
7. Le promesse (atipiche) di fare: il problema della giustificazione causale. . . . .	47
8. Promessa unilaterale traslativa o costitutiva di diritti reali . . . . .	48
9. La promessa al pubblico . . . . .	49
9.1 Promessa e contratto. Promessa al pubblico e offerta al pubblico . . . . .	49
9.2 La natura gratuita della promessa al pubblico . . . . .	51
9.3 La promessa al pubblico nell'analisi economia del diritto . . . . .	52
9.4 L'oggetto della promessa. Promessa e sistema dei diritti reali . . . . .	53
9.6 La revoca della promessa: la giusta causa . . . . .	55
10. Gli atti non negoziali. . . . .	55
10.1 Gli elementi dell'atto giuridico in senso stretto . . . . .	57
10.2. La classificazione degli atti giuridici in senso stretto . . . . .	57
10.3 La disciplina dell'atto giuridico in senso stretto. . . . .	58

## CAPITOLO 4

## IL CONTRATTO E L'ACCORDO NON CONTRATTUALE

1. Il significato del termine "contratto". . . . .	61
2. La definizione normativa di contratto . . . . .	61
3. Gli effetti del contratto: costituire, regolare o estinguere . . . . .	62
4. L'incidenza sui rapporti giuridici . . . . .	62
5. L'intento giuridico. . . . .	63
6. L'intento giuridico negativo: <i>deliberate no law</i> . Il patto tra gentiluomini. . . . .	64
7. I rapporti di cortesia: <i>contestual no law</i> . . . . .	65
7.1 Analisi dei rapporti di cortesia: trasporto, deposito, comodato, mutuo e mandato. . . . .	66
8. La patrimonialità del rapporto . . . . .	67
8.1 Gli accordi su materie non patrimoniali . . . . .	68
9. I contratti ad interessi non patrimoniali . . . . .	69

## PARTE II

### LA FORMAZIONE DEL CONTRATTO

#### CAPITOLO 1

##### LA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

1. Formazione istantanea e formazione ex intervallo temporis del contratto	71
2. Gli schemi di formazione del contratto	71
3. La tassatività degli schemi di formazione del contratto	72
4. Modelli normativi di formazione e requisiti minimi di accordo	73
5. Schema generale e schemi particolari di formazione del contratto	74
6. Lo schema generale: proposta e accettazione	74
7. Proposta e accettazione: natura giuridica	75
8. L'attitudine vincolativa di proposta e accettazione	75
9. Il carattere ricettizio di proposta e accettazione	76
10. La proposta: caratteri e contenuto	77
11. Proposta e situazioni giuridiche conseguenti	77
12. La credibilità della proposta	78
13. L'accettazione: la conformità	79
13.1. Tempestività e formalità	79
14. Il silenzio "contrattuale"	80
14.1 I comportamenti concludenti. La protestatio	82
15. La revoca in una prospettiva di sistema	83
15.1 Gli effetti della revoca	86
15.2 La forma della revoca	87
15.3 Revoca e mutuo dissenso	88
15.4 L'attributo della revocabilità	88
16. La revoca della proposta e dell'accettazione	90
16.1 La natura recettizia della revoca	91
17. La caducazione della proposta e dell'accettazione	92
18. L'offerta al pubblico	94
18.1 La revoca dell'offerta al pubblico	96
18.2. Figure affini. L'invito ad offrire	96
18.2.1. La promessa al pubblico	97
18.3. Offerta al pubblico e discriminazione (rinvio)	97
19. Il luogo di conclusione del contratto	97
20. L'accordo delle parti come risultato del procedimento di formazione del contratto	98
21. Le componenti del consenso. La cosiddetta «volontà comune» o «volontà contrattuale»	98
22. Il dogma della volontà e la teoria della dichiarazione	99
23. I rapporti contrattuali di fatto	101

#### CAPITOLO 2

##### GLI SCHEMI ALTERNATIVI DI CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

1. Il procedimento aggravato di conclusione del contratto	103
2. I contratti reali	103
2.1 La neutralità e la spiritualizzazione della consegna	104
3. Le forme di conclusione aggravate per volontà delle parti	105
4. Le forme di conclusione aggravate per volontà di una parte	105
5. Il procedimento semplificato di conclusione del contratto	105

6. L'inizio dell'esecuzione del contratto: la <i>ratio</i> . . . . .	106
6.1. I presupposti . . . . .	106
6.2. Gli atti di esecuzione . . . . .	107
6.3. Gli atti di appropriazione . . . . .	108
6.4. La natura degli atti di esecuzione e di appropriazione. . . . .	109
6.5. L'avviso . . . . .	110
6.6. La <i>protestatio</i> . . . . .	110
7. Il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente . . . . .	111
8. Le tesi contrattualistiche: la fattispecie come contratto bilaterale . . . . .	111
8.1 La tesi del contratto a formazione unilaterale. . . . .	113
8.2 La tesi del negozio (promessa) unilaterale . . . . .	113
8.3. Il campo di applicazione dell'art. 1333 c.c. . . . .	114
8.3.1 L'art. 1333 e i negozi a effetti reali . . . . .	115
9. La conclusione dei contratti plurilaterali . . . . .	116
9.1 La conclusione dei contratti con parte soggettivamente complessa . . . . .	117
10. L'adesione al contratto aperto . . . . .	117
10.1 La clausola di apertura come proposta, offerta al pubblico, invito ad offrire . . . . .	118
10.2 L'adesione del terzo come negozio unilaterale a se stante . . . . .	118
10.3 La funzione configurativa della clausola di apertura . . . . .	118
11. I contratti per adesione . . . . .	119
11.1 Condizioni generali di contratto . . . . .	120
12. Il contratto con se stesso: formazione unilaterale del contratto? . . . . .	121

### CAPITOLO 3

#### LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL CONTRATTO

1. La formazione del contratto tra statica e dinamica . . . . .	123
2. La formazione a tappe del contratto . . . . .	123
3. Minuta di contratto e puntuazione . . . . .	124
3.1 La distinzione tra minuta e contratto . . . . .	125
3.2 Puntuazione completa e puntuazione semplice . . . . .	127
4. Le lettere di intenti . . . . .	127
4.1 Lettere di intenti in senso proprio e improprio . . . . .	128
5. Il pactum de tractando. . . . .	129

### CAPITOLO 4

#### LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

1. Buona fede e correttezza nel procedimento di formazione del contratto . . . . .	131
2. La <i>ratio</i> storica della responsabilità precontrattuale. . . . .	131
3. La <i>ratio</i> attuale della responsabilità precontrattuale. . . . .	132
4. La responsabilità precontrattuale nell'analisi economica del diritto . . . . .	133
5. Il contenuto dell'obbligo di buona fede . . . . .	134
6. Gli obblighi di informazione (e l'analisi economica del diritto) . . . . .	134
6.1 Gli obblighi informativi nel codice civile . . . . .	137
6.2 I doveri di informazione nelle leggi speciali . . . . .	138
6.3 I doveri convenzionali di informazione . . . . .	139
6.4. Gli altri doveri di correttezza nelle trattative . . . . .	139
6.5 I doveri di segretezza e di collaborazione. . . . .	139

7. Le forme della responsabilità precontrattuale . . . . .	139
8. Il modello della responsabilità precontrattuale da mancata stipulazione del contratto . . . . .	140
8.1 L'impossibilità di concludere il contratto . . . . .	140
8.2 La revoca della proposta . . . . .	141
8.3 La responsabilità precontrattuale oltre la trattativa . . . . .	141
9.1 L'invalidità derivante da violazione di norme imperative . . . . .	142
9.2 La responsabilità precontrattuale del minore . . . . .	143
10. Il modello della responsabilità precontrattuale da contratto valido . . . . .	144
10.1 I "vizi incompleti" della volontà . . . . .	145
11. L'ambito della responsabilità precontrattuale . . . . .	146
12. La responsabilità precontrattuale del terzo . . . . .	147
13. La buona fede e la responsabilità della pubblica amministrazione . . . . .	149
13.1. Le applicazioni giurisprudenziali . . . . .	149
14. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione . . . . .	151
14.1 Responsabilità precontrattuale "pura" e "spuria" . . . . .	152
14.2 I presupposti della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione . . . . .	152
15. La natura della responsabilità precontrattuale . . . . .	154
16. Il danno risarcibile . . . . .	157

## CAPITOLO 5

### I NEGOZI PREPARATORI

1. La proposta irrevocabile . . . . .	159
1.1 Contenuto e forma della proposta irrevocabile . . . . .	159
1.2 Gli effetti della proposta irrevocabile . . . . .	159
1.3. Il termine dell'irrevocabilità . . . . .	160
1.4 Le irrevocabilità legali . . . . .	161
2. L'opzione: le differenze con la proposta irrevocabile . . . . .	162
2.1 L'opzione di fonte legale . . . . .	163
2.2 Caratteristiche distintive e disciplina del patto d'opzione . . . . .	163
2.2.1 Opzione e preliminare unilaterale . . . . .	163
2.2.2 La forma del patto d'opzione . . . . .	164
2.3. Effetti tra le parti e opponibilità ai terzi . . . . .	164
3. La prelazione . . . . .	165
3.1 La prelazione volontaria: le differenze con il contratto preliminare . . . . .	165
3.2 La durata della prelazione e le differenze con il divieto di alienare . . . . .	166
3.3 La causa e la struttura . . . . .	167
3.4. La forma del patto di prelazione . . . . .	168
3.5 L'incredibilità della prelazione . . . . .	168
3.6 La denunciatio . . . . .	168
3.7 I limiti al potere di disposizione del concedente di disporre . . . . .	169
3.8 La violazione della prelazione e la tutela del prelazionario . . . . .	169
4. La prelazione legale . . . . .	170
5. Il retratto . . . . .	171
6. Il contratto normativo . . . . .	171
6.1 Il contratto normativo interno (o bilaterale) e contratto normativo esterno (o unilaterale) . . . . .	172
6.1.1. La vincolatività del contratto normativo interno o bilaterale . . . . .	172
6.2 Il rapporto tra contratto normativo e contratto particolare . . . . .	173

6.3 Le figure affini al contratto normativo. Contratto tipo e contratto quadro .....	174
--	-----

## CAPITOLO 6

### IL CONTRATTO PRELIMINARE

1. Nozione ed effetti del contratto preliminare .....	175
2. La funzione del contratto preliminare .....	176
3. La natura del contratto preliminare .....	177
4. Il contratto preliminare bilaterale: distinzione da altre figure .....	178
5. Il contratto preliminare unilaterale: distinzione da altre figure .....	178
6. L'ambito di applicazione .....	178
6.1 Il preliminare di contratto reale .....	179
6.2 Il preliminare di donazione .....	179
7. Il preliminare di preliminare .....	179
8. Il preliminare improprio .....	181
9. Il preliminare a effetti anticipati .....	181
9.1 L'evoluzione giurisprudenziale e la riflessione della dottrina sul "preliminare ad esecuzione anticipata" .....	182
9.2 La soluzione delle Sezioni Unite .....	184
9.3 L'inapplicabilità dell'art. 1499 c.c. ....	185
10. Il preliminare per persona da nominare ed a favore di terzo .....	186
11. Il preliminare di vendita di cosa altrui .....	187
11.1 Il preliminare di vendita di un bene in comunione .....	188
11.2 Preliminare di vendita di un bene in comunione legale .....	188
12. Il contratto preliminare di vendita di cosa futura: la differenza con la vendita obbligatoria .....	189
13. Il contratto preliminare con parte plurisoggettiva .....	189
14. Il preliminare di vendita di bene in comproprietà .....	190
15. I requisiti del contratto preliminare .....	191
16. Il rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo: l'ipotesi della difformità .....	191
17. I vizi del preliminare: i riflessi sul definitivo .....	192
18. I vizi del definitivo: la reviviscenza del preliminare .....	193
19. Il legittimo rifiuto di stipulare il contratto definitivo .....	193
20. La prescrizione dei diritti nascenti dal preliminare .....	194
21. La risoluzione del contratto preliminare per inadempimento .....	194
22. L'eccessiva onerosità sopravvenuta .....	195
23. Il rimedio speciale previsto per l'inadempimento del contratto preliminare: l'art. 2932 c.c. ed i suoi presupposti .....	195
23.1 Natura ed effetti della sentenza. La modificabilità del regolamento contenuto nel preliminare .....	197
23.2. La trascrizione della domanda .....	199
24. Il preliminare e la tutela per vizi della cosa: l'azione di riduzione del prezzo e quella di esatto adempimento .....	199
24.1 L'applicabilità dell'art. 1489 c.c. e dell'art. 1482 c.c. ....	202
25. La rescissione per lesione .....	202
26.1. L'ambito di applicazione della trascrizione del preliminare .....	205
26.2 Gli atti nei cui confronti opera l'effetto prenotativo .....	206
26.3 L'effetto prenotativo e la corrispondenza tra il preliminare trascritto ed il titolo produttivo dell'effetto reale .....	207

26.4. Limiti temporali dell'efficacia prenotativa della trascrizione del preliminare . . . . .	208
26.5. Il privilegio speciale immobiliare per i crediti da inesecuzione del preliminare e il rapporto con le ipoteche anteriori . . . . .	209

### PARTE III

## IL REGOLAMENTO CONTRATTUALE

### CAPITOLO 1

#### IL CONTRATTO COME REGOLAMENTO

1. Contratto e regolamento contrattuale . . . . .	211
2. Elementi essenziali, accidentali e naturali . . . . .	211
3. Le clausole d'uso . . . . .	212
4. Le clausole di stile . . . . .	212
5. Le dichiarazioni di scienza . . . . .	214

### CAPITOLO 2

#### LA CAUSA

1. Il principio causalistico e la mancanza di una definizione di causa del contratto . . . . .	215
2. La codificazione del 1942 e la funzione economico-sociale . . . . .	215
3. L'ipostasi della causa (in concreto) . . . . .	217
4. I vantaggi della causa in concreto . . . . .	219
5. La doppia dimensione della causa: in astratto e in concreto . . . . .	219
6. Differenza tra causa e motivi . . . . .	220

### CAPITOLO 3

#### TASSONOMIA DELLA CAUSA DEL CONTRATTO

1. La corrispettività e la causa di scambio . . . . .	223
2. L'equivalenza delle prestazioni. La causa simbolica e non trasparente . . . . .	224
3. La causa dei contratti gratuiti . . . . .	225
4. La <i>causa donandi</i> . . . . .	225
5. La causa debole . . . . .	226
6. La causa di garanzia . . . . .	227
7. I contratti solutori con causa esterna . . . . .	227
8. Causa e alea . . . . .	227
8.1 I contratti aleatori tipici . . . . .	228
8.2 I contratti aleatori per volontà delle parti . . . . .	229
8.3 Alea bilaterale e unilaterale . . . . .	229
8.4 La disciplina dei contratti aleatori . . . . .	230
9. Il contratto astratto: astrazione sostanziale e astrazione processuale . . . . .	231
10. Il contratto con causa esterna . . . . .	233

### CAPITOLO 4

#### CAUSA E TIPO

1. La causa come criterio di qualificazione del contratto . . . . .	235
2. Il contratto tipico . . . . .	235
3. Variazioni del tipo legale . . . . .	236

4. Il contratto innominato . . . . .	236
5. La disciplina legale del contratto innominato. . . . .	237
6. Le variazioni del tipo . . . . .	237
7. Il contratto transtipico (o metatipico) . . . . .	238
8. Dal tipo di contratto al contratto-tipo.. . . .	239
9. Il contratto misto . . . . .	240
9.1 La vendita mista a donazione . . . . .	241
10. Il contratto indiretto . . . . .	241
11. Il collegamento negoziale . . . . .	242
11.1 <i>Simul stabunt simul cadent</i> . . . . .	244

## CAPITOLO 5

### IL GIUDIZIO CAUSALE: IL CONTRATTO ILLECITO E LA MERITEVOLEZZA

1. Premessa . . . . .	247
2. L'esistenza della causa . . . . .	247
2.1. Il giudizio sulla liceità della causa: una ricognizione normativa . . . . .	247
3. Le norme imperative . . . . .	248
3.1 Le norme unilateralmente imperative . . . . .	249
3.2. La qualificazione della norma tributaria come norma imperativa . . . . .	249
3.3 La qualificazione della norma penale come norma imperativa . . . . .	250
3.4 Reati contratto e reati in contratto. . . . .	252
3.5 La regola di buona fede come norma imperativa . . . . .	253
4. L'ordine pubblico . . . . .	253
5. Il buon costume. . . . .	255
6. Il motivo illecito . . . . .	257
7. La condizione illecita . . . . .	257
8. La frode alla legge . . . . .	258
8.1 Il <i>sale and lease back</i> . . . . .	259
9. Il controllo di razionalità degli spostamenti di ricchezza . . . . .	260
10. Il controllo di meritevolezza del contratto . . . . .	261
10.1 Alle origini della meritevolezza . . . . .	261
10.2 Il controllo di meritevolezza nell'applicazione giurisprudenziale . . . . .	263
10.2.1 Una casistica applicativa . . . . .	263
10.3 Controllo di meritevolezza e contratti atipici . . . . .	264
10.3.1 Il contratto tipico di assicurazione con clausola <i>claims made</i> . . . . .	265
10.3. Il controllo di meritevolezza dei contratti tipici. . . . .	266

## CAPITOLO 6

### CAUSA STATICA E CAUSA DINAMICA

1. La causa in concreto e la fase di esecuzione del contratto . . . . .	269
2. Le sopravvenienze che impediscono la realizzazione del programma negoziale . . . . .	269
2.1 La causa in concreto e la teoria della presupposizione. . . . .	271
2.2 Una diversa prospettiva ricostruttiva della presupposizione . . . . .	272
3. La causa in concreto e la giustizia contrattuale . . . . .	273

## CAPITOLO 7

### L'OGGETTO DEL CONTRATTO

1. La nozione di oggetto del contratto . . . . .	277
2. Oggetto e contenuto del contratto . . . . .	278

3. L'oggetto e il contenuto nel nuovo diritto europeo dei contratti: la tutela del contraente debole. . . . .	278
4. I requisiti normativi dell'oggetto . . . . .	279
5. Il requisito della possibilità dell'oggetto. . . . .	279
5.1 Impossibilità originaria e possibilità sopravvenuta. . . . .	279
5.2 Impossibilità assoluta e relativa . . . . .	280
5.3 L'impossibilità parziale. . . . .	281
5.4. I caratteri dell'impossibilità. Impossibilità materiale e impossibilità giuridica. . . . .	281
5.5 La distinzione tra impossibilità giuridica e illiceità dell'oggetto . .	282
6. Il requisito della liceità dell'oggetto . . . . .	283
6.1 Oggetto illecito e causa illecita. . . . .	283
7. Il requisito della determinatezza e della determinabilità dell'oggetto .	283
7.1. I criteri per la determinazione dell'oggetto . . . . .	284
7.2 L'attività di determinazione dell'oggetto e la natura dell'atto di determinazione . . . . .	285
7.3. La determinabilità per rinvio . . . . .	285
8. L'individuazione del bene . . . . .	286
9. I negozi su cosa futura . . . . .	286
10. La «prestazione di cosa futura» . . . . .	287
11. La vendita di cosa futura . . . . .	288
11.1 <i>Empio spei ed emptio rei speratae</i> . . . . .	288
11.2 Vendita di cosa futura, vendita di cosa da costruire e contratto di appalto . . . . .	289
12. La determinazione dell'oggetto ad opera del terzo (arbitraggio): l'ambito . . . . .	291
12.1 Arbitraggio e perizia contrattuale: due istituti diversi a confronto .	292
12.2 L'arbitraggio della parte . . . . .	293
12.3 L'arbitraggio della parte nei casi previsti dalla legge . . . . .	295
12.4 La clausola di arbitraggio: contratto completo o incompleto? . .	295
12.5 La clausola di arbitraggio: effetti tra le parti e nei confronti del terzo. . . . .	296
12.6. Clausola di arbitraggio e contratto di arbitraggio . . . . .	296
12.7 L'atto di determinazione del terzo e la sua incidenza sul contratto	297
12.8. L'esercizio da parte del terzo del potere determinativo. . . . .	297
12.9 L'impossibilità o il rifiuto del terzo di procedere alla determinazione	298

## CAPITOLO 8

### L'INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO

1. Il contratto incompleto per volontà delle parti . . . . .	299
2. Tecniche e forme di contrattazione incompleta . . . . .	300
3. I contratti incompleti nella teoria economica . . . . .	300
4. Le modalità di determinazione successiva del contratto incompleto . .	301
5. La determinazione del terzo (rinvio). . . . .	301
6. La determinazione consensuale . . . . .	301
8. Lo <i>ius variandi</i> (rinvio). . . . .	302
9. Le sopravvenienze (rinvio) . . . . .	302
10. Le fonti eteronome del contratto. . . . .	302
11. L'integrazione con funzione suppletiva e l'integrazione con funzione cogente . . . . .	303
12. L'integrazione con funzione suppletiva: le norme dispositive . . . . .	304

13. Usi normativi e usi contrattuali (clausole d'uso) . . . . .	304
14. L'equità: il significato di un principio poliedrico . . . . .	306
14.1. Equità interpretativa, correttiva, limitativa e integrativa . . . . .	306
15. La buona fede quale fonte di integrazione . . . . .	308
15.1. L'applicazione della buona fede integrativa . . . . .	309
15.2. La buona fede limitativa . . . . .	310
15.3. La buona fede correttiva . . . . .	311
16. L'integrazione cogente: le norme imperative (proibitive e conformative) . . . . .	311
16.1 La sostituzione automatica di prezzi e clausole . . . . .	312

## CAPITOLO 9

### LA FORMA

1. Il principio di libertà delle forme tra passato, presente e futuro . . . . .	313
2. I contratti per cui è richiesta la forma scritta . . . . .	314
3. La forma solenne. . . . .	314
3.1. La forma della donazione indiretta . . . . .	315
4. I contratti formali e la funzione della forma . . . . .	315
5. La <i>relatio</i> nei contratti formali . . . . .	316
6. Il vincolo di forma <i>per relationem</i> . . . . .	316
6.1 La forma dei contratti su contratti. . . . .	316
7. La forma del <i>pactum fiduciae</i> : il rapporto con il preliminare e il mandato senza rappresentanza. . . . .	317
8. La forma volontaria. . . . .	322
9. Forma per la validità e forma per la prova . . . . .	322
10. La ripetizione (o riproduzione) del contratto . . . . .	323

