

PREMESSA ALLA TERZA EDIZIONE

Il presente volume raccoglie, ad uso degli Studenti del corso di Diritto civile, una serie di scritti su temi oggetto della mia ricerca scientifica degli ultimi venticinque anni. In questa terza edizione ho aggiunto due saggi in inglese, rielaborazione dei seminari tenuti nel gennaio del 2016 alla Peter A. Allard School of Law della University of British Columbia (Vancouver, British Columbia-Canada) e nel maggio 2018 alla Université de Montréal (Québec, Canada), oltre ad alcuni saggi sulla più recente evoluzione della giurisprudenza di legittimità in tema di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made*, rilevante anche per le sue implicazioni sistematiche sulla teoria del contratto.

I generi letterari sono diversi, come pure la collocazione e le occasioni di indagine, ma essi sono legati dal filo conduttore dello studio dell'autonomia privata e dei suoi limiti nella conformazione del sinallagma genetico e funzionale del contratto, come anticipo nel capitolo introduttivo.

Pur nella loro diversa forma essi rimangono testimonianza dello sforzo di sintesi tra teoria e prassi, che sono persuaso debba sempre contrassegnare l'attività di insegnamento di discipline di diritto positivo, e del rapporto dialogico tra parte generale e speciale del diritto dei contratti.

Francesco Delfini

Milano, gennaio 2019

Introduzione

Capitolo I

SINALLAGMA E AUTONOMIA NEGOZIALE

Sommario: 1. Sinallagma genetico e sinallagma funzionale. – 2. Contratti *delle imprese e dei consumatori*: per un ritorno della dicotomia diritto *civile e commerciale*. – 3. Clausole di limitazione o esclusione della risoluzione ed autonomia privata. – 4. Controllo sull'equilibrio contrattuale e diversità di *status*.

1. Sinallagma genetico e sinallagma funzionale

Di *sinallagma* il codice non fa diretta menzione. Si tratta di concetto elaborato in dottrina, che trova riscontro positivo immediato esclusivamente per quello che viene definito come sinallagma *genetico*.

La distinzione tra sinallagma *genetico* e *funzionale* è assai chiara in dottrina, specie in chi ha affermato che «sinallagma significa rapporto di dipendenza, ed è appunto il rapporto di dipendenza delle due obbligazioni che determina immediatamente le parti del contratto bilaterale a cadere nell'*in idem placitum consensus*; così che, se l'una obbligazione non nasce, viene meno non tanto l'altra obbligazione, quanto addirittura la fonte del rapporto, il contratto. Se nascono ambedue, il contratto è perfetto nella sua causa, poiché questa, come elemento della formazione del contratto, si esaurisce appunto nel momento della formazione stessa. Che il successo dell'obbligazione consista poi nell'effettiva esecuzione della prestazione, che ciascuno dei diritti d'obbligazione creati dal contratto abbia per oggetto una prestazione, sono cose che non riguardano la formazione del contratto, e quindi il negozio giuridico, ma, se mai, il rapporto creato dal contratto. Se si fa causa del contratto lo scambio delle prestazioni, si pone come causa del negozio quello che è l'oggetto della rapporto creato dal negozio stesso, cioè del rapporto obbligatorio. (...) Per ciò, dal punto di vista della causa del negozio, cioè del consenso delle parti nel contratto bilaterale, si deve dire che il sinallagma è genetico, nel senso che *alla formazione del contratto è necessaria e sufficiente la esistenza delle reciproche obbligazioni*»¹.

¹ G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, 110-111, nostro corsivo.

Emerge qui lo stretto collegamento tra sinallagma genetico e causa del contratto; ed anzi può dirsi che il referente positivo della esistenza del sinallagma genetico è proprio nell'art. 1325, n. 2, che codifica il c.d. principio causalistico². In ciò è poi possibile intravedere una singolare comunanza a livello comparatistico: la funzione assoluta dalla causa, nei sistemi continentali, è assoluta dalla *consideration*, in quelli di *common law*³.

Il concetto di sinallagma *funzionale* è invece privo di un riscontro diretto nel codice. Si tratta di generalizzazione tratta dal ricorrere di una articolata tutela della esecuzione del contratto, dello scambio⁴.

Vi è una norma che sancisce la nullità in caso di inesistenza del sinallagma genetico – cioè il vincolo originario tra *le obbligazioni*, che costituisce la causa del contratto⁵. Ciò è ottenuto costruendo quest'ultima quale “requisito” del contratto (art. 1325, n. 2, cod. civ.) e sanzionando la sua mancanza con la nullità ex art. 1418, co. 2.