## CAPITOLO 10

### IL NEOFORMALISMO CONTRATTUALE

1. Le nuove funzioni della forma . . . . .	325
2. Il principio di trasparenza contrattuale . . . . .	326
3. La forma informativa . . . . .	328
4. Violazione della forma informativa e rimedi . . . . .	329
5. La forma dei contratti bancari. . . . .	329
6. La forma del contratto per la prestazione di servizi di investimento . . . . .	330
6.1 La nullità relativa e selettiva. Cenni e rinvio. . . . .	331

## CAPITOLO 11

### INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO

1. Premessa . . . . .	333
2. Le regole dell'interpretazione nel codice civile . . . . .	333
3. Interpretazione soggettiva e interpretazione oggettiva . . . . .	333
4. L'interpretazione integrativa . . . . .	334
5. Interpretazione, integrazione, qualificazione . . . . .	334
6. Il canone dell'art. 1362 c.c. . . . .	335
7. Il principio di buona fede . . . . .	335
8. Il principio di conservazione. . . . .	336
9. L'interpretazione delle condizioni generali di contratto . . . . .	337
10. L'interpretazione dei negozi unilaterali . . . . .	337
11. L'interpretazione dei negozi <i>mortis causa</i> . . . . .	337

## PARTE IV

### I SOGGETTI

#### CAPITOLO 1

##### LE PARTI DEL CONTRATTO

1. La nozione di parte nel sistema del codice civile . . . . .	339
2. Parte in senso formale e parte in senso sostanziale. . . . .	339
3. Determinatezza delle parti . . . . .	340
4. Identificazione delle parti . . . . .	340
5. Contratti personali e a rilevanza personale . . . . .	341
6. Il contratto sotto falso nome e sotto nome altrui: la rappresentanza mascherata. . . . .	341
7. La legittimazione . . . . .	343
8. L'autorizzazione . . . . .	344
9. Incapacità contrattuali e impedimenti. . . . .	344

#### CAPITOLO 2

##### LA RAPPRESENTANZA

1. La nozione di rappresentanza . . . . .	345
2. I presupposti e le fonti della rappresentanza. . . . .	346
3. La natura della situazione soggettiva del rappresentante . . . . .	346
4. La produzione degli effetti del contratto concluso dal rappresentante nella sfera giuridica del rappresentato . . . . .	347
5. La c.d. rappresentanza passiva . . . . .	348
6. Le differenze fra rappresentante e nuncius . . . . .	348
7. La <i>contemplatio domini</i> . . . . .	349
8. L'atto di conferimento del potere di rappresentanza: la procura . . . . .	350
8.1 La forma della procura . . . . .	350
8.1.1 La procura conferita tacitamente . . . . .	352
8.2 Procura generale e speciale. . . . .	352
8.3 Le modificazioni della procura . . . . .	352
8.4 La subprocura . . . . .	353
8.5 Cause di estinzione del potere di rappresentanza: la revoca della procura . . . . .	353
9. I requisiti di capacità del rappresentato e del rappresentante . . . . .	354
10. Dolo, errore e violenza nel contratto concluso dal rappresentante . . . . .	355
11. La disciplina degli stati soggettivi di buona o mala fede . . . . .	355
12. Il conflitto di interessi . . . . .	356
12.1 Conflitto diretto e conflitto mediato . . . . .	357
12.2 L'incompatibilità tra interesse del rappresentante e interesse del rappresentato. . . . .	357
12.3 La predeterminazione delle condizioni e l'autorizzazione al contratto . . . . .	358
12.4 Il pericolo di danno . . . . .	359
12.5 La conosceva o conoscibilità del conflitto di interessi . . . . .	359
12.6 Legittimazione all'azione di annullamento . . . . .	360
12.7 La responsabilità del rappresentante per i danni subiti dal rappresentato . . . . .	360
13. Il contratto con se stesso (autocontratto) . . . . .	360

13.1 Le condizioni per l'esclusione del conflitto di interessi: a) l'autorizzazione specifica da parte del rappresentato . . . . .	361
13.2 La determinazione del contenuto del contratto . . . . .	362
13.3 La presunzione di conflitto di interessi . . . . .	362
13.4 Legittimazione attiva all'azione di annullamento . . . . .	363
14. La rappresentanza senza potere . . . . .	363
14.1 Le due forme della rappresentanza senza poteri: a) il difetto di rappresentanza . . . . .	364
14.2 l'eccesso di rappresentanza . . . . .	364
14.3 L'inefficacia del contratto concluso dal falso rappresentante . . . . .	365
14.4 La ratifica . . . . .	366
14.5 La ratifica tacita . . . . .	367
14.6 Effetto retroattivo della ratifica e salvezza dei diritti dei terzi . . . . .	368
15. La responsabilità del falso rappresentante . . . . .	368
16. La rappresentanza apparente e il principio generale di apparenza del diritto . . . . .	370
17. La rappresentanza mascherata: il contratto sotto nome altrui (rinvio) . . . . .	373
18. La rappresentanza indiretta . . . . .	373

### CAPITOLO 3

#### IL CONTRATTO PER PERSONA DA NOMINARE E PER CONTO DI CHI SPETTA

1. Il contratto per persona da nominare . . . . .	375
1.1. Le teorie circa la natura giuridica della stipulazione per persona da nominare e l'efficacia del contratto . . . . .	375
1.2 Il campo di applicazione della figura . . . . .	377
1.3. Contratto per persona da nominare e cessione del contratto . . . . .	378
1.4. Contratto per persona da nominare e contratto a favore di terzo . . . . .	379
1.5 Contratto per persona da nominare e contratto per conto di chi spetta . . . . .	379
1.6. Il problema degli effetti in pendenza di nomina . . . . .	380
1.7 Requisiti della nomina . . . . .	381
1.8 L'accettazione dell'eligendo e la procura anteriore al contratto . . . . .	382
1.9. Vizi del contratto e della dichiarazione della nomina; impugnazione della dichiarazione di nomina con l'azione pauliana . . . . .	382
2. Il contratto per conto di chi spetta . . . . .	383

## PARTE V

### GLI EFFETTI DEL CONTRATTO

#### CAPITOLO 1

##### LA VINCOLATIVITÀ E L'EFFICACIA DEL CONTRATTO

1. La vincolatività del contratto: la "forza di legge" . . . . .	385
2. L'efficacia del contratto . . . . .	386
3. I tipi di efficacia: contratti costitutivi, regolamentari, dichiarativi, preclusivi . . . . .	387
4. La categoria dei contratti a effetti reali (o di alienazione): passaggio del rischio e conflitto con i terzi . . . . .	387
5. Tipicità e atipicità dei contratti a effetti reali . . . . .	389
6. Il contratto di accertamento . . . . .	390
6.1 La funzione e gli effetti del contratto di accertamento . . . . .	391

6.2 L'accertamento di diritti reali . . . . .	392
6.3 La trascrivibilità del contratto di accertamento . . . . .	392
6.4 Il contratto di accertamento negativo . . . . .	393
6.5 Il contratto di accertamento e la transazione . . . . .	393

## CAPITOLO 2

### IL PRINCIPIO CONSENSUALISTICO

1. La regola del consenso traslativo . . . . .	395
2. Il principio consensualistico e l'opponibilità del contratto di alienazione . . . . .	395
3. La posizione dell'alienante . . . . .	397
4. La posizione dell'acquirente . . . . .	397
5. La tutela dell'alienante per l'inadempimento dell'acquirente . . . . .	398
6. Il principio consensualistico in una prospettiva di analisi economica del diritto . . . . .	398
7. Le deroghe al principio consensualistico . . . . .	399
7.1 La vendita obbligatoria . . . . .	399
7.2 La vendita di cosa altrui e la vendita di cosa futura . . . . .	399
7.3 La vendita alternativa e con facoltà alternativa . . . . .	400
7.4 La vendita di cosa generica . . . . .	400
7.5 Il sistema tavolare . . . . .	401
7.6 Il contratto di appalto . . . . .	401
7.7 I contratti c.d. reali. La costituzione di pegno e ipoteca . . . . .	401
7.8 Il trasferimento dei diritti di credito . . . . .	402
7.9 Il trasferimento dei titoli di credito . . . . .	404
7.10 Il contratto programmatico e la scissione tra titulus e modus acquirendi . . . . .	404

## CAPITOLO 3

### I CONTRATTI SU CONTRATTI: RISOLUTORI E MODIFICATIVI

1. Il patto risolutorio (c.d. mutuo dissenso) . . . . .	407
1.2 Gli effetti giuridici del patto risolutorio: la sua opponibilità ai terzi . . . . .	408
2. I patti modificativi: nozione . . . . .	409
3. Il contratto normativo: cenni e rinvio . . . . .	410

## CAPITOLO 4

### IL RECESSO E LE MODIFICHE UNILATERALI DEL CONTRATTO

1. Il recesso unilaterale: rapporto con il principio della forza di legge contrattuale . . . . .	411
2. Il recesso unilaterale: nozione e distinzione dalle figure affini . . . . .	411
3. La fonte del recesso: legale e convenzionale . . . . .	413
4. Le funzioni del recesso . . . . .	413
4.1 Il recesso determinativo (di liberazione) . . . . .	414
4.1.1 La regola generale del recesso dai contratti a tempo indeterminato . . . . .	414
4.2 Il recesso impugnazione . . . . .	414
4.3 Il recesso c.d. di pentimento (ius se poenitendi) . . . . .	415
5. La clausola di recesso (c.d. volontario) . . . . .	416
6. I presupposti, il perfezionamento e l'efficacia del recesso . . . . .	416
7. La forma del recesso . . . . .	417
8. L'esercizio del diritto di recesso . . . . .	417

9. Gli effetti del recesso .....	418
10. Lo <i>ius variandi</i> .....	419
10.1 L'atto di esercizio dello <i>ius variandi</i> : natura ed effetti giuridici ..	420
10.2 L'ammissibilità dello <i>ius variandi</i> al di fuori dei casi previsti dalla legge: deroga alla disciplina legale e clausola atipica .....	422

## CAPITOLO 5

### CONTRATTO E TERZO

1. Il principio della relatività degli effetti del contratto e dell'intangibilità della sfera altrui. ....	425
2. L'efficacia riflessa e la rilevanza esterna del contratto .....	426
3. L'opponibilità del contratto. ....	427
3.1 Il conflitto con i terzi. ....	427
3.2 Il conflitto con i terzi aventi causa. ....	428
3.3 Il conflitto con i terzi creditori. ....	428
4. Il problema della opponibilità del contratto. L'esigenza di sicurezza della circolazione giuridica .....	428
5. I requisiti di opponibilità del contratto. ....	429
6. La trascrizione come regime di pubblicità e di opponibilità. ....	429
6.1 Atti soggetti a trascrizione .....	430
6.2 L'opponibilità dell'atto come effetto normale della trascrizione ..	430
6.3 La dichiaratività della trascrizione .....	431
6.4 La prevalenza del primo trascrivente .....	432
6.5 Il regime della trascrizione e la responsabilità dell'alienante. ....	432
7. Regimi di opponibilità diversi dalla trascrizione .....	433
7.1 Le alienazioni mobiliari e la regola possesso vale titolo .....	433
7.2 Il conflitto con i creditori dell'alienante .....	433
7.3 Alienazioni di universalità di mobili. ....	433
7.4 L'alienazione di azienda .....	434
7.5 L'alienazione di eredità. ....	434
7.5.1 Opponibilità e conoscibilità della cessione da parte dei terzi. ..	435
7.6 La cessione del contratto. ....	435
7.6 Concessioni di diritti personali di godimento .....	436
8. Le azioni dirette .....	436
9. Contratto con effetti solo apparenti nei confronti dei terzi .....	437
10. La promessa del fatto del terzo .....	437
10.1 Problemi interpretativi e modelli legali .....	438
10.2 La posizione di promittente, la natura negoziale della promessa del fatto altrui, il suo fondamento causale .....	439
10.3 Il contenuto della prestazione dovuta dal promittente .....	440
10.4 L'impossibilità sopravvenuta del fatto del terzo. ....	441
10.5 La distinzione da figure affini: la fideiussione .....	441
10.6 Il contratto autonomo di garanzia .....	442
10.7 Le lettere di patronage .....	443
10.8 La vendita di cosa altrui .....	443
10.9 Struttura e forma della promessa del fatto del terzo. ....	443
11. Il divieto convenzionale di alienazione come indicatore variabile di scelte di sistema .....	444
11.1 Le condizioni di validità del divieto convenzionale di alienazione ..	444
11.2 L'interesse apprezzabile .....	445
11.3 La durata .....	446

11.4 Il regime degli effetti. . . . .	446
11.4.1 Il regime degli effetti in una prospettiva di analisi economica del diritto . . . . .	447
11.5 Il ruolo dell'art. 1379 c.c. nel sistema: i divieti convenzionali di alienazione tipizzati dal legislatore. . . . .	447
11.5.1 Il divieto di cessione dell'usufrutto . . . . .	448
11.5.2 Il divieto di disposizione dell'enfiteusi. . . . .	448
11.5.3 Il divieto di cessione del credito . . . . .	449
11.6 I limiti statutarî alla circolazione di azioni e partecipazioni sociali	449
11.7 I patti parasociali . . . . .	449

## CAPITOLO 6

### IL CONTRATTO A FAVORE DI TERZO

1. Contratto a favore di terzo e relatività degli effetti del contratto . . . . .	451
1.1 La nozione di terzo . . . . .	452
1.2 Contratto a favore di terzo e figure affini: contratto per persona da nominare e rappresentanza. . . . .	452
1.3 La determinazione del terzo . . . . .	452
1.4 L'interesse dello stipulante . . . . .	453
1.5 Carattere gratuito o oneroso della stipulazione a favore di terzo. Contratto a favore di terzo e liberalità indiretta . . . . .	454
1.6 L'acquisto del diritto da parte del terzo . . . . .	454
1.7 L'accettazione del terzo . . . . .	455
1.8 Il rifiuto del terzo . . . . .	455
1.9 Potere di revoca e di modifica dello stipulante . . . . .	456
1.10 Rapporto tra promittente e terzo. Il diritto all'adempimento della prestazione . . . . .	457
1.11 Le eccezioni opponibili. . . . .	458
1.12 Il contratto a favore di terzo come schema generale di contratto: contratto a favore di terzo e diritti reali . . . . .	459
1.13 Casistica. Ipotesi problematiche. L'accollo . . . . .	460
11.13.1 Assicurazione per conto altrui e di chi spetta . . . . .	461
1.14 Contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo. In particolare: il contratto di prestazioni sanitarie. . . . .	461
1.15 Il contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante . . . . .	462
1.16 Negozio mortis causa e post mortem: contratto a favore di terzo e patti successori . . . . .	463

## CAPITOLO 7

### EFFICACIA RIFLESSA E OPPOINIBILITÀ DEL CONTRATTO

1. Rilevanza esterna e opponibilità del contratto. . . . .	465
--	-----

## CAPITOLO 8

### LA CESSIONE DEL CONTRATTO

1. La cessione del contratto. . . . .	467
2. Requisiti oggettivi della cessione . . . . .	467
3. Causa della cessione . . . . .	467
3.1 Oggetto . . . . .	468
3.2 La forma . . . . .	469

3.3	Figure affini . . . . .	469
3.4	La cessione del contratto come schema generale . . . . .	471
3.5	Struttura trilaterale della cessione e ruolo del consenso del ceduto . . . . .	471
3.6	Effetti della cessione . . . . .	472
3.7	La cessione non liberatoria . . . . .	472
3.8	Le eccezioni opponibili dal ceduto . . . . .	473
3.9	Eccezioni opponibili dal cessionario . . . . .	473
3.10	Eccezioni del contratto di cessione . . . . .	473
3.11	Garanzia della validità . . . . .	473
3.12	Vizi del contratto di cessione . . . . .	474

## CAPITOLO 9

### IL SUBCONTRATTO

1.	Il subcontratto . . . . .	475
2.	Profili di struttura e differenze con la cessione del contratto . . . . .	476
2.1	La disciplina giuridica dei rapporti nascenti dal contratto derivato . . . . .	477
2.1.1	La disciplina dei rapporti che sorgono dal contratto derivato . . . . .	477
2.2	L'ambito applicativo . . . . .	478
2.3	L'azione diretta . . . . .	479

## CAPITOLO 10

### LA MODULAZIONE DEGLI EFFETTI DEL CONTRATTO

1.	Premessa . . . . .	481
2.	La condizione e il termine tra gli elementi accidentali del contratto . . . . .	481
3.	Il termine . . . . .	481
3.1	Il termine iniziale . . . . .	483
3.2	Il termine finale . . . . .	483
3.3	Il termine e il problema della disciplina applicabile . . . . .	484
4.	La condizione . . . . .	485
5.	La condizione come meccanismo (non solo) di regolazione degli effetti . . . . .	486
6.	La condizione e gli altri elementi accidentali del negozio: a) condizione e termine . . . . .	486
6.1	Condizione e «modus» . . . . .	487
6.2	L'evento deducibile in condizione . . . . .	488
6.3	Le condizioni improprie . . . . .	489
6.4	La condizione risolutiva di inadempimento . . . . .	489
6.4.1	La condizione sospensiva di adempimento . . . . .	490
6.5	Condizione sospensiva e risolutiva . . . . .	491
7.	La condizione unilaterale . . . . .	492
7.1	La condizione illecita . . . . .	493
7.2	La condizione impossibile . . . . .	494
7.3	Vitiatur et vitiat . . . . .	494
8.	Il tipo di evento dedotto: condizione causale, potestativa e mista . . . . .	495
8.1	La condizione meramente potestativa . . . . .	495
8.1.1	La condizione meramente potestativa risolutiva . . . . .	497
9.	La pendenza della condizione . . . . .	498
10.	Gli atti conservativi e la condizione sospensiva . . . . .	499
11.	La tutela dell'aspettativa . . . . .	499
11.1	Gli atti conservativi e la condizione risolutiva . . . . .	500
12.	Atti di disposizione . . . . .	500

13. Il comportamento delle parti in pendenza della condizione . . . . .	501
14. La finzione di avveramento della condizione . . . . .	502
14.1 La causa imputabile . . . . .	503
14.2 Ambito di applicazione della finzione di avveramento . . . . .	504
14.2.1 Una digressione sulla finzione del diritto . . . . .	504
15. La retroattività. . . . .	506
15.1 Le deroghe alla regola della retroattività della condizione . . . . .	507
16. I limiti di apponibilità della condizione . . . . .	508
17. Condizione volontaria e condizione legale . . . . .	508
17.1 Condizione legale e condizione tacita . . . . .	508
17.2 Alcune ipotesi di condizione legale . . . . .	509
17.3 Condizione legale e retroattività: mancanza di una regola generale nel senso della retroattività o della irretroattività. . . . .	509
17.4 Condizione legale e finzione di adempimento della condizione: inapplicabilità, in linea generale, della finzione. . . . .	510
17.5 Condizione legale e irrevocabilità del consenso. . . . .	511

## CAPITOLO 11

### LA SIMULAZIONE, LA SEPARAZIONE E LA DESTINAZIONE PATRIMONIALE

1. Simulazione e apparenza. . . . .	513
2. Il fenomeno della simulazione del contratto nel codice civile e la necessità di un inquadramento teorico dell'istituto. . . . .	513
2.1 I tentativi di ricostruzione del fenomeno . . . . .	514
3. Contratto simulato e accordo simulatorio . . . . .	515
4. Simulazione assoluta e relativa. . . . .	515
5. Interposizione fittizia . . . . .	516
6. Gli effetti della simulazione tra le parti . . . . .	517
7. Gli effetti della simulazione nei confronti dei terzi . . . . .	518
7.1 I terzi creditori . . . . .	519
8. L'azione di simulazione e l'onere della prova . . . . .	520
9. Il contratto fiduciario . . . . .	522
9.1 Fiducia romanistica e fiducia germanistica. . . . .	522
9.2 Il <i>pactum fiduciae</i> . . . . .	523
9.3 La causa dell'operazione fiduciaria . . . . .	524
9.4 Abuso del fiduciario e tutela del fiduciante. . . . .	525
9.5 I creditori del fiduciario . . . . .	526
10. Il mandato senza rappresentanza: la tutela del mandante . . . . .	527
10.1 I creditori del mandatario . . . . .	528
X. Il trust: traslazione, destinazione e separazione patrimoniale . . . . .	529
10.1 Il trust interno . . . . .	531
10.2 Il controllo di meritevolezza degli interessi . . . . .	532
10.2.1 Il trust nella separazione e nel divorzio . . . . .	533
10.2.2 Il trust a tutela dei soggetti deboli . . . . .	533
10.2.3 Il trust nei rapporti patrimoniali della famiglia . . . . .	533
10.2.4. Il trust liberale e il trust testamentario . . . . .	534
10.3 Trust illecito, abusivo, fraudolento . . . . .	535
3.4 Il trust autodichiarato . . . . .	536
11. Il negozio di destinazione: l'art. 2645-ter c.c. . . . .	537
11.1 La meritevolezza dell'interesse. . . . .	538
11.2.1 La destinazione di scopo e l'autodestinazione . . . . .	539
11.3 Destinazione statica (o dinamica) . . . . .	540

11.4 La forma e la trascrizione dell'atto . . . . .	541
11.5 La tutela del beneficiario. . . . .	542
11.6 La tutela dei creditori . . . . .	543
11.7 L'estinzione del vincolo . . . . .	543
12. L'affidamento fiduciario . . . . .	543

## PARTE VI

### I RIMEDI

#### CAPITOLO 1

##### I RIMEDI NELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

1. Le funzioni del contratto nell'analisi economica del diritto . . . . .	545
2. Le condizioni per la conclusione di un contratto efficiente . . . . .	545
3. Tipi contrattuali e contratti standard come strumenti di riduzione dei costi di transazione . . . . .	546
3.1 Le clausole vessatorie . . . . .	547
4. I limiti all'autonomia negoziale. La nullità. . . . .	547
4.1 I vizi del consenso e l'incapacità. . . . .	547
4.1.1 L'errore. Le informazioni . . . . .	548
4.1.2 L'allocazione del rischio dell'errore. . . . .	548
5. I doveri di informazione . . . . .	549
6. Le asimmetrie informative: la selezione avversa e l'azzardo morale. I fallimenti del mercato. . . . .	550
7. L'inadempimento e la responsabilità contrattuale: l'inadempimento efficiente e il rimedio in forma specifica. . . . .	551
7.1 I limiti alla risarcibilità del danno. . . . .	552
7.2 La clausola penale. . . . .	552

#### CAPITOLO 2

##### I RIMEDI CONTRATTUALI

1. I difetti del contratto . . . . .	553
2. La teoria dei rimedi contrattuali . . . . .	554
3. Tipi di rimedi: negoziali, legali e giudiziali . . . . .	554
4. I rimedi nell'interesse generale e di parte . . . . .	555
5. I rimedi per difetti originari o sopravvenuti . . . . .	555
6. Rimedi estintivi (caducatori) e manutentivi (di adeguamento). . . . .	555

#### CAPITOLO 3

##### L'INVALIDITÀ DEL CONTRATTO

1. L'invalidità come categoria dogmatica, non legislativa . . . . .	557
2. L'invalidità come categoria unitaria, ma diversificata . . . . .	557
3. Le graduazioni dell'invalidità: nullità e annullabilità. L'invalidità convenzionale . . . . .	557
4. Il rapporto tra invalidità e illiceità. . . . .	559
5. Il rapporto tra invalidità (annullabilità), risoluzione e rescissione . . . . .	559
6. Il rapporto tra invalidità e responsabilità . . . . .	560
6.1 La buona fede tra regola di responsabilità e regola di validità del contratto . . . . .	561

6.2 La trasformazione legale delle regole di condotta in regole di validità . . . . . 562

7. Il rapporto tra invalidità e inesistenza del contratto . . . . . 563

8. Il rapporto tra invalidità e inefficacia del contratto. . . . . 564

8.1 Inefficacia remediale e non remediale . . . . . 565

8.2 Inefficacia originaria e sopravvenuta . . . . . 565

8.3 Inefficacia assoluta e relativa . . . . . 565

8.4 Inefficacia attuale e potenziale . . . . . 566

9. Forme discusse di invalidità . . . . . 566

9.1 L'invalidità successiva (o sopravvenuta) . . . . . 566

9.2 L'usura sopravvenuta . . . . . 567

9.3 Invalidità pendente . . . . . 570

9.4 Invalidità derivata . . . . . 572

9.4.1 Gli (incerti) effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle" . . . . . 573

9.4.1.1 La tesi della nullità totale. . . . . 574

9.4.1.2 La tesi della nullità parziale. . . . . 575

9.4.1.3 La tesi della sola azione di risarcimento danni . . . . . 576

CAPITOLO 4

LA NULLITÀ "CODICISTICA"

1. La nullità: una categoria in cerca di definizione . . . . . 579

2. La funzione della nullità . . . . . 579

3. Il sistema delle cause di nullità . . . . . 580

4. La nullità virtuale. Le norme imperative . . . . . 581

4.1 Il rapporto tra nullità virtuale, testuale e nullità strutturale . . . . . 581

4.2 Il campo di applicazione della nullità virtuale . . . . . 582

4.3 Le norme di comportamento . . . . . 582

4.4 La regola di buona fede come norma imperativa . . . . . 583

4.5 Le regole di comportamento specifiche . . . . . 584

4.6 La figura dei «reati in contratto» e dei "reati contratto" . . . . . 584

4.7 La riserva di cui alla seconda parte dell'art. 1418, comma 1, c.c. . 586

4.7.1 La circonvenzione di incapace . . . . . 586

4.7.2 Il contratto usurario . . . . . 587

4.8 Conclusioni e casistica in tema di nullità virtuale . . . . . 589

4.8.1 Le ipotesi in cui l'ordinamento proibisce il regolamento contrattuale . . . . . 589

4.8.2 La stipulazione del contratto vietata ad alcuni soggetti . . . . . 589

4.8.3 Mancanza di autorizzazioni amministrative . . . . . 590

4.8.4 Vizi del procedimento amministrativo che deve precedere lo svolgimento di attività contrattuale da parte della pubblica amministrazione. . . . . 590

4.8.5 Violazioni di limiti alla autonomia negoziale della pubblica amministrazione e conseguenze sul contratto concluso con il privato. Le interdittive antimafia. . . . . 591

4.8.6 Divieto di stipula del contratto con riferimento alle "modalità" temporali. . . . . 591

4.9 Alcune considerazioni di sintesi sui criteri di decisione che emergono dalla casistica giurisprudenziale . . . . . 592

5. La nullità strutturale . . . . . 592

5.1 La nullità per difetto di accordo . . . . . 593

5.2 La nullità per difetto di causa . . . . .	593
5.3 La nullità per mancanza di oggetto . . . . .	594
5.4 La nullità per difetto di forma . . . . .	594
6. Le nullità c.d. “funzionali” (o da disvalore). Contratti illeciti e contratti “illegali” . . . . .	594
7. La nullità “testuale” . . . . .	596
8. L’elaborazione giurisprudenziale sulle ipotesi di nullità testuale extracodicistiche . . . . .	597
8.1 La vendita di immobile abusivo . . . . .	597
9. La nullità “impropria” (o “spuria”, o “atipica”): una categoria di creazione giurisprudenziale applicata ai contratti di locazione . . . . .	598
10. La simulazione relativa del canone di locazione: insanabile nullità virtuale, testuale o strutturale? . . . . .	599

## CAPITOLO 5

### IL REGIME DELLA NULLITÀ “CODICISTICA”

1. Il regime della nullità: un quadro di sintesi . . . . .	603
2. Gli effetti del contratto nullo . . . . .	604
2.1 Effetti tra le parti e opponibilità nei confronti dei terzi . . . . .	604
3. La legittimazione ad agire . . . . .	605
4. La legittimazione passiva . . . . .	606
5. La rilevabilità d’ufficio da parte del giudice: presupposti e limiti . . . . .	606
6. L’imprescrittibilità dell’azione. Usucapione e prescrizione delle azioni di ripetizione . . . . .	607
7. Natura ed effetti della sentenza di nullità . . . . .	608
7.1 La c.d. pubblicità sanante . . . . .	609
8. Nullità e risarcimento: la responsabilità per conclusione di un contratto nullo . . . . .	610
9. La nullità parziale . . . . .	610
9.1 La nullità parziale oggettiva . . . . .	611
9.1.1 Il rapporto di interdipendenza della clausola nulla con il contratto . . . . .	612
9.2 La sostituzione di diritto delle clausole nulle: l’integrazione del contratto . . . . .	613
9.3 La nullità parziale soggettiva . . . . .	615
10. Il recupero del contratto nullo . . . . .	616
10.1 Il dogma dell’insanabilità del contratto nullo e le eccezioni: le ipotesi classiche di sanabilità mediante esecuzione e le ipotesi di eliminazione del vizio di creazione giurisprudenziale . . . . .	616
10.2 La rinnovazione del contratto nullo . . . . .	619
10.3 La conversione del contratto nullo: la ratio e l’ambito di applicazione . . . . .	619
10.4 Presupposti della conversione e modo di operare . . . . .	621
10.5 La conversione formale e la conversione legale . . . . .	622

## CAPITOLO 6

### LE NULLITÀ SPECIALI

1. Dalla nullità alle nullità. Dalla nullità codicistica alle nullità speciali di protezione . . . . .	625
2. Figure emblematiche di nullità “speciali” . . . . .	626

3. Il nuovo volto della nullità . . . . .	627
4. Le cause di nullità di protezione . . . . .	628
5. Il regime giuridico della nullità di protezione. . . . .	630
6. Il carattere necessariamente parziale della nullità e il problema della conservazione del contratto. . . . .	630
7. La legittimazione attiva e il rilievo d'ufficio . . . . .	632
7.1 La nullità "selettiva" . . . . .	634
8. La "convalida" della nullità di protezione . . . . .	636
9. Gli effetti della nullità di protezione: efficacia, opponibilità ai terzi, prescrizione dell'azione e natura della sentenza. . . . .	638

## CAPITOLO 7

### L'ANNULLABILITÀ

1. La funzione dell'annullabilità . . . . .	640
2. Una prospettiva di analisi economica del diritto: la funzione dell'annullabilità fra efficienza e distribuzione. . . . .	640
3. Le cause di annullabilità: una visione trasversale d'insieme . . . . .	641
4. Il regime giuridico dell'annullabilità . . . . .	643
4.1. L'azione di annullamento: i soggetti legittimati . . . . .	643
4.2 Altre ipotesi di legittimazione: eredi ed aventi causa . . . . .	643
4.3 Le parti complesse . . . . .	644
4.4 Pluralità di parti . . . . .	644
4.5 L'annullabilità assoluta. . . . .	644
5. La legittimazione passiva . . . . .	644
6. La non rilevabilità d'ufficio . . . . .	645
7. La prescrizione dell'azione di annullamento . . . . .	646
8. L'eccezione di annullamento . . . . .	646
9. Gli effetti dell'annullamento fra le parti . . . . .	647
10. Gli effetti dell'annullamento verso i terzi . . . . .	648
11. L'annullabilità parziale . . . . .	649
12. L'annullamento ed il risarcimento del danno . . . . .	649
13. Il recupero del contratto annullabile . . . . .	650
13.1 La convalida: inquadramento dogmatico della figura. . . . .	650
13.2 La legittimazione . . . . .	651
13.3 La natura giuridica della convalida. . . . .	651
13.3.1 La convalida tacita: natura e modelli . . . . .	652
13.4 La convalida preventiva e generalizzata. . . . .	653
13.5 Il campo di applicazione della convalida: il contratto rescindibile e i negozi unilaterali . . . . .	653
13.6 La convalida e le figure affini . . . . .	653
13.7 La rettifica del contratto annullabile . . . . .	654
13.8 Rettifica, convalida e riduzione a equità. . . . .	655

## CAPITOLO 8

### LE CAUSE DELL'ANNULLABILITÀ

1. Tassonomia delle cause di annullabilità . . . . .	657
2. L'incapacità legale di contrattare di una delle parti . . . . .	657
3. Le singole figure di incapacità legale . . . . .	658
4. L'annullabilità del contratto stipulato da persona incapace d'intendere o di volere . . . . .	661

5. L'amministrazione di sostegno: il regime degli atti compiuti dall'amministratore e dal beneficiario . . . . .	661
6. I vizi del consenso. . . . .	663
7. L'errore . . . . .	663
8. L'errore essenziale, l'errore determinante del consenso e l'errore sui motivi. . . . .	665
9. L'errore sulla natura o sull'oggetto del contratto . . . . .	666
10. L'errore sull'identità o su qualità dell'oggetto della prestazione . . . . .	666
11. L'errore sull'identità o su qualità dell'altro contraente. . . . .	667
12. L'errore di diritto. . . . .	668
13. L'errore di calcolo e la rettifica. L'errore materiale e la correzione . . . . .	668
14. Riconoscibilità dell'errore . . . . .	669
15. Errore bilaterale o comune . . . . .	670
16. L'errore ostativo . . . . .	670
17. Il dolo negoziale. La distinzione con il <i>dolus bonus</i> . . . . .	670
17.1 Il contegno del <i>deceptor</i> . . . . .	671
17.2 Dolo omissivo . . . . .	672
17.3 Dolo incidente e i vizi incompleti del contratto . . . . .	672
17.4 Dolo del terzo . . . . .	673
18. La violenza . . . . .	673
18.1 La violenza morale: struttura . . . . .	673
18.2 Il nesso di causalità tra minaccia e consenso. La violenza incidente . . . . .	674
18.3 L'estrinsecità della violenza. <i>Metus ab intrinseco</i> e timore riverenziale . . . . .	674
18.4 Contenuto della minaccia. Caratteri della violenza. Minaccia di far valere un diritto . . . . .	675
18.5 La minaccia del terzo. La minaccia colposa . . . . .	676

## CAPITOLO 9

### LA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO

1. La risoluzione nel quadro dei rimedi . . . . .	677
2. La risoluzione nel sistema dei rimedi sinallagmatici . . . . .	678
3. La risoluzione per inadempimento nel sistema dei rimedi contro l'inattuazione dello scambio . . . . .	679
4. Il campo di applicazione della risoluzione per inadempimento: i contratti a prestazioni corrispettive. . . . .	680
5. Il presupposto: i "mille volti dell'inadempimento" . . . . .	680
6. L'imputabilità . . . . .	681
7. La definitività e l'adempimento tardivo . . . . .	682
8.1 L'inadempimento anticipato . . . . .	683
9. La "non scarsa importanza" dell'inadempimento. . . . .	684
9.1 Il criterio oggettivo . . . . .	685
9.2 Il criterio soggettivo . . . . .	686
9.3 L'inadempimento parziale . . . . .	686
9.4 La risoluzione parziale . . . . .	687
10. Inadempimenti reciproci . . . . .	688
11. La legittimazione all'azione di risoluzione. . . . .	688
12. Dalla domanda di adempimento a quella di risoluzione (e non viceversa) . . . . .	688
12.1 La domanda di adempimento subordinata a quella di risoluzione . . . . .	690
13. Gli effetti della domanda di risoluzione . . . . .	690

14. Domanda di risoluzione, costituzione in mora e diffida ad adempiere . . .	691
15. L'onere della prova dell'inadempimento . . . . .	692
16. La prescrizione dell'azione di risoluzione (e della corrispondente eccezione) . . . . .	693
17. Le clausole di irresolubilità del contratto per inadempimento . . . . .	694
18. Le clausole che rendono più difficile la risoluzione del contratto per inadempimento . . . . .	697
19. Gli effetti della risoluzione del contratto: un quadro di sintesi. . . . .	697
20. Risoluzione e contratti di durata . . . . .	698
20.1 La risoluzione del contratto di leasing . . . . .	699
21. Le restituzioni e la disciplina dell'indebito. . . . .	700
22. Gli effetti della risoluzione rispetto ai terzi . . . . .	701
23. Rinuncia agli effetti della risoluzione . . . . .	701
24. Profili processuali . . . . .	701
24.1 Il danno conseguente alla risoluzione e il risarcimento . . . . .	702

## CAPITOLO 10

### LA RISOLUZIONE DI DIRITTO DEL CONTRATTO

1. La risoluzione di diritto. . . . .	703
2. La risoluzione di diritto nell'analisi economica . . . . .	703
3. La risoluzione stragiudiziale come sistema tipico . . . . .	704
4. Risoluzione per via di eccezione? . . . . .	704
4.1 L'eccezione di risoluzione nell'analisi economica del diritto: vantaggi e inconvenienti . . . . .	706
4.2 La manifestazione stragiudiziale della volontà di risolvere il contratto. . . . .	707
5. Le fattispecie codificate di risoluzione di diritto: analogie e differenze . . . . .	707
6. Risoluzione stragiudiziale e imputabilità dell'inadempimento. . . . .	709
7. La diffida ad adempiere: l'efficienza di uno strumento di autotutela . . . . .	710
7.1 Il contenuto della diffida ad adempiere. . . . .	710
7.2 Natura e caratteristiche strutturali. . . . .	710
7.3 La forma . . . . .	711
7.4 Il contenuto . . . . .	711
7.5 Analogie e differenze con gli altri strumenti di risoluzione di diritto. . . . .	711
7.6 Il problema dell'imputabilità dell'inadempimento (rinvio) . . . . .	712
7.7 Gli effetti della diffida . . . . .	712
7.8 Il problema della disponibilità dell'effetto risolutorio . . . . .	713
7.9 Aspetti processuali . . . . .	714
8. La clausola risolutiva espressa . . . . .	714
8.1 Contenuto e forma . . . . .	715
8.2 Le interferenze con la disciplina di protezione del contraente debole. . . . .	715
8.3 Gravità e imputabilità dell'inadempimento . . . . .	716
8.4 Tolleranza del creditore e rinuncia alla clausola risolutiva espressa . . . . .	716
8.5 Analogie e differenze con la condizione di inadempimento. . . . .	717
9. Il termine essenziale . . . . .	718
9.1 Il carattere "essenziale" del termine . . . . .	718
9.2 L'inadempimento risolutorio: gravità e imputabilità . . . . .	719
9.3 Il silenzio del creditore e la dichiarazione di interesse per la prestazione dopo la scadenza del termine essenziale . . . . .	720
9.4 La disponibilità dell'effetto risolutorio. . . . .	720

## CAPITOLO 11

## INADEMPIMENTO E PENE PRIVATE

1. I limiti dell'azione di adempimento e l'impiego di mezzi di coercizione indiretta: l'astreinte . . . . .	721
2. Le pene legali-giudiziali oltre l' <i>astreint</i> . . . . .	722
3. Le pene private negoziali . . . . .	723
4. La clausola penale. . . . .	724
4.1 La funzione della clausola penale . . . . .	724
4.1.1 La clausola penale come patto sulla liquidazione del danno risarcibile . . . . .	724
4.1.2 La funzione punitiva della clausola penale. . . . .	725
4.1.3 La teoria mista: la combinazione tra funzione riparatoria e funzione punitiva . . . . .	725
4.1.4 La funzione della clausola penale nella prospettiva dell'analisi economica del diritto . . . . .	726
4.2 Al cuore del problema: la questione dei limiti dell'autonomia privata	727
5. La disciplina della clausola penale: la fonte dell'obbligo. . . . .	728
6. Presupposti di operatività della clausola: a) l'inadempimento dell'obbligazione principale . . . . .	729
7. I presupposti del diritto alla "prestazione penale": b) l'irrelevanza della prova del danno. . . . .	730
8. Gli effetti della clausola penale: l'obbligo di eseguire la "prestazione penale" . . . . .	730
8.1 La limitazione del risarcimento del danno . . . . .	731
8.2 La limitazione del diritto di domandare la prestazione principale	732
9. La penale per il ritardo e la domanda di adempimento. . . . .	733
10. Il cumulo tra penale per il ritardo e penale per l'inadempimento. . . . .	733
11. La successione delle domande . . . . .	733
12. La riduzione della prestazione penale. . . . .	734
12.1 La riduzione della penale in caso di parziale adempimento . . . . .	734
12.2 La riduzione della penale manifestamente eccessiva . . . . .	734
12.2.1 La questione della rilevabilità d'ufficio . . . . .	736
13. Le clausole penali vessatorie nei contratti dei consumatori e nei contratti tra imprese . . . . .	737
14. La caparra confirmatoria: la fattispecie . . . . .	738
14.1 L'oggetto della caparra e la natura del patto . . . . .	739
15. La funzione "eclettica" della caparra confirmatoria . . . . .	739
15.1. Affinità e differenze rispetto ad altre fattispecie . . . . .	740
15.1.1 L'acconto . . . . .	740
15.1.2 La cauzione. . . . .	740
15.1.3 La clausola penale . . . . .	741
15.1.4 La clausola risolutiva espressa . . . . .	741
15.1.5 La caparra penitenziale . . . . .	741
16. Il rapporto con il contratto principale e con la disciplina di protezione del contraente debole . . . . .	742
16.1 La riduzione della caparra confirmatoria nel prisma della giurisprudenza. . . . .	742
16.2 Inadempimento e recesso . . . . .	743
16.3 Rapporti con gli altri rimedi . . . . .	743
17. La caparra penitenziale. Affinità e differenze rispetto alla clausola penale ed alla caparra confirmatoria . . . . .	744

## CAPITOLO 12

## LE ECCEZIONI DILATORIE

1. Inquadramento .....	747
2. L'eccezione di inadempimento: la descrizione del fenomeno .....	747
3. L'eccezione di inadempimento come eccezione sostanziale.....	748
4. I presupposti dell' <i>exceptio inadimpleti contractus</i> .....	748
4.1 Corrispettività ed interdipendenza tra prestazioni .....	748
4.2 L'inadempimento .....	749
4.3 L'ordine cronologico delle prestazioni. ....	750
4.4 Buona fede ed eccezione di inadempimento .....	750
5. Rapporti tra eccezione di inadempimento e risoluzione. ....	751
6. Eccezione di inadempimento e prescrizione. ....	751
7. La sospensione dell'esecuzione della prestazione .....	752
8. Il mutamento delle condizioni patrimoniali della parte .....	752
9. La limitazione convenzionale della proponibilità delle eccezioni dilatorie: la clausola <i>solve et repete</i> .....	753

## PARTE VII

## LA GIUSTIZIA CONTRATTUALE

## CAPITOLO 1

## I CONTRATTI ASIMMETRICI

1. Il nuovo diritto dei contratti .....	755
2. Primo, secondo e terzo contratto. ....	755
3. Il regime normativo del primo contratto: il «contratto di diritto comune».	757
4. Il regime normativo del secondo contratto: il «contratto del consumatore» come nuovo paradigma contrattuale .....	757
4.1 Giustizia ed equità delle contrattazioni. ....	759
4.2 I presupposti e il sistema di tutela del consumatore contro le clausole vessatorie: un'ipotesi ricostruttiva .....	760
4.3 I rimedi all'asimmetria delle parti .....	762
4.4 La nozione di vessatorietà e i suoi elementi costitutivi ed impeditivi .	764
4.4.1 Lo "squilibrio" di diritti e di obblighi. ....	765
4.4.2 Presunzione di vessatorietà e ripartizione dell'onere della prova della vessatorietà. ....	765
5. Il terzo contratto: i «contratti diseguali di impresa» .....	766
5.1 Il contratto di subfornitura .....	767
5.1.1 La forma del contratto .....	767
5.1.2 La nullità .....	768
5.1.3 Le clausole nulle. ....	768
5.1.4 L'abuso di dipendenza economica .....	769
5.1.5 I rimedi .....	770
5.1.6 La portata del divieto di abuso di dipendenza economica ..	771
6. Alcune conclusioni .....	772

## CAPITOLO 2

## L'EQUILIBRIO ORIGINARIO DEL CONTRATTO

1. La nozione di "giustizia contrattuale". ....	773
2. Il contratto tra validità e giustizia .....	773

3. Squilibrio normativo e squilibrio economico del contratto . . . . .	773
4. Il formante dottrinale tra giustizia commutativa e giustizia distributiva. . . . .	775
5. Il formante giurisprudenziale: l'evoluzione . . . . .	777
6. Le tappe del progressivo affermarsi della giustizia contrattuale. . . . .	778
7. La congruità dell'equilibrio contrattuale nel codice civile . . . . .	779
8. La congruità dell'equilibrio contrattuale nella legislazione speciale: un quadro d'insieme e di sintesi . . . . .	780
8.1 Il contratto giusto nel diritto del consumatore . . . . .	781
8.2 Il contratto giusto e i contratti d'impresa . . . . .	783
8.2.1 L'abuso di dipendenza economica. . . . .	784
8.2.2 La repressione dell'abuso di dipendenza economica oltre i confini della subfornitura: alla ricerca di una clausola generale. . . . .	785
8.2.3 La "grave iniquità" dei pagamenti nelle transazioni commerciali. . . . .	785
9. La congruità dell'equilibrio contrattuale nel <i>soft law</i> . . . . .	786
10. Il sindacato del giudice sull'equilibrio del contratto attraverso i principi di solidarietà e buona fede. . . . .	788
10.1 Il caso della caparra manifestamente eccessiva . . . . .	790
11. Il sindacato del giudice sull'equilibrio del contratto attraverso il principio di proporzionalità . . . . .	791
12. Il sindacato del giudice sull'equilibrio del contratto attraverso la lente della causa in concreto . . . . .	791
12.1 Il caso del contratto di assicurazione con clausola <i>claims made</i> . . . . .	792
13. I rimedi in caso di squilibrio: il potere correttivo del giudice. . . . .	793