È dunque la tecnica adottata dall'ordinamento nel riconoscere il sinallagma genetico, e cioè la sua oggettivazione in un requisito coevo alla stipulazione e racchiuso nell'atto, che consente, per la sua tutela, un giudizio di *aut-aut*, un discernimento tra “bianco e nero”: la causa del contratto c'è o non c'è e dunque il giudizio di validità è praticabile ed appropriato.

² Ciò è di rilievo, inoltre, perché il principio causalistico è strettamente correlato al principio consensualistico, di cui all'art. 1376 cod. civ. E poiché il principio consensualistico regola il trasferimento del diritto, fenomeno incidente sulla esecuzione del contratto, l'introduzione dell'art. 1376 cod. civ. ha significato attrarre nell'orbita del momento genetico del contratto ciò che per l'innanzi si situava sul piano della esecuzione del contratto: in ultima analisi, ampliare la sfera del sinallagma genetico riducendo correlativamente quella del sinallagma funzionale.

³ Cfr. G. GORLA, voce *Consideration*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, s.d. (ma 1961), 176 ss.

⁴ Si tratta di concetto che si innesta su altra bipartizione, ormai acquisita in dottrina, che distingue tra *contratto*, come atto di posizione del regolamento di interessi delle parti, e *rapporto*, come relazione diacronica tra le parti: «altro è il contratto, altro il rapporto che ne nasce; e se l'uno determina, regola o influenza l'altro, non perciò la distinzione viene meno. Ha il secondo elementi propri, costitutivi e di funzionamento, che non sono del primo e viceversa: così la causa del contratto è di questo, non del rapporto che ne nasce, così (...), tutto ciò che tocca il rapporto non fa venir meno la causa del contratto, come invece dovrebbe essere, se la causa funzionasse anche nel rapporto» (G. GORLA, *Del rischio e pericolo*, cit., 122 e *ivi*, nt. 1, nostro corsivo). La distinzione tra sinallagma genetico e funzionale è sintetizzata così da F. MESSINEO (*Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, 9ª ed., Milano, 1959, 642): «in quanto sinallagma genetico, il contratto stabilisce l'interdipendenza *fra le obbligazioni* al momento del perfezionamento del contratto; mentre, in quanto sinallagma funzionale, esso stabilisce tale interdipendenza, *anche fra le prestazioni* da effettuare».

⁵ G. GORLA, *Del rischio e pericolo*, cit., 144; 157.

L'esistenza di un vincolo di dipendenza tra le prestazioni nella fase dell'attuazione del rapporto (sinallagma *funzionale*) è priva invece di un referente così esplicito ed immediato: codesto vincolo è stato ricostruito per induzione dalla dottrina, già sotto il codice previgente, intravedendone altrettanti indici sintomatici nei rimedi concessi, a fronte dell'inattuazione del rapporto, al contraente fedele⁶ (azione di adempimento, di risoluzione, di risarcimento, di riduzione del corrispettivo, eccezioni dilatorie, ecc.).

Non vi è dunque nell'ordinamento una norma che vieti all'autonomia delle parti di conformare il nesso di dipendenza tra *le prestazioni* nel rapporto contrattuale (c.d. sinallagma funzionale). E ciò è comprensibile, perché il sinallagma funzionale non è stato oggetto di un processo di riconoscimento giuridico analogo a quello relativo al sinallagma genetico. Esso non è stato oggettivato in un requisito, la cui esistenza possa essere accertata in modo non graduato.

Codesta differenza di struttura tra le due forme del sinallagma importa conseguenze rilevanti in punto di imperatività delle norme sulle quali rispettivamente si poggiano.

Parte della dottrina, in passato, ha accomunato il controllo dell'ordinamento quanto alla «possibilità/sussistenza originaria della causa (in concreto)» e quanto alla sua «persistenza nel tempo»⁷ e, pur rilevando la subordinazione della rilevanza della sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione, ovvero dell'inadempimento (eventi che inciderebbero sulla *persistenza* della causa), alla *volontà* della parte "pregiudicata", ha immotivatamente svalutato la diversità della disciplina positiva, che ricollega alla mancanza di causa originaria la *nullità* e alla mancata realizzazione dello scambio la *risolubilità* (nel caso di cui all'art. 1464 cod. civ. tramite il recesso)⁸.

Ma la imprescrittibilità, la legittimazione estesa, la rilevabilità d'uffi-

⁶ G. GORLA, *Del rischio e pericolo*, cit., 137 ss.