### CAPITOLO 3

#### LA RESCISSIONE

1. La rescissione nel sistema giuridico . . . . .	797
2. Il fondamento giuridico della rescissione: la tesi monistica . . . . .	797
2.1 La tesi eclettica . . . . .	798
2.2 Il fondamento solidaristico del rimedio rescissorio . . . . .	799
3. La natura giuridica del rimedio rescissorio. . . . .	800
4. La rescissione del contratto concluso in stato di pericolo. Profili generali. . . . .	800
4.1 Lo stato di pericolo: nozione. La gravità del danno e l'attualità del pericolo . . . . .	801
4.2 Lo stato di pericolo putativo . . . . .	802
5. La rescissione del contratto concluso in stato di bisogno: gli elementi costitutivi. La nozione di stato di bisogno . . . . .	803
5.1 Il nesso di causalità fra bisogno e determinazione della volontà . . . . .	804
5.2 Lo stato di bisogno putativo . . . . .	804
5.3 Stato di bisogno e terzo. . . . .	804
5.4 Stato di bisogno e rappresentante . . . . .	805
5.5 L'approffittamento . . . . .	805
5.6 La lesione <i>ultra dimidium</i> . . . . .	806
6. L'ambito operativo. La rescissione come rimedio di carattere generale. . . . .	807
6.1 Rescissione e contratti aleatori . . . . .	807
6.2 Rescissione e contratto preliminare . . . . .	808
6.3 Rescissione e sentenza ex art. 2932 c.c. . . . .	810
7. Rescissione e contratti usurari . . . . .	810
7.1 La nullità degli interessi usurari . . . . .	811
8. L'azione di rescissione: profili generali. La legittimazione attiva . . . . .	812
8.1 La prescrizione . . . . .	812

9. Gli effetti della sentenza di rescissione fra le parti e riguardo ai terzi .	813
10. L'offerta di riduzione ad equità . . . . .	814
11. L'inammissibilità della convalida del negozio rescindibile . . . . .	815

## CAPITOLO 4

### IL GOVERNO SUL CONTRATTO

1. Il contratto e il rischio delle sopravvenienze . . . . .	817
2. Tassonomia delle sopravvenienze e della ripartizione dei rischi . . . . .	817
3. La manutenzione del contratto . . . . .	818
4. La revisione del contratto tra clausola rebus sic stantibus e principio <i>pacta sunt servanda</i> . . . . .	819
5. La fonte dei rimedi di manutenzione del contratto . . . . .	820
6. I rimedi manutentivi di fonte negoziale . . . . .	820
6.1 Le clausole di rinegoziazione: hardship clause . . . . .	822
7. Rimedi manutentivi di fonte legale . . . . .	823
8. La revisione del contratto di appalto . . . . .	824
9. Altre ipotesi di rimedi manutentivi di fonte legale . . . . .	826
10. La manutenzione del contratto come rimedio generale? . . . . .	827
11. Le sopravvenienze atipiche: la teoria della irrilevanza . . . . .	828
12. Una nuova prospettiva: l'obbligo di rinegoziare ex bona fide . . . . .	830
12.1 Le fonti dell'obbligo di rinegoziare: equità e buona fede . . . . .	830
13. Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare . . . . .	831
14. Il rimedio per l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare: l'art. 2932 c.c. . . . .	832
14.1 Il rimedio manutentivo nel codice tedesco e nelle norme uniformi europee . . . . .	832
15. La tesi contraria all'esperibilità dell'art. 2932 c.c. . . . .	833
16. L'obbligo di rinegoziare e la revisione del contratto nelle norme di gestione dell'emergenza sanitaria Covid-19 . . . . .	836
17. Gli effetti dell'accordo manutentivo fra transazione e novazione . . . . .	837

## CAPITOLO 5

### LA RISOLUZIONE PER ECCESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA E PER IMPOSSIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE

1. Il fondamento e la <i>ratio</i> della risoluzione per eccessiva onerosità . . . . .	839
2. Il campo di applicazione e i presupposti di operatività dell'istituto . . . . .	840
2.1 Contratti a esecuzione continuata, periodica e differita . . . . .	841
2.2 I contratti a effetti reali . . . . .	841
2.3. Il contratto di appalto (rinvio) . . . . .	842
3. I contratti aleatori . . . . .	842
4. L'alea normale del contratto . . . . .	843
5. I fatti causativi della eccessiva onerosità sopravvenuta: il carattere straordinario e imprevedibile . . . . .	844
6. Le sopravvenienze normative: la disciplina dell'emergenza sanitaria Covid-19 . . . . .	845
7. Le caratteristiche della prestazione divenuta "eccessivamente onerosa" . . . . .	845
7.1 La c.d. "onerosità rovesciata" . . . . .	846
8. Eccessiva onerosità e inadempimento . . . . .	847
9. La domanda e l'eccezione di onerosità sopravvenuta . . . . .	847
9.1 Gli effetti della risoluzione (parziale rinvio) . . . . .	848

10. L'offerta di riduzione ad equità. . . . .	848
10.1 I criteri per la riduzione ad equità del contratto . . . . .	849
11. L'eccessività onerosità nei contratti con obbligazioni di una sola parte . .	850
12. La presupposizione . . . . .	851
13. Analogie e differenze tra clausola rebus sic stantibus, eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione . . . . .	852
14. La risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione: il fondamento e la sistematica codicistica. . . . .	854
15. Le applicazioni dell'impossibilità sopravvenuta nelle maglie del codice . . . . .	855
16. I contratti aleatori . . . . .	856
17. La perpetuatio obligationis . . . . .	856
18. Impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione a confronto . .	856
19. I criteri di valutazione della impossibilità sopravvenuta della prestazione . . . . .	857
19.1 L'oggettività dell'impossibilità . . . . .	857
19.2 L'assolutezza dell'impossibilità . . . . .	858
19.3 La nozione di impossibilità sopravvenuta quale situazione di impedimento non superabile né prevenibile mediante il dovuto sforzo diligente . . . . .	858
20. Il caso fortuito e la forza maggiore. . . . .	859
21. Il factum principis, il fatto del terzo e il fatto del creditore . . . . .	860
22. L'impossibilità e le obbligazioni generiche . . . . .	861
23. L'onere della prova . . . . .	861
24. L'impossibilità temporanea. . . . .	861
24.1 Effetti dell'impossibilità temporanea . . . . .	863
25. L'impossibilità parziale. . . . .	864
26. Le misure di contenimento dell'emergenza sanitaria Covid-19: impossibilità temporanea o definitiva? . . . . .	865
26.1 Il recesso dai contratti di pacchetto turistico . . . . .	867



## CAPITOLO 10

### LA RISOLUZIONE DI DIRITTO DEL CONTRATTO

#### **1. La risoluzione di diritto**

Accanto alla risoluzione giudiziale (1453 c.c.), il codice civile prevede tre fattispecie al verificarsi delle quali il contratto si scioglie “di diritto” (artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.).

Sotto il profilo teorico, la differenza tra la risoluzione giudiziale e quella di diritto è marcata.

Nel regime della risoluzione giudiziale, il contratto si scioglie solo per effetto della sentenza: fino al momento in cui il giudice accoglie la domanda il rapporto sinallagmatico persiste. La sentenza costituisce elemento indefettibile della fattispecie risolutoria: in mancanza di essa, il contratto non si scioglie. Alla pronuncia giudiziale si riconosce carattere costitutivo: essa è infatti condizione necessaria anzichè si verifichi l'effetto giuridico della « risoluzione ».

Nell'universo delle risoluzioni di diritto, invece, il rapporto contrattuale si scioglie al verificarsi di una fattispecie che si perfeziona al di fuori del contesto processuale, senza che occorra un provvedimento giurisdizionale. Di regola, il perfezionamento della fattispecie risolutoria richiede – oltre al verificarsi di un inadempimento variamente caratterizzato – una dichiarazione negoziale ad opera del creditore della prestazione inadempita: si può parlare, allora, di risoluzione per atto di parte.

Ricade sul debitore cui viene addebitato l'inadempimento l'onere di agire in giudizio per contestare l'istanza risolutoria della controparte e proporre le domande che ne conseguono (adempimento coattivo; risoluzione del contratto per inadempimento della controparte; risarcimento del danno).

Nel contesto delle risoluzioni di diritto il sindacato giudiziale è: i) eventuale, in quanto, in linea di principio, rimesso alla scelta del contraente cui viene contestato l'inadempimento; ii) successivo, poichè non determina lo scioglimento del contratto, ma accerta una risoluzione già avvenuta). La sentenza che accerta il verificarsi di una risoluzione di diritto assume, pertanto, carattere dichiarativo: essa non scioglie il contratto, ma accerta una fattispecie che si è perfezionata al di fuori del processo.

#### **2. La risoluzione di diritto nell'analisi economica**

Le risoluzioni di diritto, in una prospettiva di analisi economica, presentano considerevoli vantaggi pratici. Il contratto si scioglie “economicamente” per effetto di una semplice dichiarazione stragiudiziale, e non al termine di un lungo e costoso iter processuale.

L'agilità con cui il rimedio può essere azionato, poi, ne potenzia l'efficacia deterrente: se il creditore della prestazione inadempita può ottenere la risoluzione con una semplice dichiarazione stragiudiziale, la controparte interessata alla controprestazione è indotta ad adempiere, in quanto si raffigura lo scioglimento del contratto come un'eventualità prossima e concreta.

A fronte di questi vantaggi, sussiste un possibile inconveniente. Il contratto potrebbe risolversi anche nel caso in cui la pretesa del creditore fosse infondata: sarebbe onere della controparte contestarla, per evitare lo scioglimento del rapporto. Il contraente interessato a contestare una iniziativa risolutoria infondata ha la facoltà di promuovere un accertamento giudiziale: se si astiene dal farlo questo indica, di regola, che la prospettiva della risoluzione non è infondata.

Nel contesto della risoluzione per sentenza costitutiva, il valore del vincolo contrattuale, minacciato dalla pretesa risolutoria infondata, viene qui salvaguardato dal giudice. La scelta circa la conservazione o lo scioglimento del rapporto contrattuale non è rimessa alla piena disponibilità delle parti, ma assoggettata a controllo pubblico. Il sistema non ammette l'eventualità che il contratto si sciogla pur in assenza di un inadempimento rilevante, perché si ritiene che la mancata attuazione del programma contrattuale pregiudichi interessi di carattere generale.

Sebbene il controllo necessario e preventivo del giudice comporti diversi inconvenienti (aumento dei costi e di tempi; scarsa efficacia deterrente del rimedio risolutorio), esso evita il rischio che il contratto si possa sciogliere pur in assenza di una alterazione rilevante del sinallagma.

Nell'ottica della risoluzione di diritto, l'attuazione (e la risoluzione) del contratto è davvero una "questione privata", rimessa alla piena disponibilità delle parti. Nella prospettiva della risoluzione giudiziale per sentenza costitutiva, la stessa alternativa si configura diversamente, in quanto si ritiene che l'attuazione del programma contrattuale risponda ad interessi di carattere generale (la circolazione della ricchezza).

### **3. La risoluzione stragiudiziale come sistema tipico**

Le fattispecie di risoluzione "di diritto" sono ancorate al verificarsi di determinati presupposti sostanziali e procedurali (artt. 1454; 1456; 1457). La diffida ad adempiere, la clausola risolutiva espressa e il termine essenziale compongono un sistema chiuso: la risoluzione del contratto non può prodursi in sede stragiudiziale al di fuori delle ipotesi legislativamente previste.

In assenza di un fondamento normativo, il contratto non può essere risolto in modo stragiudiziale.

Se non si verifica una fattispecie tipica di risoluzione di diritto (diffida ad adempiere, clausola risolutiva espressa, termine essenziale), il contratto si scioglie solo mediante sentenza costitutiva. Si nega efficacia alla dichiarazione stragiudiziale con cui il creditore manifesta la volontà di risolvere il contratto.

Non può essere il recesso lo strumento generale per accordare al creditore deluso la facoltà di liberarsi dal contratto senza una sentenza costitutiva del giudice.

La via giudiziale resta l'unica percorribile in assenza di una delle ipotesi codificate di risoluzione di diritto.

Un'analisi approfondita delle regole elaborate dalla dottrina e delle applicazioni giurisprudenziali, tuttavia, smentisce la perentorietà dell'affermazione, denotando che il contratto si può risolvere in sede stragiudiziale anche al di fuori dei casi previsti dalla legge.

Nei paragrafi seguenti verranno prese in considerazione due fattispecie "atipiche" di risoluzione stragiudiziale riscontrabili nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale: l'eccezione di risoluzione e la risoluzione per dichiarazione unilaterale di parte.

### **4. Risoluzione per via di eccezione?**

A differenza di quanto dispone in relazione ad altri rimedi contrattuali, come l'annullamento (art. 1442, c. 4) e la rescissione (1449, c. 2), il codice civile

non prevede espressamente che la risoluzione del contratto possa essere fatta valere per via di eccezione.

Per la precisione, la figura dell'eccezione di risoluzione trova un limitato riscontro legislativo nella disciplina della vendita e dell'appalto, sul terreno della garanzia per i vizi occulti. L'azione redibitoria si prescrive entro un anno dalla consegna, ma il compratore che sia stato convenuto in giudizio per il pagamento del prezzo « può sempre far valere la garanzia, purché il vizio della cosa sia stato denunciato entro otto giorni dalla scoperta e prima del decorso dell'anno dalla consegna (1495, c. 3). Il compratore convenuto in giudizio per l'adempimento è legittimato a domandare in via riconvenzionale risoluzione e risarcimento del danno: non è escluso, tuttavia, che si limiti a far valere la risoluzione del contratto per via di eccezione.

Una disposizione analoga è dettata dall'art. 1667 a favore del committente per il caso di difformità o vizi occulti dell'opera appaltata.

È da verificare, allora, se anche al di fuori della disciplina delle garanzie per i vizi occulti la risoluzione del contratto possa essere fatta valere per via di eccezione; e se questa ipotetica eccezione di risoluzione operi anche in sede stragiudiziale.

È evidente la differenza che intercorre tra l'eccezione di inadempimento (1460 c.c.) e quella di risoluzione. Avvalendosi della prima, il contraente che subisce l'inadempimento si limita a sospendere l'esecuzione della prestazione di cui è debitore, in attesa che la controparte offra la controprestazione. Il rimedio, nella sua fisionomia classica, non comporta la definitiva inattuazione del programma contrattuale, ma ne stimola l'esecuzione.

Mentre l'eccezione di inadempimento si limita a sospendere l'esecuzione del contratto, l'eccezione di risoluzione – come la corrispondente azione – ne determina invece lo scioglimento, precludendo definitivamente la realizzazione dello scambio.

Recentemente, una voce dottrinale ha ricostruito in termini generali la figura dell'eccezione di risoluzione, riconoscendo ad essa pieno diritto di cittadinanza nel sistema dei rimedi contrattuali. Nella prospettiva di questa dottrina, l'inadempimento della controparte legittima l'eccezione non solo a sospendere l'esecuzione della prestazione di cui è debitore, ma anche ad affrancarsi definitivamente dal rapporto contrattuale.

La fisionomia dell'eccezione di risoluzione è speculare a quella della corrispondente azione. Azione ed eccezione condividono il medesimo fondamento giustificativo, che si identifica con il diritto potestativo alla risoluzione del contratto: se alla base della legittimazione a domandare la risoluzione sussiste un diritto potestativo sostanziale che sorge in seguito all'inadempimento, lo stesso presupposto giustifica la legittimazione ad opporre la corrispondente eccezione. Quest'ultima, in quanto basata su un fondamento sostanziale, può operare anche al di fuori del processo.

Una simile ricostruzione non viene condivisa da chi assume che la sentenza di risoluzione abbia carattere costitutivo. Posto che al di fuori delle ipotesi codificate di risoluzione di diritto occorre una pronuncia giudiziale, le parti non potrebbero affrancarsi dal rapporto contrattuale in virtù di una determinazione unilaterale, sia pure assunta in risposta ad una richiesta di adempimento.

La figura dell'eccezione di risoluzione è oggetto di contrasto anche nel diritto applicato. La giurisprudenza si muove lungo due direttrici diverse.

La prima è netta ed esclude che la risoluzione possa essere fatta valere in via di eccezione.

Alla luce di una seconda direttrice, invece, pur non dandosi espressamente ingresso all'eccezione di risoluzione, si assiste ad una marcata alterazione della funzione svolta dall'eccezione di inadempimento, che in alcune occasioni viene richiamata per giustificare (non già la temporanea sospensione, ma) la definitiva inattuazione del programma contrattuale. A fronte di un'azione di adempimento, il convenuto, anziché proporre domanda riconvenzionale di risoluzione, può giustificare il proprio definitivo inadempimento eccependo quello della controparte ai sensi dell'art. 1460. Sebbene l'inadempimento del convenuto sia definitivo, non occorre che egli domandi la risoluzione: l'art. 1460 viene utilizzato per giustificare la risoluzione del contratto. L'*exceptio inadimpleti contractus* viene ad assumere le sembianze di una eccezione di risoluzione.

È evidente che, in questo modo, la giurisprudenza accredita la figura dell'eccezione di risoluzione, finendo per riconoscerne l'operatività anche al di fuori del contesto processuale. Qualora la controparte sia incorsa in un grave ritardo, il creditore è legittimato a rifiutare la prestazione offertagli e ad astenersi dal pagare il corrispettivo, affrancandosi così in modo definitivo dal vincolo contrattuale; rifiutando la prestazione tardiva – e, correlativamente, l'esecuzione della controprestazione – il contraente fedele oppone all'inadempiente l'avvenuta risoluzione del contratto. La legittimità di questo comportamento viene riconosciuta anche al di fuori del contesto processuale: il rifiuto, infatti, permane legittimo sebbene il creditore non abbia domandato la risoluzione.

Il rifiuto della prestazione viene così ad assumere in concreto una valenza risolutoria. Ed è quanto si verifica nei sistemi anglosassoni e nei progetti di unificazione internazionale del diritto dei contratti, in cui il rifiuto della prestazione costituisce una delle modalità attraverso le quali il contraente può manifestare la volontà di risolvere il contratto.

#### ***4.1 L'eccezione di risoluzione nell'analisi economica del diritto: vantaggi e inconvenienti***

In base all'orientamento esposto alla fine del paragrafo precedente, l'eccezione di risoluzione, sebbene non sia espressamente prevista dalla legge e ne sia incerto il fondamento teorico, esiste nel diritto applicato, ed opera anche al di fuori del processo. Si tratta, ora, di valutare, in una chiave di analisi economica del diritto, i vantaggi e gli inconvenienti che l'introduzione di questo strumento comporta.

Un vantaggio certo è quello di evitare la rigidità e la lentezza della risoluzione giudiziale. In assenza di una clausola risolutiva espressa o di un termine essenziale, il contraente fortemente motivato ad affrancarsi dal rapporto contrattuale sarebbe tenuto a proporre domanda di risoluzione: la possibilità di far valere l'inadempimento della controparte per via di eccezione con valenza risolutoria lo solleva dall'onere di intraprendere un lungo processo e di affrontare le relative spese.

D'altra parte, però, la legittimazione a far valere la risoluzione per via di eccezione comporta un rischio rilevante. Mentre il creditore rimane inerte, è possibile che il debitore sostenga costi e sopporti oneri per regolarizzare il proprio inadempimento, sentendosi opporre solo al momento dell'offerta un rifiuto all'adempimento tardivo. L'eccezione di risoluzione, in altri termini, legittima l'inerzia del creditore, che potrebbe manifestare la sua scelta solo al momento dell'offerta: questa dinamica rischia di vanificare gli sforzi compiuti dal debitore per mettersi in condizione di adempiere.

Quest'ultimo profilo richiede una precisazione. Se è vero che il creditore avrebbe potuto manifestare la sua decisione tempestivamente proponendo domanda di risoluzione, è anche vero che l'incertezza in ordine alla sorte del contratto è stata determinata dall'inadempimento imputabile alla controparte. Su quest'ultima, quindi, va a gravare il rischio dell'inutilità di uno sforzo di adempimento tardivo, vanificato dall'eccezione di risoluzione.

#### **4.2 La manifestazione stragiudiziale della volontà di risolvere il contratto**

Nella prassi, accade spesso che il creditore della prestazione inadempita manifesti la volontà di risolvere il contratto tramite una dichiarazione stragiudiziale.

Nulla quaestio se quest'ultima soddisfa i requisiti della diffida ad adempiere (intimazione ad adempiere entro un congruo termine; forma scritta): ricorre la fattispecie di risoluzione stragiudiziale codificata dall'art. 1454 c.c..

Non sempre, tuttavia, la dichiarazione stragiudiziale si identifica con la diffida, come avviene quando il creditore dichiara di risolvere il contratto con effetto immediato, senza concedere un termine alla controparte.

In questi casi, si tratta di stabilire quali effetti giuridici derivino da un atto, analogo al recesso, che non integra alcuna fattispecie codificata di risoluzione stragiudiziale (artt. 1454; 1456; 1457).

Secondo una dottrina autorevole, la dichiarazione risolutoria stragiudiziale vincola il suo autore: il principio di buona fede e un'elementare esigenza di rispetto degli affidamenti creati precludono al contraente che abbia manifestato la volontà di risolvere il contratto di esigere l'adempimento.

In questa prospettiva, la dichiarazione stragiudiziale produce lo stesso effetto che la legge riconnette espressamente alla domanda giudiziale di risoluzione del contratto (art. 1453, c. 2): il contraente che ha manifestato la pretesa risolutoria non può mutare avviso e chiedere l'adempimento.

La dichiarazione stragiudiziale risolve il contratto con effetto immediato: ciò significa che opera, dunque, in modo analogo al recesso.

Se in base a questa opinione l'atto stragiudiziale del creditore può comportare la risoluzione del contratto anche al di fuori delle ipotesi tipicamente previste dalla legge, occorre dar conto dell'opinione attestata su posizioni diverse. Si ritiene che solo la domanda giudiziale abbia l'effetto di precludere la successiva richiesta di adempimento (1453, c. 2); la dichiarazione stragiudiziale, invece, consente al suo autore di mutare avviso e domandare in un secondo tempo l'esecuzione della prestazione.

Si condivide cioè l'assunto secondo cui, al di fuori delle fattispecie tipicamente previste dalla legge, il contratto si scioglie solo per sentenza costitutiva: di conseguenza, l'atto risolutorio stragiudiziale non preclude il successivo esercizio dell'azione di adempimento.

Il codice civile ammette che il contratto possa sciogliersi mediante recesso. Ma ciò avviene in relazione alla caparra confirmatoria (1385) e all'impossibilità parziale della prestazione (1464): cioè in casi particolari. Lo strumento non è concepito come un rimedio generale di liberazione dal contratto rimasto inadempito.

### **5. Le fattispecie codificate di risoluzione di diritto: analogie e differenze**

Prima di passare ad esaminare separatamente le tre fattispecie codificate di risoluzione stragiudiziale (diffida ad adempiere, clausola risolutiva espressa e

termine essenziale), è opportuno premettere alcune considerazioni in ordine ai rapporti che intercorrono tra di esse.

Si tratta di strumenti di autotutela privata: la parte non inadempiente può regire all'inadempimento della controparte liberandosi dal vincolo contrattuale (e, quindi, dall'obbligo di eseguire la propria prestazione), senza necessità di agire in giudizio, per il fatto stesso dell'inadempimento, eventualmente integrato da un atto della parte.

Secondo una diffusa opinione, la risoluzione mediante diffida risulta strettamente apparentata a quella giudiziale: sia la diffida che la domanda giudiziale postulano la gravità dell'inadempimento; in entrambi i casi, inoltre, il debitore potrebbe evitare la risoluzione eseguendo la prestazione entro un congruo termine.

In realtà, domanda giudiziale e diffida ad adempiere sono molto diverse, sia per struttura che per effetti. Con la domanda, il creditore manifesta in modo definitivo e incondizionato la scelta di affrancarsi dal vincolo contrattuale: interesse che il legislatore protegge precludendo l'adempimento nel corso del giudizio di risoluzione (art. 1453, c. 3). Il contraente che, invece, opta per la diffida sollecita l'altra parte ad adempiere entro un congruo termine, scaduto il quale il contratto si scioglie: il debitore può evitare la risoluzione eseguendo la prestazione entro il termine che gli è stato assegnato (art. 1454).

In quest'ottica, la diffida ad adempiere non costituisce un mero duplicato della domanda di risoluzione – ancorché destinato ad operare in sede stragiudiziale – ma tutela un interesse specifico del contraente fedele: quello di affrancarsi tempestivamente dal rapporto contrattuale, evitando gli inconvenienti che conseguono all'aggravarsi dell'inadempimento.

Anche clausola risolutiva espressa e termine essenziale si sottraggono alle regole che governano la risoluzione giudiziale, e segnatamente al criterio della gravità dell'inadempimento (art. 1455).

Sono evidenti le differenze strutturali che intercorrono tra la clausola risolutiva espressa (art. 1456) e il termine essenziale (art. 1457). Nella prima fattispecie, il contratto si scioglie per effetto di un atto del creditore analogo al recesso; nella seconda, la risoluzione consegue automaticamente alla scadenza del termine. Al verificarsi dell'inadempimento previsto dalla clausola risolutiva espressa, il debitore può evitare la risoluzione eseguendo la prestazione prima che il creditore receda; scaduto il termine essenziale, il debitore non è ammesso a sanare l'inadempimento con un'esecuzione tardiva.

Le differenze che intercorrono tra le diverse fattispecie codicistiche di risoluzione di diritto riflettono le caratteristiche dell'inadempimento imputabile al debitore. Scaduto il termine essenziale, la risoluzione è automatica siccome l'interesse del creditore viene pregiudicato in modo definitivo, egli non è tenuto a esprimere la volontà di risolvere il contratto. L'automatismo dell'effetto risolutorio è analogo a quello che si riscontra sul terreno dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463). In entrambi i casi l'attuazione del rapporto contrattuale è compromessa, sicché non è necessario che il creditore manifesti la sua scelta: la risoluzione appare come una conseguenza obbligata.

Quando si verifica l'inadempimento previsto dalla clausola risolutiva espressa, la prospettiva è molto diversa: il creditore, infatti, può risolvere il contratto anche qualora l'inadempimento non sia grave ai sensi dell'art. 1455, purché esso riguardi l'obbligazione prevista dalla clausola e soddisfi i requisiti da essa previsti (art. 1456). Grazie alla clausola risolutiva espressa, il parametro della non scarsa importanza dell'inadempimento viene sostituito da un criterio

convenzionale che è, di regola, più analitico e meno rigoroso: il contraente fedele è legittimato a risolvere il contratto. Ecco perchè la risoluzione, in questo caso, non avviene automaticamente, ma richiede una dichiarazione negoziale della parte interessata. L'inadempimento non pregiudica radicalmente l'interesse del creditore, e talvolta non soddisfa neppure il requisito della « non scarsa importanza » previsto dall'art. 1455. È possibile, allora, che il creditore conservi interesse per l'esecuzione della prestazione, sicché la risoluzione non consegua ad un automatismo legale: essa deriva da un atto negoziale che manifesta la scelta del contraente deluso (Dellacasa).

Avvalendosi della diffida, il creditore può affrancarsi tempestivamente dal vincolo contrattuale, prima che l'inadempimento leda gravemente l'interesse sotteso al contratto: deve tuttavia concedere al debitore un congruo termine per adempiere. Quando è già maturato un inadempimento grave, è probabile che il creditore, fortemente motivato a liberarsi dal vincolo contrattuale, non voglia accordare al debitore alcuna possibilità di recupero del rapporto: sceglierà, allora, la via giudiziale, perché in seguito alla notificazione della domanda si consolida la prospettiva di conseguire la risoluzione (art. 1453, c. 3).

È più favorevole la posizione del contraente che si avvale della clausola risolutiva espressa: da un lato, egli può conseguire la risoluzione tempestivamente, prima che l'inadempimento abbia leso gravemente l'interesse che lo ha indotto a contrarre; dall'altro, non è tenuto ad accordare al debitore un termine, ma scioglie il rapporto contrattuale con effetto immediato (art. 1456). Se infine l'inadempimento si è prolungato a tal punto da compromettere irreversibilmente l'interesse del creditore, la prospettiva che egli intenda esigere la prestazione non è realistica: la risoluzione, allora, non consegua a un atto negoziale, ma a un automatismo legale: è il caso del termine essenziale (art. 1457).

## **6. Risoluzione stragiudiziale e imputabilità dell'inadempimento**

La risoluzione giudiziale del contratto postula l'imputabilità dell'inadempimento. Secondo la giurisprudenza, chiamata ad applicare le norme sulla risoluzione di diritto, anche quest'ultima, al pari della risoluzione giudiziale, non si verifica se l'inadempimento non è imputabile al debitore.

La soluzione accolta dalla giurisprudenza non è in linea con la scelta operata da altri ordinamenti (quello anglo-sassone e quello tedesco), in cui la risoluzione di diritto si verifica a prescindere dall'imputabilità dell'inadempimento, che rileva ai soli fini del risarcimento del danno.

Il requisito dell'imputabilità finisce per ostacolare la risoluzione stragiudiziale del contratto: esso determina, infatti, una asimmetria informativa che complica la gestione stragiudiziale del conflitto determinato dall'inadempimento, stimolando il ricorso al giudice. Il debitore può infatti contestare la fondatezza della pretesa risolutoria, adducendo circostanze che la controparte non ha la possibilità di conoscere, in quanto si realizzano al di fuori della sua sfera di controllo: di regola, infatti, il creditore non è in grado di verificare se l'inadempimento è imputabile o non imputabile al debitore. E si rischia di dover ricorrere al giudice per stabilire se l'inadempimento è imputabile o meno: la risoluzione (che dovrebbe essere) stragiudiziale sfocia così in un giudizio sull'imputabilità dell'inadempimento.

Quando invece la risoluzione di diritto prescinde dall'imputabilità, è più semplice gestire la controversia senza ricorrere al giudice. Il debitore non può

contestare la fondatezza della pretesa risolutoria deducendo circostanze volte ad affermare la non imputabilità dell'inadempimento.

## **7. La diffida ad adempiere: l'efficienza di uno strumento di autotutela**

Tra gli strumenti che, nei contratti con prestazioni corrispettive, il codice civile appresta a tutela della parte non inadempiente di fronte all'inadempimento dell'altra parte, assume particolare importanza, per la sua singolare efficienza, la diffida ad adempiere.

Lo strumento è previsto e regolato dall'art. 1454 c.c.. Esso rende il creditore sostanzialmente arbitro della sorte del rapporto, consentendogli di: i) ottenere la risoluzione automatica qualora l'inadempimento si protragga oltre un termine congruo – di regola assai breve – da lui stesso stabilito; ii) fissare in tal modo definitivamente la responsabilità del debitore per le conseguenze ulteriori.

In questo senso, la diffida ad adempiere si presenta come espressione di un diritto potestativo attribuito ex lege al creditore, il quale è legittimato a provocare immediatamente e unilateralmente lo scioglimento del vincolo obbligatorio, introducendo nella sua struttura un elemento aggiuntivo, cioè un termine di adempimento che, sostituendosi eventualmente a quello previsto in origine e ormai inutilmente decorso, si caratterizza per la sua perentorietà.

### **7.1 Il contenuto della diffida ad adempiere**

La diffida ad adempiere consiste in una intimazione formale, con la quale il creditore (parte non inadempiente, o per aver già regolarmente eseguito la propria prestazione ovvero perché non è ancora scaduto il termine nel quale deve eseguirla) chiede al debitore (parte inadempiente), che non ha eseguito la sua prestazione nei modi e termini previsti, di procedere all'adempimento.

Fin qui la diffida ad adempiere coincide, nel suo contenuto, con l'intimazione o con richiesta di adempimento, che è necessaria e sufficiente ai fini della costituzione in mora del debitore (art. 1219 c.c.). Presenta, invece, rispetto a questa, in corrispondenza della sua più rilevante funzione pratica, una maggiore complessità, che ne mette in evidenza anche la diversa natura giuridica. Nel caso della diffida ad adempiere, infatti, è necessario che la richiesta sia accompagnata dalla fissazione del termine entro il quale l'adempimento deve avvenire, nonché dalla dichiarazione (cosiddetta monizione) che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risoluto.

È, dunque, indispensabile che la richiesta palesi chiaramente la posizione e l'intento del suo autore, mettendo in evidenza quanto tempo ancora egli è disposto ad attendere la prestazione dovutagli e quale risultato, ove tale tempo decorra inutilmente, egli intende perseguire. E ciò affinché l'altra parte possa regolarsi, e senza farsi illusioni su quelle che potranno essere le conseguenze di una sua eventuale inosservanza del nuovo termine fissatogli. È, appunto, a questa esigenza di immediata chiarificazione delle posizioni delle parti che si ricollega la perentorietà del termine fissato dal creditore, che, come si dirà, non può più essere da questi (unilateralmente) modificato.

### **7.2 Natura e caratteristiche strutturali.**

La diffida ad adempiere è un atto che ha natura negoziale: è ciò che si deduce dalla complessità del suo contenuto e, soprattutto, dalla sua efficacia modificativa del rapporto nel senso voluto dal creditore. È un vero e proprio atto

di volontà, essendo diretta a provocare lo scioglimento del rapporto qualora l'adempimento non venga eseguito nel termine prefissato.

La diffida ad adempiere costituisce, più precisamente, dichiarazione di volontà di esercizio di un diritto potestativo del contraente creditore, a fronte del quale la controparte versa in uno stato di soggezione: se non può opporre valide ragioni ostative quale l'eccezione di inadempimento, altro non può fare che eseguire la prestazione o incorrere nelle conseguenze dell'inadempimento.

Si tratta di un negozio unilaterale, di contenuto patrimoniale, al quale pertanto si applicano, in base al rinvio dell'art. 1324 c.c., le norme generali che regolano la formazione e la validità dei contratti.

### **7.3 La forma**

La diffida richiede *ad substantiam* una forma. Il comma 1 dell'art. 1454 stabilisce, infatti, che essa deve essere fatta «per iscritto»: la norma adopera la stessa formula che l'art. 1219 c.c. utilizza a proposito della intimazione o richiesta necessaria e sufficiente ai fini della mora.

### **7.4 Il contenuto**

Quanto al suo contenuto, la legge non prescrive la necessità dell'uso di formule sacramentali e si ritiene, perciò, che debba aversi riguardo alla sostanza della dichiarazione. Quel che importa, in altri termini, è che essa «ponga l'altro contraente in condizione di conoscere con chiarezza che la controparte intende che il contratto abbia esecuzione nel termine all'uopo fissato e che, ove questo decorra inutilmente, il contratto stesso si intenderà senz'altro risolto senza che occorra pronuncia giudiziale». Si tratta, perciò, di accertare caso per caso se il contenuto dell'atto risponda a questa esigenza, mettendo chiaramente in evidenza l'intenzione del suo autore.

Se, come si è appena detto, la legge non richiede l'uso di particolari formule, essa esige, però, che il termine fissato alla controparte per l'adempimento sia «congruo», cioè tale da consentire al debitore di poter adempiere tenuto conto dell'interesse del creditore ad ottenere la prestazione nel più breve tempo possibile. Il comma 2 dell'art. 1454 specifica che esso non può essere inferiore a quindici giorni, salvo che le parti, regolando in contratto preventivamente le modalità di una eventuale diffida, abbiano pattuito un termine minimo diverso, o che un termine minore debba ritenersi congruo in base agli usi o alla natura del contratto. Il giudizio su tale congruità è affidato in concreto alla valutazione discrezionale del giudice. Ma è stato ritenuto che ad esso questi non debba procedere, quando il termine assegnato sia superiore al minimo legale di quindici giorni.

### **7.5 Analogie e differenze con gli altri strumenti di risoluzione di diritto**

Rispetto alla clausola risolutiva espressa e al termine essenziale, i quali rappresentano strumenti di autotutela che si attivano, per così dire, automaticamente al verificarsi dell'inadempimento, nella diffida ad adempiere è il contraente non inadempiente a dover attivare il meccanismo nel momento in cui l'altra parte ritarda ad adempiere, mettendo in moto un sistema che peraltro lascia ancora spazio all'adempimento, evitando la risoluzione. Infatti, se il

contraente diffidato adempie nel termine assegnato, è esclusa sia la risoluzione di diritto, sia la possibilità di chiedere la risoluzione giudiziale del contratto, fermo il diritto al risarcimento del danno. Invece, in caso di perdurante inadempimento, il contratto si risolve di diritto senza necessità di ulteriori attività da parte del contraente non inadempiente, essendo peraltro irrilevante un eventuale inadempimento successivo alla scadenza del termine.

### 7.6 Il problema dell'imputabilità dell'inadempimento (rinvio)

Il meccanismo della diffida ad adempiere produce l'effetto risolutorio solo se sussistono tutti i presupposti previsti dalla legge, il cui accertamento è demandato al giudice: è necessario quindi non solo che sussista effettivamente l'inadempimento grave dell'intimato, ma anche che il diffidante non sia stato a sua volta inadempiente e che l'inadempimento del diffidato non risulti giustificato da tale comportamento (*inadimplenti non est adimplendum*).

Ai fini dell'efficacia risolutiva della diffida rileva lo stato di non adempienza del diffidante, che deve quindi aver adempiuto gli obblighi assunti, o almeno offerto di adempiere. In difetto, l'intimato può paralizzare gli effetti della diffida avvalendosi dell'*exceptio inadimplenti contractus* (art. 1460 c.c.).

I presupposti applicativi della diffida ad adempiere si identificano quindi con quelli della risoluzione giudiziale: entrambe postulano che l'inadempimento sia grave e imputabile al debitore. Si ritiene, pertanto, che se non sussistono le condizioni per pronunciare la risoluzione ex art. 1453, la stessa non può essere conseguita mediante diffida.

Il momento in relazione al quale valutare la gravità dell'inadempimento coincide secondo alcuni con la recezione della diffida da parte dell'obbligato la scadenza del termine. La giurisprudenza si attesta su quest'ultima posizione.

### 7.7 Gli effetti della diffida

Gli effetti della diffida si determinano, come quelli di tutte le dichiarazioni recettizie, a norma degli art. 1334 e 1335 c.c., dal momento in cui l'atto giunge a conoscenza del destinatario.

Si tratta di un negozio unilaterale recettizio: è decisivo è il momento in cui la diffida perviene a conoscenza del debitore e, pertanto – ai fini della presunzione di conoscenza posta dalla seconda delle disposizioni appena richiamate – il momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario.

Nel momento in cui perviene a conoscenza del debitore, la diffida ad adempiere lo costituisce in mora: l'intimazione, infatti, soddisfa i requisiti di sostanza e di forma previsti dall'art. 1219, comma 1, c.c.. Ne consegue che il diffidato assume il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (art. 1221 c.c.).

Tale momento è, allo stesso tempo, quello in cui la diffida diventa definitiva e irrevocabile. Il che importa – secondo l'opinione prevalente – anche la immodificabilità del termine fissato per l'adempimento. Più correttamente, la revoca è ammissibile, ma solo a condizione che pervenga a conoscenza del debitore prima della stessa diffida. In seguito alla recezione, il debitore confida ragionevolmente nella risoluzione del contratto, che è destinata a verificarsi alla scadenza del termine. Se il creditore potesse revocare la diffida ed esigere l'adempimento, tale affidamento verrebbe compromesso: esso sarebbe tute-

lato solo nell'ambito del processo – grazie al divieto di mutare la domanda di risoluzione in domanda di adempimento (art. 1453, c. 2) – ma non in sede stragiudiziale. Per evitare una così manifesta incoerenza, occorre escludere che la diffida possa essere revocata in seguito alla sua recezione da parte del debitore.

D'altra parte, la diffida importa per il suo autore anche un'altra limitazione: avendo, infatti, egli fissato al debitore un nuovo termine per l'adempimento, e contemporaneamente stabilito i presupposti perché, in caso di sua inosservanza, si verifichi la risoluzione, egli non può più agire per l'adempimento o per la risoluzione con la normale azione ex art. 1453 c.c., che altrimenti avrebbe potuto esperire, né avvalersi degli altri eventuali mezzi, che potrebbero consentirgli un diverso soddisfacimento del suo interesse.

Prima della scadenza del termine, il diffidante non può domandare la risoluzione o l'adempimento. Entrambe le azioni sono incompatibili con la struttura della diffida. La domanda volta a conseguire la risoluzione giudiziale confligge con l'intimazione ad adempiere, perché preclude al debitore l'esecuzione della prestazione con effetto immediato (art. 1453, c. 3); l'azione di adempimento è in radicale contrasto con la risoluzione di diritto del contratto, destinata a verificarsi alla scadenza del termine. Sul piano applicativo, dunque, quando il creditore propone domanda di risoluzione il diffidato è legittimato ad eseguire la prestazione entro il termine assegnatogli: se la prestazione è stata offerta e rifiutata, il creditore può essere costituito in mora, e il giudice deve rigettare la domanda di risoluzione. Quando, invece, il diffidante propone domanda di adempimento, il giudice è tenuto a rigettarla, in quanto la prestazione è stata eseguita dal debitore (l'intimazione ha avuto successo) o il contratto si è risolto alla scadenza del termine (l'intimazione è caduta nel vuoto).

### ***7.8 Il problema della disponibilità dell'effetto risolutorio***

In giurisprudenza si afferma che dopo l'inutile decorso del termine il diffidante può rinunciare unilateralmente all'effetto risolutorio. Data questa premessa consegue che: i) scaduto il termine assegnato in un primo tempo, la diffida possa essere reiterata una o più volte; ii) anche in seguito alla scadenza del termine il diffidante sia legittimato a recedere trattenendo la caparra ricevuta o esigendo il doppio di quella data ai sensi dell'art. 1385, comma 2, c.c.; iii) dopo la scadenza del termine assegnato al debitore l'intimante possa domandare la risoluzione giudiziale del contratto.

In dottrina, l'opinione secondo cui il diffidante potrebbe disporre unilateralmente dell'effetto risolutorio è stata efficacemente criticata, in quanto: a) essa è incompatibile con il testo dell'art. 1454, comma 3, c.c., ai sensi del quale la risoluzione si verifica di diritto alla scadenza del termine (non è possibile disporre degli effetti di un contratto risolto); b) la facoltà di rinunciare alla risoluzione accordata al diffidante pregiudica l'affidamento del debitore, che in seguito alla scadenza del termine confida ragionevolmente nello scioglimento del contratto; c) dopo aver rinunciato agli effetti della diffida, il creditore potrebbe esigere l'adempimento dell'obbligazione quando ormai il debitore ha orientato attività e risorse in altre direzioni (valgono anche a questo proposito le considerazioni svolte in relazione alla revoca della diffida); d) nel contesto processuale, la posizione del debitore che confida nello scioglimento del contratto è protetta dall'art. 1453, c. 2, che preclude il mutamento della domanda di risoluzione in quella di adempimento; la medesima esigenza verrebbe inve-

ce sacrificata in sede stragiudiziale se il creditore potesse disporre liberamente degli effetti della diffida.

### **7.9 Aspetti processuali**

La risoluzione del contratto mediante diffida non possa essere rilevata d'ufficio dal giudice. L'affermazione risponde al principio della disponibilità dell'oggetto del processo (art. 112 c.p.c.), e consente di evitare una indebita intromissione giudiziale negli interessi delle parti.

Non si può infatti escludere che il debitore convenuto in giudizio per l'adempimento conservi interesse ad evitare la risoluzione eseguendo la prestazione nel corso del processo. La risoluzione mediante diffida, dunque, deve essere eccepita dalla parte interessata al rigetto della domanda di adempimento.

## **8. La clausola risolutiva espressa**

Con la clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) le parti convengono espressamente che il contratto si risolve se una "determinata obbligazione" non è adempiuta secondo le modalità stabilite. In tal caso la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata comunica all'altra che intende avvalersi della clausola.

La funzione della clausola risolutiva espressa è di individuare una o più obbligazioni il cui inadempimento determina con certezza la risoluzione (di diritto) del contratto, sottraendo così al giudice la valutazione della gravità dell'inadempimento posto in essere. Essa risponde all'interesse delle parti di sottolineare l'importanza di una certa prestazione, ricollegandovi al suo inadempimento l'automatica risoluzione del rapporto ed eliminando ogni incertezza legata allo scrutinio del giudice.

Grazie alla stipulazione della clausola, il creditore della prestazione inadempita può conseguire la risoluzione in modo più sicuro e tempestivo. Il parametro legislativo della gravità dell'inadempimento (1455) è concepito per governare la risoluzione della generalità dei rapporti sinallagmatici: a tale apprezzabile duttilità consegue inevitabilmente un certo grado di indeterminazione semantica, che comporta una elevata incertezza in ordine alla sussistenza dei presupposti della risoluzione.

Stipulando una clausola risolutiva espressa, le parti sostituiscono la regola legislativa con un criterio più preciso e analitico, volto ad identificare l'inadempimento che determina lo scioglimento del contratto: al verificarsi di esso, il creditore può conseguire la risoluzione con relativa sicurezza, in quanto la rilevanza della prestazione ineseguita nell'economia del contratto è stata predeterminata dalle parti e risulta, così, sottratta alla discrezionalità giudiziale.