⁷ E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 908 secondo cui anche nelle ipotesi di impossibilità sopravvenuta, ovvero di inadempimento «viene ad essere parzialmente ferita o compromessa in secondo tempo, la attuazione del risultato complessivo, preveduto, "programmato" ed assunto a causa del contratto» (p. 911).

⁸ E. REDENTI, *La causa*, cit., 911, che rileva che tali "eventuali accidenti" (impossibilità sopravvenuta, inadempimento) «acquistano rilevanza solo se la parte, che vede ferita o compromessa la causa dal suo punto di vista (come *causa obligandi* per lei), prenda l'iniziativa ...», ma poi conclude che «se pure il regime esteriore è spiegabilmente anzi inevitabilmente diverso, il fondamento intrinseco invece è pur sempre analogo a quello della ipotesi (modernizzata) della *causa data causa non secuta*, e cioè un fondamento prettamente causale».

cio, la non sanabilità (di regola) della nullità acquistano significato decisivo al cospetto degli opposti attributi della risoluzione (e del recesso)⁹.

Alla scelta di codesti diversi e contrastanti strumenti tecnici, da parte del legislatore, deve essere assegnato dunque il valore che ad essa compete. La previsione, per la mancata attuazione dello scambio, di uno strumento lasciato alla disponibilità delle parti non consente – ci pare – di limitare tale disponibilità alla fase successiva all'inadempimento.

Del resto, neppure per il caso dell'inadempimento *imputabile* può dirsi che la corrispettività delle prestazioni importi necessariamente il mantenimento di tutti i rimedi previsti dall'art. 1453 cod. civ. e segnatamente della risoluzione del contratto.

Anzi, ci pare che l'essenza di tale rapporto sinallagmatico dovrebbe situarsi piuttosto nell'azione di adempimento, che nell'azione di risoluzione. La centralità della prima, rispetto a quest'ultima, è altresì confermata dalla circostanza che nei casi in cui è ammessa un'azione costitutiva, di cui all'art. 2908 cod. civ., la manutenzione del contratto, non dovendo scontare l'incertezza della esecuzione di una sentenza di condanna, si pone addirittura come strumento ineludibile di attuazione del programma negoziale¹⁰.

L'essenza del vincolo tra le prestazioni sta proprio nella possibilità di coartare l'inadempiente all'adempimento e sotto tale profilo la previsione di un'intera sezione del libro sesto del codice, dedicata alla esecuzione in forma specifica, manifesta tale propensione del legislatore¹¹. L'azio-

⁹ Prescrittibilità nel termine ordinario, esperibilità solo da una delle parti, non rilevanza d'ufficio, ecc. Né va sopravvalutata la ritenuta automaticità della risoluzione ex art. 1463 cod. civ.: perché si tratta comunque di rimedio che potrà essere invocato solo dalle parti (ancorché la sentenza chiesta al giudice possa qualificarsi come dichiarativa; del resto per l'ipotesi complementare dell'art. 1464 cod. civ. si prevede un *recesso*) e non rilevabile d'ufficio e, secondo quanto si è esposto sopra, derogabile convenzionalmente. E nel senso della ammissibilità di una *rinunzia* ad avvalersi dell'art. 1463 cod. civ. si è espressa una parte assai autorevole della dottrina (P. PERLINGIERI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, 541).

La maggiore rigidità del sinallagma genetico, rispetto a quello funzionale (conformabile in certa misura anche riduttiva dalle parti), trova un chiaro referente nell'art. 1462, co. 1, che tratta in modo differenziato da un lato il patto che incide sulle eccezioni di *nullità*, *annullabilità* e *rescissione* e, dall'altro e *a contrario*, quello che incide sul rilievo dei vizi del sinallagma funzionale, che importano risoluzione (art. 1453 ma anche, per alcuni, art. 1467 cod. civ.).

¹⁰ Anche nel caso dell'art. 2932 cod. civ., la esclusione della eseguibilità in forma specifica da parte del titolo è eccezionale, sia nella previsione della norma, sia nella ricorrenza in concreto (non constano precedenti recenti).

¹¹ «Per principio il rapporto creato dal contratto sinallagmatico è tale, che ciascuna parte è obbligata ad adempiere la propria prestazione; pertanto la parte adempiente, di fronte all'inadempimento dell'altra, dovrebbe aver diritto soltanto all'esecuzione, non alla risoluzione del rappor-

ne di adempimento è infatti volta a tradurre in atto la forza di legge del contratto, proclamata all'inizio del co. 1 dell'art. 1372 cod. civ. L'azione di risoluzione costituisce invece deroga a tale principio generale, eccezionalmente ammessa nella seconda parte della stessa norma.