Il creditore che si avvale della clausola risolutiva espressa può affrancarsi dal vincolo contrattuale anche se l'inadempimento non è grave ai sensi dell'art. 1455.

L'efficacia del rimedio risolutorio risulta potenziata, in quanto esso opera prima che l'inadempimento abbia pregiudicato gravemente l'interesse del creditore; si valorizza, così, la funzione deterrente della risoluzione, che stimola il debitore ad adempiere tempestivamente per evitare la perdita del corrispettivo (Dellacasa)).

La funzione della clausola risolutiva espressa si coglie anche su un altro piano. Può accadere che una delle parti sia stata indotta a concludere il contratto

da motivi specifici, rispetto ai quali anche un inadempimento oggettivamente lieve giustificerebbe la risoluzione. Grazie alla clausola risolutiva espressa, gli interessi che hanno indotto il creditore a contrarre assumono una consistenza oggettiva, in quanto vengono integrati nel regolamento contrattuale.

Il creditore può poi risolvere il contratto con effetto immediato senza dover assegnare al debitore un congruo termine, come prescrive, in-vece, la disciplina della diffida ad adempiere (art. 1454). Questo gli consente di tornare immediatamente sul mercato per soddisfare l'interesse che lo ha indotto a contrarre, mentre il diffidante deve attendere che si rinnovi l'inadempimento del debitore.

### **8.1 *Contenuto e forma***

Affinché si configuri una clausola risolutiva espressa, occorre che sia stata specificamente individuata l'obbligazione il cui inadempimento determina lo scioglimento del contratto. Se invece la risoluzione è collegata all'inadempimento di una qualsiasi delle obbligazioni contrattuali, la pattuizione non può essere qualificata come clausola risolutiva espressa: la giurisprudenza la ritiene una mera clausola di stile, che effettua un rinvio alla disciplina generale della risoluzione per inadempimento ed è priva di un autonomo valore precettivo.

Alla stessa conclusione si perviene quando le parti effettuano un generico rinvio a tutte le obbligazioni derivanti dal contratto, per riconnettere alla loro violazione lo scioglimento dello stesso: anche in questo caso l'inadempimento risolutorio risulta indeterminato, sicché manca un requisito indefettibile della fattispecie prevista dall'art. 1456.

L'inadempimento che determina la risoluzione può interessare tanto le obbligazioni principali, che costituiscono l'architrova del rapporto sinallagmatico, quanto quelle accessorie, purché sia fatto specifico riferimento ad esse.

La clausola deve prevedere espressamente che all'inadempimento delle obbligazioni individuate consegua la risoluzione del contratto. La legge ammette, dunque, che il contratto si possa risolvere anche se l'inadempimento non è grave, ma – a tutela dell'inadempiente – richiede che tanto l'obbligazione violata quanto l'esito risolutorio siano espressamente determinati.

A differenza della diffida ad adempiere, la clausola risolutiva espressa non è soggetta dalla legge alla forma scritta e può essere stipulata con modalità e tempi diversi rispetto a quelli del contratto a cui accede.

### **8.2 *Le interferenze con la disciplina di protezione del contraente debole.***

La clausola risolutiva espressa non può essere ritenuta vessatoria ai sensi degli artt. 33 ss. cod. cons.. Essa non è riconducibile a nessuna delle fattispecie in presenza delle quali la vessatorietà si presume fino a prova contraria (art. 33, c. 2): spetta al consumatore, dunque, dimostrare che la pattuizione integra i requisiti previsti dalla definizione di clausola vessatoria data dagli artt. 33, commi 1 e 34. E a tal fine è decisiva l'analisi del contesto negoziale all'interno del quale la clausola si colloca.

A esempio, la vessatorietà è esclusa qualora la clausola risolutiva espressa sia bilaterale o venga bilanciata da altre condizioni contrattuali favorevoli per il consumatore. Il professionista può comunque evitare la declaratoria di vessatorietà dimostrando che la clausola risolutiva espressa è stata oggetto di trattativa o riproduce disposizioni di legge (art. 34).

Se contenuta in un contratto intercorso tra imprese, la clausola risolutiva espressa può manifestare l'abuso di dipendenza economica compiuto da uno dei contraenti ai danni dell'altro, ed incorrere nella sanzione della nullità prevista dall'art. 9 della legge 192/1998. Una clausola risolutiva espressa imposta unilateralmente a carico dell'impresa economicamente debole può costituire una delle "condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie", cui la disposizione fa riferimento per esemplificare l'abuso di dipendenza economica (art. 9, c. 2). Anche in questo caso è nuovamente decisiva l'analisi del contesto negoziale nel quale la pattuizione si inserisce.

### **8.3 Gravità e imputabilità dell'inadempimento**

È opinione comune che la stipulazione di una clausola risolutiva espressa preclude al giudice di sindacare la gravità dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1455 c.c. Inserendo la clausola nel regolamento contrattuale, le parti valutano preventivamente la rilevanza dell'inadempimento collegando ad esso la conseguenza della risoluzione: l'applicazione del parametro legale della non scarsa importanza dell'inadempimento rischierebbe di alterare una scelta compiuta in esercizio dell'autonomia privata.

In assenza di specifiche pattuizioni in senso contrario, la giurisprudenza ritiene che l'inadempimento previsto dalla clausola debba essere imputabile al debitore: si ripropone su questo specifico terreno una prospettiva già messa in evidenza all'inizio di questo capitolo, con riguardo alla risoluzione di diritto.

Si discute se le parti possano prevedere che il contratto si risolva anche quando l'inadempimento non sia imputabile al debitore. Secondo un orientamento dottrinale, una clausola risolutiva espressa così conformata sarebbe nulla, in quanto «altererebbe... la fisionomia funzionale e strutturale del tipo di obbligazione dedotta nel rapporto, elidendo alla radice l'operatività degli artt. 1218 e 1256».

In realtà, la declaratoria di nullità non appare fondata su un idoneo fondamento giustificativo. Prevedendo che il contratto si risolva al verificarsi di un inadempimento non imputabile al debitore le parti non violano nessuna norma imperativa: l'art. 1256 non può definirsi tale, specie se derogata in senso favorevole al creditore della prestazione ineseguita.

### **8.4 Tolleranza del creditore e rinuncia alla clausola risolutiva espressa**

Il creditore a favore del quale è stata pattuita la clausola risolutiva espressa può manifestare nei confronti dell'inadempimento un atteggiamento improntato a tolleranza. Egli può inoltre rinunciare ad avvalersi della clausola espressamente (attraverso una dichiarazione con cui manifesta la volontà di non far valere la pretesa risolutoria) o tacitamente (per mezzo di comportamenti incompatibili con la volontà di risolvere il contratto).

Nell'argomentazione giurisprudenziale, tolleranza e rinuncia hanno effetti diversi.

La prima giustifica l'inadempimento del debitore per il passato, ma non preclude al creditore di avvalersi della clausola risolutiva espressa nel futuro. Il creditore che fino ad un certo momento sia stato tollerante può sollecitare il debitore ad una puntuale esecuzione della prestazione e, rinnovandosi l'inadempimento, dichiarare di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa. La risoluzione è invece preclusa se il creditore, in passato tollerante, manifesta repentinamente la volontà di ottenere lo scioglimento del contratto.

La rinuncia preclude al contraente fedele di avvalersi della clausola risolutiva espressa anche in relazione all'inadempimento che si rinnova in un momento successivo. Essa non si limita a giustificare l'inadempimento pregresso, ma impedisce il funzionamento del meccanismo risolutorio per il futuro.

### **8.5 Analogie e differenze con la condizione di inadempimento**

L'eventualità che le parti deducano l'inadempimento ad oggetto di una condizione risolutiva è stata prospettata nell'ambito di questo stesso volume (si veda il capitolo dedicato agli elementi accidentali del contratto).

Al verificarsi dell'inadempimento dedotto quale fatto condizionante, il contratto si risolve di diritto, come avviene in presenza di una clausola risolutiva espressa. Le differenze intercorrenti tra quest'ultima e la condizione di inadempimento sono, però, molto significative: i) verificatosi l'inadempimento, il contratto si scioglie automaticamente, senza che il creditore debba manifestare la volontà di risolvere il contratto, come prevede, invece, l'art. 1456, c. 2; ii) l'avveramento della condizione opera retroattivamente anche rispetto ai terzi, pregiudicando l'acquisto del bene che costituisce oggetto del contratto condizionato; iii) non sembra che il danno derivante dall'inadempimento possa essere risarcito, poichè l'avveramento della condizione elimina retroattivamente il rapporto contrattuale.

i) Quanto all'automaticità dell'effetto risolutorio, si osserva che di regola la condizione di inadempimento ha carattere unilaterale, in quanto è posta nell'esclusivo interesse di una parte (il creditore): ne consegue che quest'ultimo è legittimato a rinunciare agli effetti della condizione e a domandare l'adempimento. Stante il carattere unilaterale della condizione, dunque, la sorte del rapporto contrattuale non è rimessa interamente alla scelta del debitore, che con l'inadempimento ne determina la risoluzione: il creditore conserva la possibilità di esigere l'esecuzione della prestazione rinunciando tempestivamente all'effetto risolutorio. La condizione di inadempimento è da ritenersi potestativa, ma non meramente potestativa: il suo avveramento comporta conseguenze negative per l'inadempiente in quanto determina la perdita del diritto al corrispettivo: la scelta operata dal debitore non è quindi arbitraria.

ii) Riguardo al profilo degli effetti che l'avveramento della condizione produce rispetto ai terzi, l'art. 1458 c.c. dispone che la risoluzione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi "anche se è stata espressamente pattuita": sotto questo aspetto il regime della clausola risolutiva espressa e quello della condizione di inadempimento non sono del tutto assimilabili. Il verificarsi della condizione risolutiva determina infatti la retroattività dell'effetto caducatorio anche rispetto ai terzi. Una voce dottrinale ha ipotizzato un'attenuazione della retroattività "reale" della condizione, volta a tutelare l'affidamento dei terzi di buona fede, equiparando gli effetti della condizione di inadempimento a quelli della clausola risolutiva espressa. L'indiscriminata opponibilità ai terzi dell'effetto risolutivo è invece sostenuta da chi rimarca le differenze intercorrenti tra la clausola risolutiva espressa e la condizione risolutiva di inadempimento. Il contratto caratterizzato da clausola risolutiva espressa determina un trasferimento pieno del diritto e dei poteri di disposizione ad esso inerenti. Con il contratto sotto condizione risolutiva le parti realizzano programmaticamente un'attribuzione patrimoniale precaria: la clausola condizionale limita fin dall'inizio le prerogative e il potere di disposizione dell'avente causa, e questo si riflette sulla stabilità dell'acquisto compiuto dal terzo.

Del resto la posizione del terzo, minacciata dall'avveramento della condizione, viene tutelata almeno in parte dalle regole che disciplinano la circolazione dei diritti. Se è stato acquistato un bene mobile, l'affidamento del terzo di buona fede viene protetto dalla regola "possesso vale titolo" (art. 1153), che – prefigurando un acquisto a titolo originario – limita la retroattività reale dell'effetto risolutorio. Quando, invece, il contratto ha ad oggetto un bene immobile o mobile registrato la nota di trascrizione deve menzionare la condizione (art. 2659 c. 2). L'acquirente del bene, pertanto, è in grado di verificare la sussistenza della condizione non solo consultando il titolo, ma anche prendendo visione della nota contenuta nel registro particolare delle trascrizioni (art. 2664). Qualora la nota di trascrizione ometta di fare riferimento alla condizione, i suoi effetti non sono opponibili al terzo: se quest'ultimo non ha potuto ravvisare la sussistenza della condizione di inadempimento consultando la nota, il suo acquisto non viene pregiudicato.

iii) Come si è anticipato, clausola risolutiva espressa e condizione di inadempimento si differenziano ulteriormente in relazione al risarcimento del danno contrattuale. In base al regime legale (art. 1360 c.c.), l'avveramento del fatto condizionante elimina retroattivamente gli effetti del contratto, con la conseguenza che l'inadempimento risulta privo di rilevanza sul piano risarcitorio. La disciplina è tuttavia derogabile: l'autonomia privata può ammettere il risarcimento del danno anche in caso di condizione risolutiva di inadempimento. Le parti possono infatti escludere o limitare nel tempo la retroattività dell'effetto risolutorio che consegue all'avveramento della condizione, giustificando, così, il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento.

## 9. Il termine essenziale

Nelle due fattispecie considerate fino a questo momento (diffida ad adempiere e clausola risolutiva espressa, artt. 1454 e 1456), il contratto si risolve per effetto di un atto negoziale del contraente che subisce l'inadempimento: tali sono la diffida ad adempiere e la dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa.

Nel caso del termine essenziale, invece, scaduto il termine per l'adempimento, il contratto si risolve automaticamente se entro tre giorni il creditore non dichiara di essere interessato ad esigere l'esecuzione della prestazione (art. 1457, c. 1). A differenza di quanto avviene in relazione alla diffida ad adempiere ed alla clausola risolutiva espressa, la dichiarazione del creditore non scioglie il vincolo contrattuale, ma lo preserva.

Decorsi i tre giorni dalla scadenza del termine, la risoluzione avviene di diritto sebbene non sia stata espressamente pattuita (art. 1457, c. 2). Anche sotto questo profilo la fattispecie si differenzia dalla clausola risolutiva espressa: non occorre, infatti, che l'effetto risolutorio sia stato esplicitato dalle parti contestualmente alla previsione del termine.

### 9.1 Il carattere "essenziale" del termine

L'art. 1457 c.c. non agevola l'interprete nell'individuazione dell'essentialità del termine, che costituisce il presupposto applicativo della disposizione. La legge si limita a prevedere che il termine debba considerarsi essenziale nell'interesse del creditore.

In giurisprudenza e nella dottrina prevalente si ritiene che l'art. 1457 si applichi a due fattispecie alquanto eterogenee, rispettivamente qualificate come termine essenziale « oggettivo » e « soggettivo ».

Il termine essenziale è oggettivo quando in seguito alla scadenza la prestazione diviene inutile per il creditore. L'inadempimento che consegue alla scadenza del termine essenziale è definitivo, in quanto compromette radicalmente l'interesse del creditore. Ecco perché il contratto non si risolve in virtù di una dichiarazione negoziale, ma di un automatismo legale: se l'inadempimento, sub specie di ritardo, lede in modo definitivo l'interesse del creditore, è fisiologico che il rapporto si estingua. Non si può escludere, tuttavia, che in ipotesi eccezionali il creditore conservi interesse a conseguire la prestazione nonostante la scadenza del termine: la legge prevede, allora, che egli possa esigere l'esecuzione della prestazione entro tre giorni, evitando la risoluzione del contratto (art. 1457, c. 2).

L'interprete non dispone di criteri sicuri sulla base dei quali identificare l'essenzialità del termine. Il regolamento contrattuale può essere considerato il principale punto di riferimento per l'interprete chiamato a valutare l'essenzialità del termine. È ipotizzabile, tuttavia, che nell'ambito di tale giudizio possano assumere rilievo anche i motivi che hanno indotto il creditore a contrarre, purché il debitore li conoscesse o potesse conoscerli con l'ordinaria diligenza.

Quando all'atto della conclusione del contratto il debitore non dispone delle informazioni necessarie per ritenere l'essenzialità del termine, non è razionale che in seguito alla scadenza egli "subisca" la risoluzione: i rimedi più appropriati sono, in questo caso, la riduzione del corrispettivo e il risarcimento del danno da ritardo, non la risoluzione integrale del rapporto. Quando, invece, all'atto della conclusione del contratto il debitore dispone di tutte le informazioni necessarie per valutare l'essenzialità del termine, la risoluzione è pienamente giustificata.

Come si è anticipato, l'art. 1457 viene ritenuto applicabile anche al c.d. termine soggettivamente essenziale. Il termine è ritenuto essenziale in quanto espressamente qualificato come tale dalle parti. L'essenzialità soggettiva non si desume, dunque, dall'incidenza del ritardo sugli interessi del creditore, ma da una clausola contrattuale che evidenzia l'importanza del rispetto del termine ai fini dell'attuazione dello scambio o prefigura lo scioglimento del contratto qualora l'inadempimento si protragga oltre la scadenza.

Alcuni autori sono diversamente orientati: essi riconducono il c.d. termine soggettivamente essenziale alla figura della clausola risolutiva espressa (art. 1456), e ritengono applicabile l'art. 1457 solo nel caso in cui alla scadenza la prestazione diviene inutile per il creditore. Secondo questa posizione, dunque, il termine essenziale propriamente detto è solo quello oggettivo: alla variante soggettiva si applica la disciplina della clausola risolutiva espressa. Quando le parti qualificano come essenziale un termine alla scadenza del quale l'utilità della prestazione non viene meno, esse individuano l'obbligazione interessata dall'inadempimento e il termine scaduto il quale il contratto può essere risolto. L'operazione coincide con quella realizzata mediante la pattuizione di una clausola risolutiva espressa: qualificando il termine come essenziale le parti valutano preventivamente l'importanza dell'inadempimento che si protrae oltre la scadenza, neutralizzando il sindacato del giudice sulla gravità dello stesso (1455). Trova quindi applicazione l'art. 1456 anziché l'art. 1457.

### ***9.2 L'inadempimento risolutorio: gravità e imputabilità***

E opinione diffusa che il giudice chiamato a decidere sulla risoluzione conseguente alla scadenza del termine essenziale non possa valutare la gravità

dell'inadempimento. A sostegno di tale tesi viene sovente addotto lo stretto rapporto di affinità che sussiste tra il termine essenziale e la clausola risolutiva espressa: in entrambi i casi, le parti valuterebbero preventivamente la rilevanza dell'inadempimento nell'economia del contratto, sicché il giudice non potrebbe sindacarne la gravità ai sensi dell'art. 1455 c.c..

La risoluzione conseguente alla scadenza del termine essenziale postula, però, che l'inadempimento sia imputabile al debitore.

### ***9.3 Il silenzio del creditore e la dichiarazione di interesse per la prestazione dopo la scadenza del termine essenziale***

La risoluzione non si verifica se entro tre giorni dalla scadenza del termine il creditore comunica alla controparte che intende esigere l'esecuzione della prestazione. Si tratta di un atto negoziale recettizio, che deve pervenire a conoscenza del debitore prima del decorso del terzo giorno.

La legge prevede la possibilità che l'accordo delle parti o gli usi dispongano diversamente (art. 1457, c. 1).

Si discute sulla natura giuridica del silenzio che contribuisce a determinare la risoluzione del contratto. In base a una prima opinione, esso costituisce un comportamento concludente che manifesta tacitamente la volontà di risolvere il contratto. Una diversa tesi qualifica il silenzio come un mero fatto costitutivo della fattispecie, rilevante nella sua consistenza obiettiva: esso contribuisce a determinare la risoluzione del contratto anche se non consegue ad una scelta consapevole del creditore. Quest'ultimo ha facoltà di manifestare espressamente la volontà di risolvere il contratto prima del decorso dei tre giorni, anticipando, così, l'estinzione del rapporto.

Scaduto il termine, il debitore non può evitare la risoluzione eseguendo la prestazione prima del decorso dei tre giorni previsti dalla legge. In seguito alla scadenza la prestazione diviene inutile per il creditore, sicché è ragionevole che egli sia legittimato a rifiutarla.

### ***9.4 La disponibilità dell'effetto risolutorio***

Come per la diffida ad adempiere e la clausola risolutiva espressa, anche in relazione al termine essenziale la giurisprudenza afferma che il creditore può rinunciare unilateralmente agli effetti della risoluzione. Sebbene siano decorsi più di tre giorni dalla scadenza del termine, il creditore potrebbe ripristinare gli effetti del contratto ormai risolto con una decisione unilaterale.

Quando il creditore sollecita l'adempimento dell'obbligazione dedotta ad oggetto del contratto risolto o accetta il pagamento offerto dal debitore, si ritiene che tale condotta sia sintomatica della volontà di rinunciare agli effetti della risoluzione.

Sebbene i criteri identificativi della rinuncia implicita non siano univoci, la giurisprudenza riafferma il principio secondo cui il creditore può disporre unilateralmente dell'effetto risolutorio. Le critiche espresse in dottrina al riguardo sono già state messe in evidenza a proposito della diffida ad adempiere e della clausola risolutiva espressa.



Le pene private sono caratterizzate dalla finalità di dissuadere dall'inadempimento di obblighi attraverso la minaccia di sanzioni che prescindono dalla riparazione delle conseguenze dannose eventualmente derivanti dall'inadempimento. La funzione punitiva della pena privata è una costante concettuale dell'istituto, sì che la pena si applica indipendentemente dal verificarsi del danno. La pena privata rappresenta uno strumento addirittura più efficace rispetto al risarcimento del danno: il debitore può non trovare nell'obbligazione risarcitoria derivante dall'inadempimento una ragione sufficiente per astenersi dal suo comportamento inadempiente, poiché la misura prevedibile del risarcimento, ancorata al limite del danno, è inferiore al vantaggio che gli deriva dal proprio inadempimento.

#### **4. La clausola penale**

L'art. 1382 c.c. definisce la clausola penale come quella «clausola con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione».

La clausola penale produce un effetto tipico: «la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno» (art. 1382, comma 2, c.c.). Ciò significa che il creditore può ottenere la penale senza dover provare di aver subito danno; e che il debitore non può liberarsi dall'obbligo di prestare la penale provando l'inesistenza del danno.

La clausola penale produce poi un effetto naturale, quello di «limitare il risarcimento alla prestazione promessa» (art. 1382, comma 1, c.c.). Effetto naturale, perché, prosegue il 1° co. Dell'art. 1382, esso si verifica «se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore».

Se la penale è per l'inadempimento, non si può chiedere insieme la prestazione principale e la penale; il cumulo è consentito se la penale è per il ritardo (art. 1383 c.c.).

In entrambi i casi, la penale può essere diminuita equamente dal giudice (art. 1384 c.c.).

##### ***4.1 La funzione della clausola penale***

Sono due i principali orientamenti consolidatisi sulla funzione della clausola penale: uno incentrato sulla funzione risarcitoria e l'altro incline a riconoscere alla clausola penale una funzione afflittiva, quale funzione esclusiva o concorrente.

###### ***4.1.1 La clausola penale come patto sulla liquidazione del danno risarcibile***

Secondo un primo orientamento, la clausola penale assolverebbe una funzione liquidatoria del risarcimento del danno, i cui presupposti andrebbero comunque ricercati nella disciplina ordinaria, a partire dall'imputabilità dell'inadempimento. L'efficacia del patto penale opererebbe dunque sul piano della prova del danno (non necessaria) e su quello della sua liquidazione: tale liquidazione sarebbe infatti anticipata al momento della stipulazione della clausola e non più rinnovabile in seguito all'inadempimento, salva l'applicazione dell'art. 1384 c.c. in tema di riducibilità della penale manifestamente eccessiva o applicata in ipotesi di adempimento parziale.

La natura liquidatoria della penale spiegherebbe in particolare il divieto di cumulo con la prestazione principale, non essendo consentito, neppure se-

condo la disciplina ordinaria, cumulare risarcimento integrale e domanda di adempimento. Come nel caso del risarcimento liquidato secondo la disciplina di fonte legale, è invece consentito cumulare domanda di adempimento e risarcimento/penale per il semplice ritardo.

Secondo questa impostazione si spiegherebbe anche perché la risoluzione del contratto (per inadempimento) non tolga efficacia alla clausola penale, ma ne costituisca il necessario presupposto.

#### *4.1.2 La funzione punitiva della clausola penale*

Parte della dottrina critica l'approccio sopra illustrato, mettendo in luce la funzione sostanzialmente "affittiva" o "punitiva" della clausola penale.

L'elemento centrale di tale approccio è rappresentato dalla dissociazione tra penale e danno quale disposta dal 2° co. Dell'art. 1382 c.c., là dove il legislatore impone l'adempimento della penale indipendentemente dalla prova del danno. Tale disposizione viene interpretata nel senso di prescindere non solo dalla prova dell'ammontare del danno, ma anche da quella della sua esistenza.

Dalla dissociazione tra prestazione penale e danno deriva una totale inadeguatezza della clausola penale a fungere da strumento di riparazione delle conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento. In questa prospettiva, il divieto di cumulo tra penale e prestazione principale si spiegherebbe avendo riguardo ai generali principi del divieto di arricchimento ingiustificato, mentre l'istituto della riducibilità della penale, di cui all'art. 1384 c.c., dovrebbe ricondursi a un altrettanto generale principio di proporzionalità tra sanzione e violazione (a cui la sanzione reagisce).

Ne consegue che il parametro di riferimento per valutare la natura eccessiva del suo ammontare non è nel rapporto tra penale e danno astrattamente risarcibile, bensì nel rapporto tra penale e interesse del creditore quale configurato al momento della stipulazione della clausola (di qui l'uso dell'imperfetto "aveva" riferito alla titolarità di tale interesse in capo al creditore).

Nella più ampia prospettiva della teoria della sanzione, la clausola penale diviene «misura predisposta dall'ordinamento giuridico per rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente per porre rimedio agli effetti dell'inosservanza». La clausola penale assolve una funzione affittiva fondata non sul principio della riparazione, ma su quello della retribuzione (il «rendere male per male», secondo la prospettiva qui richiamata). Alla clausola andrebbe riconosciuta una "tipica" (nel senso di normalmente caratterizzante) "funzione di pena".

Tale funzione potrebbe declinarsi secondo due modelli alternativi: i) quello della c.d. "penale pura", in cui le parti non fanno alcun riferimento al profilo del danno e del suo risarcimento; ii) quello della c.d. clausola penale "non pura", in cui, secondo la volontà delle parti, la prestazione dovuta rappresenta una penale e costituisce allo stesso tempo la misura del risarcimento del danno. È a questa ipotesi che si deve avere riguardo quando si è in presenza di un patto di risarcibilità del danno ulteriore ex art. 1382, 1° co., ult. Parte, c.c..

#### *4.1.3 La teoria mista: la combinazione tra funzione riparatoria e funzione punitiva*

Su un diverso piano si colloca la teoria che ritiene la funzione punitiva concorrente della clausola penale con la funzione riparatoria.

In questa prospettiva, che merita condivisione, la componente affittiva della clausola penale è eventuale, e compare nelle clausole volte a produrre un

«risultato più che risarcitorio», mentre ciò che caratterizza la clausola in via primaria è la funzione di coercizione e di stimolo all'adempimento.

Anche la Relazione al codice civile sottolinea tale ultima funzione: «il valore giuridico dato alla clausola penale dall'art. 1382 è quello di limitare il danno, salvo che le parti non ne abbiano convenuto il risarcimento integrale. Nell'art. 1382 non si allude alla funzione coercitiva che alla clausola assegna l'art. 1209 cod. civ. del 1865, perché tale funzione è solo indirettamente esercitata dalla penale».

La funzione principale della clausola penale è dunque da ricercare non sul piano della mera afflizione, ma su quello anzitutto della riparazione del danno. Si deve però al contempo cogliere la specificità della clausola nell'apprestare una misura convenzionale volta alla soddisfazione dell'interesse del creditore e atta a fungere da strumento di coazione indiretta dell'inadempimento.

Con la clausola penale le parti disciplinano gli effetti dell'inadempimento in modo diverso da quello stabilito dalla legge, concordando una preventiva e convenzionale liquidazione del danno. In questo senso, la clausola penale assolve una funzione risarcitoria. Al contempo, però, la clausola soddisfa anche una funzione sanzionatoria, perché commina per l'inadempimento una pena privata consistente in una prestazione che il soggetto inadempiente dovrà effettuare nei confronti del creditore indipendentemente dal danno sofferto da quest'ultimo.

La clausola penale, in tale prospettiva, assolve una funzione sia risarcitoria, sia sanzionatoria: liquida preventivamente e forfetariamente i danni e, allo stesso tempo, rappresenta una sorta di pena privata per l'inadempimento. La finalità propria della clausola penale, dunque, è duplice: rafforzare il rapporto obbligatorio, inducendo all'adempimento dietro minaccia di applicazione di una sanzione e, al contempo, liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria per il danno patito dal creditore.

Senza dunque negare la funzione riparatoria della clausola penale, questa prospettiva consente di esaltare il ruolo dell'autonomia negoziale delle parti: esse sono infatti libere di costruire la clausola penale nelle molteplici varianti che la soddisfazione di propri interessi richiede.

Ne emergono una serie di soluzioni ammissibili, in cui l'accordo è incentrato sul "dosaggio" tra funzione liquidatoria e funzione afflittiva.

#### *4.1.4 La funzione della clausola penale nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*

In una prospettiva di analisi economica, la clausola penale è in grado di scongiurare il rischio del c.d. inadempimento efficiente. È tale l'inadempimento che per il debitore risulta conveniente, in quanto il costo necessario per l'esecuzione della prestazione dovuta è superiore al danno risarcibile in caso di inadempimento: quest'ultimo è efficiente perché più conveniente rispetto all'inadempimento.

La clausola penale è in grado di rendere inefficiente l'inadempimento: la misura della penale può essere fissata ad un ammontare tale da rendere non conveniente la mancata esecuzione della prestazione dovuta, innalzando i costi connessi all'inadempimento al di sopra del danno risarcibile.

Sempre in una prospettiva di analisi economica, la clausola penale svolge una «funzione di segnalazione», consentendo al debitore di assicurare il creditore circa la sua effettiva affidabilità e al creditore esigente di acquistare una sorta di assicurazione contro il rischio di inadempimento.

L'efficienza della clausola dipende da una superiore capacità delle parti di stimare costi e danni attesi e di definire dunque una regola più adeguata sul piano riparatorio, atta a includere anche componenti del danno oggettivamente non prevedibili o solo soggettivamente apprezzabili.

Può risultare efficiente anche adottare una clausola sovra-compensativa: cioè una clausola che prevede come dovuta in caso di inadempimento una somma superiore al danno derivante dall'inadempimento. Ciò accade in particolare quando si voglia proteggere (e dunque incentivare) il compimento di investimenti specifici, che servono a ridurre i costi di adempimento e/o a aumentare il valore della prestazione per il creditore. In queste ipotesi la clausola penale corregge i limiti di un risarcimento che sarebbe altrimenti destinato a fallire nel suo compito di indurre forme efficienti di adempimento, poiché normalmente orientato a salvaguardare la c.d. aspettativa contrattuale e non invece il c.d. affidamento riposto nella corretta esecuzione e dunque gli investimenti che a quell'affidamento conseguono (Iamiceli).

Queste osservazioni non consentono di ignorare i limiti che la clausola penale può scontare proprio sul piano dell'efficienza. Ove non ricorrono gli elementi di contesto sopra individuati e soprattutto ove le parti hanno modo di imporre unilateralmente clausole penali fortemente penalizzanti al solo fine di innalzare i costi di inadempimento e di appropriarsi abusivamente di risorse altrui, la clausola può generare forme di redistribuzione della ricchezza atte a scoraggiare gli scambi e in alcuni casi impedire il corretto funzionamento del mercato. Questa è la ratio di alcune discipline speciali sulla clausola penale, ad esempio quella contenuta nel codice italiano del consumo (*v. amplius infra*).

#### **4.2 Al cuore del problema: la questione dei limiti dell'autonomia privata**

Ammettere che la clausola penale possa assolvere, in modo cumulativo, le due principali funzioni, riparatoria e/o afflittiva, lascia insoluto il problema dei confini dell'autonomia privata in materia di pene private.

Occorre stabilire:

1) se, al di fuori dell'uso della clausola penale, le parti possano configurare ulteriori sanzioni dell'inadempimento atte, ad esempio, non solo a prescindere dalla prova del danno, ma anche a sottrarsi al divieto di cumulo tra sanzione privata e richiesta di adempimento e al divieto di cumulo tra prestazione risarcitoria e prestazione penale.

2) se, pur restando nell'ambito della fattispecie "clausola penale", le parti possano derogare ai divieti di cumulo tra prestazione risarcitoria e prestazione penale, nonché sottrarsi al controllo giudiziale sulla manifesta eccessività della misura della sanzione ex art. 1384 c.c.

I due problemi, seppure correlati, attengono a profili diversi: il primo è inerente all'ammissibilità ex art. 1322, comma 2, c.c. c.c. di pene private negoziali atipiche; il secondo riguarda la natura derogabile o inderogabile della disciplina della clausola penale.

Riguardo al problema sub 1), parte della dottrina tende a fornire risposta negativa al quesito, invocando anche in materia privatistica il principio di tipicità delle sanzioni: non sarebbero quindi ammissibili patti atipici che dispongono l'applicazione di pene private in caso di inadempimento. Secondo altra parte della dottrina la configurabilità di sanzioni aventi fonte negoziale deve misurarsi invece con il criterio di meritevolezza, come previsto per i contratti atipici (si sarebbe dunque al di fuori di un principio di tipicità): valutazione

peraltro non richiesta nella misura in cui il patto sia riconducibile allo schema (già tipico) di cui agli artt. 1382 ss. c.c..

Questa seconda prospettiva merita condivisione. Il principio di tipicità delle sanzioni, proprio della materia penale, ha un fondamento non estendibile come tale alla materia civilistica, considerato l'impatto della sanzione penale sulla sfera personale e sociale dell'individuo; impatto di cui è priva la pena privata.

Sono quindi ammissibili i patti atipici che comportano pene per l'inadempimento, se superano il vaglio di meritevolezza del risultato perseguito dalle parti. La meritevolezza è già stata valutata a monte dal legislatore per quanto concerne la clausola penale.

Ciò consente di riconoscere nell'ordinamento l'operatività di altri strumenti sanzionatori di fonte negoziale non riconducibili allo schema della clausola penale. È il caso, ad esempio, del patto di mera liquidazione del danno risarcibile: l'accordo è rivolta a definire il *quantum* dell'obbligazione risarcitoria, lasciando intatto per la disciplina dell'*an* l'operare delle norme ordinarie. Tale patto non consente di prescindere dalla sussistenza di un danno, ma solo dalla prova del suo ammontare. Ha quindi un'incidenza diversa da quella prodotta dalla clausola penale e di portata senz'altro minore di quella: ciò dovrebbe bastare a superare il test di meritevolezza ex art. 1322 c.c.. Si deve piuttosto riflettere sull'applicazione estensiva della disciplina della clausola penale sotto il profilo della riducibilità ex art. 1384 c.c..

Riguardo alla questione 2), è diffusa l'opinione che assegna natura imperativa alle norme che disciplinano la clausola penale. In altri termini, riconosciuta nella fattispecie «clausola penale» la generale manifestazione del potere negoziale istitutivo di sanzioni private contro l'inadempimento consistenti nell'imposizione di obblighi di prestare, si esclude che tale potere possa esercitarsi derogando ai divieti legali di cumulo tra prestazione penale e prestazione risarcitoria o sottraendosi al giudizio di manifesta eccessività di cui all'art. 1384 c.c.

## 5. La disciplina della clausola penale: la fonte dell'obbligo

La prestazione dovuta a titolo di penale trova la sua fonte in un atto di natura negoziale, a struttura bilaterale. Si tratta di un patto che coinvolge sia il debitore che il creditore di un'obbligazione (c.d. principale) il cui inadempimento (imputabile) determina il sorgere dell'obbligazione penale.

Si discute se il negozio-fonte dell'obbligazione penale sia atto distinto dal contratto che genera l'obbligazione principale o coincida con esso, rappresentandone una parte, una "clausola".

Secondo un primo orientamento, il problema del rapporto tra clausola penale e contratto-fonte dell'obbligazione principale deve essere esaminato nella prospettiva degli interessi perseguiti dalle parti e dunque della causa del patto sulla penale. Si mette così in luce come le parti che stipulino una clausola penale perseguano uno scopo ben distinto da quello proprio del contratto principale: vogliono infatti che una di esse esegua una certa prestazione nel caso in cui non adempia una certa obbligazione. Tale scopo non sarebbe tale da "modificare" lo scopo del contratto principale: il patto sulla penale sarebbe perciò autonomo.

Secondo un diverso orientamento, condiviso dalla giurisprudenza e fondato in particolare su argomenti di tipo testuale, la clausola penale non assurge

a negozio autonomo, ma ha carattere accessorio rispetto al contratto fonte dell'obbligazione principale. Ne deriva che il patto sulla penale: i) eredita da quel contratto la disciplina inerente alla forma; ii) subisce la sospensione degli effetti se al contratto si applica una condizione sospensiva; iii) è oggetto del medesimo giudizio di validità che dovesse riguardare il contratto, non potendosi sottrarre ad esso, salva l'applicazione dell'art. 1419 c.c.; iv) viceversa, difficilmente la sua nullità può determinare la nullità dell'intero contratto ex art. 1419 c.c. trattandosi appunto di clausola accessoria.

Questa prospettiva riconosce tra le due obbligazioni (quella "penale" e quella principale) un preciso collegamento, che viene declinato nel senso dell'accessorietà. Tale collegamento (e non l'unicità del negozio) spiegherebbe l'estensione della nullità del contratto principale sulla validità della clausola e la stessa ininfluenza dell'invalidità della clausola penale sul contratto principale.

## **6. Presupposti di operatività della clausola: a) l'inadempimento dell'obbligazione principale**

L'art. 1382 c.c. prevede che la prestazione "penale" sia dovuta dal debitore in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento.

Il duplice riferimento all'inadempimento e al ritardo nell'adempimento rievoca chiaramente la struttura dell'art. 1218 c.c. Da un'interpretazione sistematica dell'art. 1382 c.c. si evince che inadempimento e ritardo debbano essere imputabili al debitore affinché costui possa ritenersi obbligato al pagamento della penale. Come ai sensi dell'art. 1218 c.c., l'onere della prova circa la non imputabilità del fatto impeditivo dell'adempimento spetta al debitore.

Nulla impedisce alle parti di stipulare un diverso patto ai sensi del quale il debitore sia tenuto al pagamento della prestazione penale a prescindere dall'imputabilità dell'inadempimento o del ritardo. In questo caso, però, si parla di clausole di assunzione del rischio, la cui natura e funzione sono diverse da quelle della clausola penale.

Se, come nel giudizio di responsabilità, l'inadempimento e il ritardo devono essere imputabili, non si richiede invece che siano di particolare gravità o che il ritardo consista nella violazione di un termine "essenziale". In tal senso la giurisprudenza sottolinea chiaramente la distanza tra presupposti di operatività della clausola penale e presupposti della risoluzione per inadempimento.

Quanto al ritardo, neppure si ritiene che esso debba essere sancito dalla costituzione in mora del debitore.

Nella logica di accessorietà che contraddistingue la clausola penale, inadempimento o ritardo devono riguardare esattamente l'obbligazione che le parti hanno considerato quale oggetto della clausola penale. Nella prassi, infatti, accade spesso che i contraenti intendano così rafforzare non qualsiasi obbligo assunto con il contratto, ma quella particolare obbligazione o quella particolare caratteristica dell'obbligazione che, più delle altre, contribuisce alla soddisfazione dell'interesse del creditore.

Già sul piano dell'individuazione dell'obbligo da "rafforzare" si manifesta dunque quella potenziale selettività della clausola che le parti possono scegliere di sfruttare, sostanzialmente mantenendo in vigore una logica di doppio binario: il binario della clausola penale per l'obbligo "rafforzato"; il binario dell'azione di responsabilità da inadempimento e del risarcimento del danno per tutti gli altri obblighi.

## **7. I presupposti del diritto alla “prestazione penale”: b) l’irrelevanza della prova del danno**

Il presupposto di esigibilità del diritto alla prestazione penale è l’inadempimento imputabile del debitore, non invece il danno determinato dall’inadempimento (o dal ritardo). L’art. 1382 c.c. prevede infatti che il diritto a tale prestazione spetti «a prescindere dalla prova del danno».

Secondo l’interpretazione di dottrina e giurisprudenza, tale “astrazione” non riguarda soltanto il piano dell’ammontare del danno, ma anche quello della sua stessa sussistenza.

Questo aspetto non deve essere sottovalutato. Prescindere dal danno significa infatti poter omettere tutta quella parte del giudizio di responsabilità che intorno al danno si costruisce, a partire dal nesso di causalità, per procedere con la valutazione della natura del danno (patrimoniale o non patrimoniale), della sua prevedibilità o meno.

La semplificazione del giudizio, come appena illustrata, incontra un limite e un ridimensionamento nell’ipotesi in cui le parti abbiano stabilito che il creditore possa chiedere il risarcimento del danno ulteriore e diverso da quello coperto dall’importo della prestazione penale. La risarcibilità del danno ulteriore presuppone e richiede la valutazione dell’intero danno, non solo sotto il profilo del quantum, ma anche sotto il profilo dell’an, con tutto ciò che ne consegue in termini di causalità, prevedibilità, concorso del creditore, natura patrimoniale o meno del danno.

## **8. Gli effetti della clausola penale: l’obbligo di eseguire la “prestazione penale”**

L’art. 1382 c.c. considera oggetto della clausola penale l’obbligo del debitore inadempiente di eseguire una «determinata prestazione». Prima ancora di entrare nel merito dell’oggetto della prestazione, preme sottolineare la natura obbligatoria del vincolo che nasce dalla clausola penale. La prestazione penale è prestazione e dunque oggetto di un rapporto obbligatorio (collegato a quello principale, come illustrato nei paragrafi precedenti).

Fuoriescono dunque dallo schema della clausola penale sia la produzione di effetti reali (che in ogni caso contrasterebbe con l’art. 2744 c.c.), sia la mera sospensione o estinzione di diritti.

La natura obbligatoria degli effetti della clausola penale fa sì che la soddisfazione dell’interesse del creditore possa attuarsi, come in ogni rapporto obbligatorio, solo grazie all’adempimento della prestazione penale. In caso di inadempimento, trovano applicazione le norme generali sulla responsabilità del debitore.

Ferma la natura obbligatoria del rapporto giuridico generato dalla clausola penale, la prestazione penale deve presentare gli attributi di cui all’art. 1174 c.c.: deve trattarsi dunque di prestazione suscettibile di valutazione economica e deve soddisfare un interesse, anche non patrimoniale, del creditore.

In dottrina si ritiene che questo inquadramento sia compatibile con l’attribuzione del diritto alla penale a favore di un terzo. Ricorrerebbe allora lo schema del contratto a favore di terzo, la cui disciplina richiede essa stessa che lo stipulante vanti un “interesse” giuridicamente rilevante alla «deviazione degli effetti» del contratto. Deve correlativamente ammettersi che in un contratto a favore di terzo, la penale sia stipulata a favore dello stipulante.

La prestazione penale può consistere tanto in una prestazione pecuniaria, quanto in una prestazione non pecuniaria. Rimane sostanzialmente isolata l'opinione di chi ritiene che la clausola penale possa prevedere soltanto prestazioni in denaro.

Quando la prestazione penale consiste in una prestazione non pecuniaria si pone però il problema della compatibilità con il divieto del patto commissorio (art. 2744 c.c.). Se la clausola penale si sostanzia nell'obbligo del debitore di trasferire la proprietà di un bene in conseguenza dell'inadempimento, v'è il rischio di elusione dell'art. 2744 c.c.. In realtà, la funzione della clausola penale è diversa da quella del patto commissorio: la prima è volta a risarcire un danno da inadempimento (e a sanzionare lo stesso inadempimento), la seconda assolve una funzione di garanzia del creditore. Il rischio di approfittamento e di arricchimento ingiustificato del creditore che è alla base del divieto del patto commissorio non si prospetta nel caso della clausola penale, poiché la stessa legge ne prevede la riduzione ad opera del giudice in caso di manifesta eccessività.

### **8.1 La limitazione del risarcimento del danno**

Se la nascita dell'obbligazione penale rappresenta l'effetto principale della clausola in esame, quest'ultima produce ulteriori effetti rilevanti per il creditore.

Tra questi particolare rilievo ha l'effetto di limitare il risarcimento del danno alla prestazione determinata per la penale ai sensi dell'art. 1382 c.c.

A ben guardare la disposizione contiene due regole: i) l'una secondo la quale, salve le deroghe contemplate su cui ci si soffermerà oltre, non è possibile cumulare penale e risarcimento integrale del danno; ii) l'altra, per cui con la stipulazione della clausola penale, il creditore "consuma" il diritto di optare (per l'applicazione della clausola penale o) per la disciplina ordinaria del risarcimento, seppur considerata in alternativa alla prima. In tal senso la clausola penale va nettamente distinta dalla caparra confirmatoria, la quale consente comunque al creditore di preferire il rimedio risarcitorio applicato secondo le norme ordinarie (Iamiceli).

Come si è avuto modo di illustrare sopra, questi aspetti della disciplina sono alla base dell'inquadramento funzionale della clausola, intesa come strumento di liquidazione del danno o di punizione del debitore inadempiente.

L'effetto di limitazione si spiega facendo riferimento al generale principio del *ne bis in idem*: non si può risarcire due volte lo stesso danno, generando un arricchimento in favore del danneggiato.