Il sinallagma genetico assicura che il vincolo giuridico di una parte non sorga validamente senza un correlativo sacrificio (vincolo obbligatorio o prestazione traslativa reale) dell'altra parte¹². Qui il diritto potrebbe fermarsi, perché in astratto l'ordinamento giuridico si pone come sistema in grado di far corrispondere *l'essere* al *dover essere*.

Tuttavia, pragmaticamente, il legislatore rileva che in concreto vi possono essere zone di impotenza alla perfetta realizzazione del *dover essere* e concede ai contraenti la facoltà di ritrarsi dal vincolo giuridico contratto, qualora al già realizzato "scambio delle obbligazioni" non segua l'effettivo "scambio delle prestazioni".

La causa del contratto non potrà farsi coincidere con l'*effettiva realizzazione* degli effetti del contratto, bensì con la semplice "*virtualità attuale*" del contratto a produrli¹³. Se il legislatore avesse voluto riconoscere va-

to»: G. GORLA, *Del rischio e pericolo*, cit., 137, seppur in relazione alla c.d. inadempienza semplice. Non appena la natura della prestazione o la tipologia dello scambio lo consentono, il legislatore privilegia l'esecuzione coattiva del contratto: cfr. artt. 1515 e 1516 cod. civ. relativi all'inadempimento nella vendita di cose mobili, richiamati per l'inadempimento al contratto di riporto (art. 1551, co. 1, cod. civ.).

¹² La nullità non è posta esclusivamente a presidio di norme imperative e di interessi pubblicistici (da qui il carattere di inderogabilità della disciplina che la concerne) ma tutela anche l'interesse della parte, appunto, a che il proprio vincolo giuridico non sorga senza quello correlativo altrui.

Nel primo dopoguerra parte della dottrina e della prassi hanno nuovamente riferito il concetto di causa alla singola obbligazione, alla promessa: in dottrina si vedano le opere di G. GORLA, in particolare, *Il contratto*, I, Milano, 1954, *passim* (spec. 221 ss.); nel ceto dell'avvocatura, E. OSILIA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, I, 364, nt. 38, che intende la causa nel senso «di corrispettivo, di ragione giuridica che ha determinato la promessa» (e la "postilla" di E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, ivi, 1950, I, 895 ss., laddove la causa viene identificata come elemento che compone, insieme all'oggetto, il contenuto del contratto (pp. 900-902).

¹³ Rimangono di grande attualità le pagine di G. OSTI, *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1973, I, 412-413: «il diritto riconosce e disciplina i contratti (...) non in quanto produrranno, bensì perché potranno produrre determinati effetti economici; non cioè in vista della *effettiva produzione futura* di questi effetti, bensì in vista della *virtualità attuale* del contratto a produrli»; «nell'inadempimento di un'obbligazione discendente dal contratto non si potrà mai vedere un totale o parziale venir meno della causa» (nostro corsivo). Per quest'ultimo rilievo, di recente, anche C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, 262. Nel medesimo senso, A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, 19: «In questa concezione attuale ed astratta della causa non possa trovare cittadinanza la realizzazione concreta della funzione del

lità al contratto solo a fronte di una effettiva esecuzione delle prestazioni, avrebbe fatto della categoria dei contratti *reali* la regola, e non l'eccezione: infatti solo allorché lo scambio avviene "mano contro mano" l'effettivo conseguimento della prestazione non può essere pregiudicato.

Ma la *realità* dello scambio quale regola generale è legata alla storia, piuttosto che all'attualità dei sistemi giuridici ed economici moderni.

Messa dunque a nudo la diversa natura dei due rapporti sinallagmatici, ci pare che emerga con chiarezza che solo quello genetico è ontologicamente ineliminabile¹⁴, mentre quello funzionale corrisponde a quanto l'ordinamento ritiene sia la inespressa volontà delle parti contraenti¹⁵.

E quanto detto a proposito dell'inadempimento in senso tecnico, può ripetersi per l'inattuazione non imputabile del vincolo, dal momento che le parti possono prevedere una possibilità di attuazione dello scambio su

negozio. In altri termini, quest'ultima deve essere considerata nella sua *realizzabilità* e non nella sua *effettiva realizzazione*, come *programma* e non come *esecuzione*, sì che può venire a mancare solo per una ragione incidente sulla sua presenza originaria o meglio sulla sua valutazione *a priori* al momento della stipulazione del contratto, e non per un motivo di sopravvenienza che faceva venir meno *a posteriori* la sua realizzazione senza eliminare la sua originaria realizzabilità. In tale concetto non possa ovviamente rientrare l'inadempimento, l'impossibilità sopravvenuta, l'eccessiva onerosità e tutte quelle altre vicende che incidono sulla sola realizzazione concreta della funzione del negozio senza contraddire la sua realizzabilità originaria e la conseguente esattezza e legittimità della valutazione aprioristica della stessa effettuata all'atto della stipulazione».