La norma, nel prevedere che il creditore possa domandare l'esecuzione della prestazione penale ma non il risarcimento del danno, è norma derogabile in una sola direzione: quella che consente il cumulo tra la penale e il risarcimento del danno non coperto dalla penale (il c.d. danno ulteriore). Risulta invece confermato il divieto di cumulo tra penale e risarcimento integrale, nonché l'esaurimento della facoltà di invocare il risarcimento del danno secondo le regole ordinarie in sostituzione dell'applicazione della clausola penale.

Si tratta dunque di una derogabilità, per così dire, limitata o specificamente orientata: ciò, se per un verso rende più flessibile il funzionamento della clausola penale, per l'altro ne preserva alcune caratteristiche strutturali che l'autonomia privata non è in grado di alterare validamente.

Come dottrina e giurisprudenza correttamente osservano, la determinazione del danno ulteriore richiede la determinazione del danno integrale, da cui, per differenza, può desumersi l'ammontare del danno ulteriore.

### 8.2 *La limitazione del diritto di domandare la prestazione principale*

L'art. 1383 c.c. espressamente vieta il cumulo tra domanda di adempimento della prestazione penale e domanda di adempimento della prestazione principale. Un simile cumulo è consentito nella sola ipotesi in cui la penale sia stata prevista per il semplice ritardo.

Il divieto si applica alle sole prestazioni rimaste inadempite, con la conseguenza che, in caso di rapporti di durata, il creditore può domandare la prestazione penale (per l'inadempimento delle prestazioni scadute) senza perdere il diritto a chiedere l'adempimento delle prestazioni che andranno a scadere successivamente.

L'art. 1383 c.c. si limita a regolare il rapporto tra i due meccanismi di attuazione dei diritti senza instaurare alcuna precisa sovrapposizione o correlazione tra le due prestazioni, quella principale e quella penale.

Così, dottrina e giurisprudenza maggioritarie ritengono che la prestazione principale e la prestazione penale non possano dirsi oggetto di obbligazioni alternative ai sensi dell'art. 1285 c.c.2: non solo perché non è il debitore a poter scegliere tra l'uno o l'altro adempimento, come di regola accade nelle obbligazioni alternative (benché la facoltà di scelta possa essere attribuita al creditore); non solo perché comunque non spetterebbe al debitore alcun potere di fissare un termine al creditore titolare del potere di scelta, con conseguente riattribuzione a costui di tale potere se il creditore lascia scadere il termine assegnatogli (v. art. 1287, 2° co., c.c.); ma anche, e forse ancor prima, perché le due obbligazioni hanno origine e natura autonoma e soddisfano due interessi diversi, sebbene l'uno (quello oggetto della penale) accessorio (e dunque dipendente dall'altro). A ben guardare l'obbligazione penale sorge solo in presenza dell'inadempimento, mentre il diritto alla prestazione principale sorge sulla base del titolo (contrattuale o meno, se si aderisce alla tesi estensiva) ben prima dell'inadempimento (Iamiceli).

Diversamente dal diritto al risarcimento del danno, la cui sussistenza o il cui contenuto è comunque influenzato dalla clausola penale, non potendosi in alcun caso richiedere il risarcimento del danno integrale in presenza di tale clausola, il diritto alla prestazione principale continua a sussistere indipendentemente dalla clausola penale. È solo l'effettivo esercizio del potere di domandare la penale che "consuma" il potere di scelta del creditore, rendendo inammissibile una successiva domanda di adempimento. A tale domanda può peraltro accompagnarsi quella di risarcimento del danno da ritardo (da riconoscersi secondo la disciplina ordinaria), posto che l'efficacia limitativa del risarcimento riguarda il danno da inadempimento e non quello da ritardo.

L'applicazione della clausola penale è concepita dal legislatore come strumento di attuazione o di soddisfazione sostitutiva del c.d. "interesse di aspettativa" del creditore. Questo spiega perché la penale non possa cumularsi con il risarcimento (che, pur in diversa veste, svolge o potrebbe svolgere sotto questo profilo funzione analoga) e spiega anche perché il creditore non possa ottenere contestuale soddisfazione di quell'aspettativa ricevendo sia il bene atteso che il bene sostitutivo. La logica è dunque, di nuovo, quella del *ne bis in idem* (Iamiceli).

## 9. La penale per il ritardo e la domanda di adempimento

L'art. 1383 c.c. sottrae esplicitamente la penale prevista per il semplice ritardo alla regola del divieto di cumulo tra penale e domanda di adempimento.

La *ratio* va ravvisata nel fatto che la penale per il ritardo tende a salvaguardare un interesse, quello alla tempestività della prestazione, che è definitivamente leso e comunque non recuperabile con l'adempimento tardivo. Da questa *ratio* si traggono alcuni elementi di riflessione circa una eventuale estensione di questa regola oltre l'ipotesi della penale per il semplice ritardo, con particolare riguardo ad alcune penali aventi funzione (prevalentemente) affittiva.

Per altro verso l'analisi della giurisprudenza consente di riflettere sulla criticità e sulla difficoltà di una chiara demarcazione tra penale per il "semplice" ritardo e penale per l'inadempimento. L'uso dell'aggettivo semplice sembrerebbe infatti imporre un onere di particolare attenzione nella definizione di questi confini.

## 10. Il cumulo tra penale per il ritardo e penale per l'inadempimento

Le parti possono cumulare le due tipologie di penale: quella per il ritardo e quella per l'inadempimento. Questa combinazione consente al creditore di domandare separatamente o contestualmente entrambe le prestazioni penali, non appena ne ricorra il relativo presupposto (ritardo e/o inadempimento) oppure può cumulare la penale per il ritardo con la richiesta di adempimento. Mentre infatti l'art. 1382, 1° co., c.c. impedisce di cumulare penale e risarcimento integrale del danno e il secondo vieta il cumulo tra penale e richiesta di adempimento, facendo salvo appunto il caso della penale per il ritardo, nulla impedisce di cumulare entrambe le prestazioni penali a diverso titolo previste dalle parti.

## 11. La successione delle domande

Nel vietare il cumulo in oggetto, l'art. 1383 c.c. stabilisce che le due domande (di applicazione della clausola penale e di adempimento) non possono essere proposte "insieme". L'uso dell'avverbio non deve trarre in inganno. Esiste o può esistere una dinamica temporale in cui il creditore inizialmente insiste sull'adempimento per poi modificare la sua domanda in domanda di attuazione della clausola penale. La situazione è assolutamente analoga a quella regolata espressamente dall'art. 1453, 2° co., c.c. in tema di successione tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione.

È utile a tal proposito precisare che la domanda di applicazione della clausola penale in nulla assomiglia alla domanda di risoluzione, per presupposti, natura ed effetti: ne consegue che l'una domanda non può sottintendere l'altra, se non espressamente formulata, né richiede l'accertamento dei presupposti che la contraddistinguono.

Ciò precisato, è invece vero che, data la medesima alternatività instaurata dal legislatore tra domanda di adempimento, per un verso e, per l'altro, rispettivamente, attuazione della clausola penale o risoluzione del contratto, è parimenti rilevante nei due casi che, una volta che sia stata esercitata l'opzione incompatibile con la domanda di adempimento, il debitore inizi a fare affidamento sul fatto che tale adempimento in natura non gli venga più richiesto. Ammettere la

possibilità di un ripensamento significherebbe dunque imporre al debitore un onere eccessivo e contrario alle regole della correttezza (Iamiceli).

## **12. La riduzione della prestazione penale**

L'art. 1384 c.c. individua due presupposti in presenza dei quali il giudice può ridurre la prestazione penale: i) il parziale adempimento della prestazione da parte del debitore inadempiente; ii) il carattere manifestamente eccessivo della prestazione penale in relazione all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

I presupposti sopra indicati attribuiscono al debitore un potere di azione o di eccezione volto ad ottenere una diminuzione dell'importo dovuto. Non è invece previsto analogo potere per il creditore per una eventuale modificazione verso l'alto, ad esempio in ipotesi di importo manifestamente irrisorio.

### ***12.1 La riduzione della penale in caso di parziale adempimento***

L'art. 1384 c.c. stabilisce che il giudice possa ridurre l'ammontare della prestazione penale se il debitore ha parzialmente adempiuto la prestazione.

Secondo una prima basilare lettura dell'art. 1384 c.c. l'esercizio del potere equitativo del giudice di ridurre la penale in caso di parziale adempimento del debitore tende a ristabilire un equilibrio di tipo quantitativo tra ammontare della penale e natura dell'inadempimento.

Non sempre, infatti, la clausola penale è strutturata sulla base di un criterio di gradualità, facendo corrispondere, ad esempio, agli stati di avanzamento della prestazione, una diversa e gradualmente meno onerosa quantificazione della prestazione penale. Piuttosto, accade spesso che la penale sia prevista per l'inadempimento tout court, senza che venga in considerazione l'adempimento parziale da parte del debitore.

Nella prospettiva liquidatoria, la riduzione si spiega per una presunta minore dannosità dell'inadempimento parziale. Nella prospettiva punitiva, per una tendenziale minore "deprecabilità" dello stesso. In entrambe le prospettive lo strumento si fonderebbe su un'esigenza di proporzionalità.

Nell'inciso finale dell'art. 1384 c.c. in cui si stabilisce che la valutazione equitativa del giudice deve essere compiuta avendo riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento. Questo riferimento sembra ricondurre la matrice della riduzione della penale a un giudizio inquadrato nell'ambito della buona fede esecutiva prima ancora che dell'equità. Il bilanciamento operato dal giudice non è solo e tanto un bilanciamento tra poste quantitativamente determinate, ma è anche e soprattutto un bilanciamento tra interessi: l'interesse del debitore a non subire forme abusive di esercizio del potere di esigere la prestazione penale piena in circostanze in cui l'interesse del creditore sia stato parzialmente soddisfatto; l'interesse del creditore alla soddisfazione del credito e a non subire decurtazioni della prestazione penale in ragione di adempimenti parziali di scarsa o nulla utilità sul piano qualitativo oltre che quantitativo.

### ***12.2 La riduzione della penale manifestamente eccessiva***

La riducibilità della prestazione penale manifestamente eccessiva risponde a un'esigenza di controllo sul contenuto dell'accordo. Tale controllo è posto dal

legislatore a presidio di un principio di proporzionalità tra prestazione penale e interesse del creditore.

Il potere del giudice di ridurre la penale può anche essere letto come una forma di protezione della parte debole, vittima dell'abuso del creditore in sede di formazione del contratto. Ma in una nota decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione resa sulla scia di un precedente filone giurisprudenziale, il Supremo Collegio ha avuto modo di negare che la disciplina in oggetto sia posta a tutela di interessi particolari e, specificamente, dell'interesse del debitore, preferendo invece inquadrare l'art. 1384 c.c. nell'ambito degli strumenti di controllo dell'autonomia contrattuale.

Nel fare ciò, aderendo ad un orientamento giurisprudenziale precedente, la Corte ha collegato tale controllo all'operatività di principi generali, alcuni dei quali di fondamento costituzionale, quali il dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 cost.) e il principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie; principi da valutarsi secondo i canoni della buona fede oggettiva e della correttezza. Di qui l'inderogabilità della norma che conferisce al giudice il potere di ridurre la penale, in quanto posta a presidio di interessi di carattere superindividuale.

L'inquadramento dell'istituto nell'ambito della correttezza contrattuale consente al giudice di affrancarsi da una esclusiva attenzione ai profili di formazione dell'accordo per mettere in risalto l'inerenza dell'intervento del giudice alla fase attuativa del rapporto, realizzato mediante la correzione del contenuto della clausola concordata tra le parti con riconduzione della stessa ad equità (Iamiceli).

Così inquadrato, l'istituto della riduzione della prestazione penale assolve una «funzione correttiva di riequilibrio contrattuale», collocandosi nel più ampio spettro degli strumenti di controllo dell'autonomia privata legati all'attuazione del principio di buona fede esecutiva.

La norma, introducendo una forma di limitazione dell'autonomia privata, riveste carattere eccezionale, dovendosi quindi escluderne l'applicazione analogica a istituti affini. Può leggersi in questa prospettiva quella giurisprudenza che nega l'applicabilità dell'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria oppure all'indennità spettante al promissario di una promessa del fatto del terzo.

I più recenti orientamenti giurisprudenziali, orientati a rileggere il fondamento del controllo dell'autonomia privata in chiave di principi costituzionali, sembrano in verità sottrarre a tale disciplina il carattere di eccezionalità che aveva nelle letture precedenti, rendendo nuovamente attuale il tema dell'applicazione estensiva dell'art. 1384 c.c.

Ciò di cui più profondamente si discute è se e in che misura il giudice sia chiamato ad entrare nel merito delle scelte negoziali: l'art. 1384 c.c. pone un problema di confini dell'autonomia privata e di determinazione del ruolo del giudice nell'esercitare un potere di controllo sul rispetto di tali confini. Il punto critico è nella definizione dei criteri che presidono a tale giudizio.

L'art. 1384 c.c. offre un'unica risposta a questo interrogativo: avere riguardo all'interesse del creditore che costui «aveva» all'adempimento. Di fronte a questo (unico ma non univoco) criterio si aprono diverse opzioni interpretative.

Il principale snodo interpretativo si presenta là dove il giudice deve scegliere se collocarsi in una prospettiva *ex ante* rispetto all'inadempimento o al ritardo, vale a dire quella della stipulazione della clausola, oppure in una prospettiva *ex post*, vale a dire quella dell'applicazione della penale. In ogni

caso il giudizio inerisce ai confini dell'autonomia privata, nell'uno legandosi maggiormente o esclusivamente alla formazione dell'accordo, nell'altro alla fase esecutiva del contratto.

Offrendo segnali alterni, la giurisprudenza ha mostrato di poter percorrere l'uno o l'altro di questi itinerari interpretativi.

Nella prima prospettiva ha inteso tener fede alla lettera dell'art. 1384 c.c. là dove il riferimento all'interesse del creditore è declinato (*rectius*, coniugato) al passato.

Nella seconda prospettiva, la giurisprudenza ha creduto di poter, in un certo senso, "attualizzare" l'interesse del creditore, ponendolo al centro di una valutazione che, ammantata dei caratteri di una stima svolta "in concreto" quali peraltro indotti dalla natura equitativa del giudizio, in concreto appunto finisce per ripercorrere un ideale processo di (ri)determinazione della penale adeguata, tenendo conto di elementi che si collocano nella fase esecutiva del rapporto.

In questa seconda prospettiva, oggi prevalente, sembra prendere corpo l'idea di un'equità intesa quale potere cogente del giudice in funzione di limitazione dell'autonomia privata. Il giudice non tanto assume le vesti delle parti per percorrere un giudizio retrospettivo ed ipotetico del tipo «se le parti avessero determinato "la giusta penale", allora...»; quanto assume le vesti di un valutatore imparziale (quale indubbiamente è) per verificare se, "al momento dell'attuazione della clausola", quest'ultima risponda alla funzione di tutelare l'interesse del creditore: interesse che il creditore "aveva" all'adempimento ma che oggi deve essere riferito a quella prestazione "sostitutiva" che è la prestazione penale.

Il danno è "tra" i criteri di riferimento per la rideterminazione della penale. Molto spesso si afferma che tale criterio non può però essere esclusivo. Si prendono in considerazione anche criteri quali la gravità dell'inadempimento, il tipo di inadempimento (definitivo o temporaneo), il comportamento del creditore (anche successivo all'adempimento/inadempimento del debitore), il costo sostenuto da costui in vista del contratto.

Tra gli elementi diversi dal danno, merita ulteriore attenzione il valore della prestazione, a cui pure spesso si fa riferimento, in diversi casi, al fine di considerare questo valore come un tetto massimo al di sopra del quale la penale è considerata manifestamente eccessiva.

### *12.2.1 La questione della rilevabilità d'ufficio*

Fino ad alcuni anni fa la dottrina quasi unanime e la giurisprudenza prevalente ritenevano che solo il debitore potesse proporre domanda di riduzione della prestazione penale, in via di azione (principale o riconvenzionale) o in via di eccezione. Si escludeva invece la rilevabilità d'ufficio della questione.

La conclusione si fondava (e per parte della dottrina si fonda tuttora): i) sulla generalizzazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato come declinato nell'art. 112 c.p.c.; ii) sulla natura della riduzione della penale quale strumento volto a proteggere un interesse di parte; iii) sulla intrinseca incapacità del giudice di valutare l'adeguatezza della penale in assenza di un apparato probatorio, quale solo la parte interessata avrebbe potuto produrre.

La giurisprudenza più recente ha criticato gli argomenti appena menzionati, facendo invece valere, a supporto della tesi favorevole ad ammettere la rilevabilità d'ufficio, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1384 c.c.: la norma viene considerata come volta alla protezione di interessi generali dell'or-

dinamento, la cui applicazione non può essere condizionata dalla richiesta della parte interessata (la quale neppure potrebbe derogare alla generale riducibilità della penale mediante accordo in tal senso concluso con il debitore)

Lo stesso art. 112 c.p.c. ammette l'esistenza di eccezioni non proponibili soltanto dalle parti, ma rilevabili d'ufficio dal giudice, come deve intendersi l'eccezione regolata dall'art. 1384 c.c., che non dispone nel senso della necessaria proposizione di parte.

La riducibilità d'ufficio della clausola penale muta profondamente il quadro applicativo della disciplina in esame ed esalta le preoccupazioni di parte della dottrina rispetto ai rischi del controllo giudiziale dell'autonomia privata in funzione correttiva.

### **13. Le clausole penali vessatorie nei contratti dei consumatori e nei contratti tra imprese**

L'art. 33, 2° co., lett. f), c. cons., introduce una presunzione di vessatorietà per ciò che riguarda le clausole che hanno per oggetto o per effetto di imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo.

La disciplina del codice del consumo si distingue chiaramente da quella codicistica, che dunque resta applicabile ai contratti tra imprese, ai contratti tra soggetti che non siano, rispettivamente, professionisti e consumatori e ai contratti di consumo che includano appunto penali non pecuniarie o penali di qualunque natura a carico dei professionisti.

Mentre, ex art. 1384 c.c. la clausola penale manifestamente eccessiva non è perciò invalida ma (valida e) riducibile, il codice del consumo la include nell'ambito della lista di clausole presuntivamente vessatorie e perciò nulle (ove la presunzione non sia superata), con quanto ne consegue in termini di rilevanza di ufficio, azione inibitoria delle associazioni dei consumatori, validità del contratto in cui la clausola (nulla) è inserita, onere della prova a carico del professionista circa l'esistenza di specifiche trattative aventi ad oggetto la clausola, quale circostanza che neutralizza la presunzione di vessatorietà.

Ove non sia nulla (perché, ad esempio, specificamente negoziata), ma comunque manifestamente eccessiva, l'art. 38 c. cons., quale norma di rinvio al codice civile per quanto non previsto nel codice speciale, consente di applicare alla clausola l'art. 1384 c.c.. Ne consegue che, anche là dove la disciplina consumeristica nulla ha potuto per neutralizzare la clausola sproporzionata, lì il codice civile autorizzerebbe il giudice non a dichiarare nulla la clausola, ma addirittura a rideterminarla secondo equità: ciò, come visto, anche in assenza di domanda o eccezione di parte.

Si discute che cosa accada invece in ipotesi di nullità della clausola e, in particolare, se, dichiarata la nullità ex art. 36 c. cons., il giudice possa procedere alla rideterminazione della stessa. Sul punto si ritiene che l'art. 1384 c.c. si applica soltanto a clausole valide e non può dunque avere riguardo a clausole vessatorie e perciò nulle. Per queste varrebbe la più ampia tutela prefigurata dal codice del consumo, che prevede la caducazione della sola clausola nulla.

Quando ha a che fare con l'interesse del consumatore, il giudice non è dunque chiamato a misurarsi con il difficile compito del giudizio di equità.

Per quanto riguarda i contratti tra imprese, sono due i possibili riferimenti normativi.

Il primo è rappresentato dall'art. 9, l. n. 192/1998 sulla subfornitura. La clausola penale può esser considerata quale manifestazione dell'abuso (di dipendenza economica) del contraente e dunque nulla ai sensi della norma speciale.

Un secondo elemento di valutazione emerge dalla disciplina dei termini di pagamento nelle cc.dd. transazioni commerciali. L'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 231/2002 dispone la nullità dell'accordo inerente alle conseguenze del ritardato pagamento se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, tale accordo risulti gravemente iniquo "in danno del creditore". L'ultimo comma della medesima norma aggiunge che il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo.

La disposizione si distingue dalle altre non solo perché, riguardando prestazioni di natura pecuniaria, finisce per regolare patti sostanzialmente riconducibili alla materia degli interessi moratori convenzionali, ma soprattutto in quanto ha ad oggetto forme di abuso condotte ai danni del creditore avente diritto alla penale/interessi di mora e non in pregiudizio del debitore tenuto ad eseguire tale prestazione accessoria. Al di là di queste differenze, deve osservarsi che in tal caso il legislatore combina la nullità della clausola con un potere di intervento modificativo da parte del giudice: un intervento che in prima battuta prevede l'applicazione dei criteri/tassi legali e solo in via suppletiva prospetta il ricorso all'equità. Peraltro lo stesso ricorso all'equità appare corredo da una serie di parametri di riferimento atti a ridurre la discrezionalità del giudice e a migliorare la capacità conformativa e cogente dell'equità sull'autonomia delle parti (Iamiceli).

#### 14. La caparra confirmatoria: la fattispecie

Si ha caparra confirmatoria quando, contestualmente alla conclusione del contratto, una parte (*tradens*) consegna all'altra (*accipiens*) a titolo di caparra una somma di denaro o una quantità di altre cose fungibili (art. 1385, c. 1). Se il *tradens* adempie, la caparra gli viene restituita o imputata alla prestazione dovuta; se invece è inadempiente, l'*accipiens* può recedere dal contratto ritenendo la caparra, che compensa il danno derivante dall'inadempimento.

Quando l'*accipiens* è inadempiente, il *tradens* può recedere ed esigere il doppio della caparra: la somma consegnata all'atto della conclusione del contratto gli viene restituita, in misura doppia con funzione risarcitoria (art. 1385, c. 2).

Peraltro, la parte che recede ritenendo la caparra ricevuta o esigendo il doppio di quella data è esonerata dalla prova del danno derivante dall'inadempimento.

La caparra confirmatoria prefigura, così, un'ulteriore fattispecie di risoluzione stragiudiziale, che si coniuga con una rilevante semplificazione del quadro probatorio: il contratto si scioglie mediante recesso e il creditore non ha l'onere di provare il danno subito, liquidato preventivamente nella misura della caparra. Il creditore, peraltro, permane legittimato a domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto (art. 1385, c. 3): in questo caso, il danno deve essere provato, e il risarcimento viene determinato in base alle regole generali (artt. 1223 ss.).