¹⁴ Se però il contratto è aleatorio, l'incertezza che incide sullo stesso sinallagma genetico è compatibile con la validità del negozio: in questo senso, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu Messineo*, 2^a ed., Milano, 1971, 465, trattando della ammissibilità di patti traslativi del rischio concernente la impossibilità *verificatasi già prima della determinazione del contratto* (che per tale motivo non è rischio in senso tecnico), richiama, quale esempio, la vendita *a rischio e pericolo* del compratore, rilevando: «qui anzi il rischio è più intenso che nel senso tecnico ordinario, al punto da giungere a trasformare il negozio da vendita in un contratto aleatorio, che non è più vendita, in quanto incide sullo stesso sinallagma genetico, comportando la possibilità che il prezzo sia dovuto sebbene la controprestazione fosse impossibile *ab origine*».

¹⁵ Un indice in tal senso si può cogliere da ciò. Mentre alla *impossibilità originaria* della prestazione consegue la nullità del contratto, ex art. 1418, co. 2 e art. 1346 cod. civ. (ivi si parla dell'impossibilità dell'oggetto, ma la formulazione non va sopravvalutata), disciplina che è inderogabile, alla *sopravvenuta impossibilità* della prestazione consegue la risoluzione del contratto, ex art. 1463 ss. cod. civ.: e tali norme sono ritenute pacificamente derogabili. Poiché la risoluzione è tipica espressione del sinallagma funzionale, ne consegue che il primo è intangibile dalle parti, mentre il secondo è conformabile dalle medesime.

Né si potrebbe richiamare quella dottrina A. DALMARTELLO, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1957, 355, nt. 1) che ritiene che il rimedio di cui all'art. 1463 ss. cod. civ. sia espressione del sinallagma genetico: perché tale conclusione non rispetta il dato letterale del tipo di rimedio apprestato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione. E perché comunque sono pacificamente considerate derogabili anche le norme di cui agli artt. 1467 ss. cod. civ. e certo non potrà dirsi che la sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione è vizio del sinallagma genetico del contratto.

piani alternativi, per equivalente, pur a fronte della impossibilità non imputabile della prestazione dedotta in contratto, estendendosi così correlativamente il ruolo dell'azione di manutenzione.

Il sinallagma *genetico* ci pare conseguentemente caratterizzato da una rigidità spiccata. Le deroghe convenzionali che esso sopporta sono assai contenute.

Dal momento che sinallagma genetico significa sostanzialmente corrispettività *delle obbligazioni*, la deroga ad esso – cioè la rottura della contestualità del sorgere delle obbligazioni contrapposte – ci porta nel campo della promessa unilaterale.

E tuttavia anche qui troviamo figure di confine. La promessa unilaterale condizionata al compimento di alcunché da parte del promissario non è altro che la versione “debole” del contratto, ove il sinallagma genetico è sostituito da un più blando legame tra i comportamenti richiesti da ciascuno dei soggetti della vicenda. Certo non può dirsi che un sinallagma genetico in senso tecnico qui permanga, perché al vincolo giuridico di una parte non corrisponde quello dell'altra (il promissario), e tuttavia questi è esortato a tenere il contegno dedotto in condizione della promessa. E mentre il sinallagma genetico importa la *nullità* del vincolo di una parte a fronte della invalidità del vincolo dell'altra, la deroga al sinallagma genetico – costituita dalla scissione tra le due obbligazioni corrispettive, per rendere l'una una promessa unilaterale e l'altra la condizione di questa – importa la *inefficacia* della promessa unilaterale medesima, nel senso che sinché non si verifica la condizione, cioè il promissario non tiene il comportamento conforme all'interesse del promittente, la promessa condizionata resta senza effetto, e dunque incoercibile.

La tutela della corrispettività dello scambio può dunque aversi con lo strumento, più raffinato, del sinallagma genetico – che importa nullità nel caso di sua patologia – ovvero in forma cadetta, con lo strumento più arcaico del condizionamento della promessa isolata.

Una ulteriore deroga al sinallagma genetico è disposta dalla legge, e risponde ad una logica conservativa del contratto, laddove l'art. 1347 cod. civ. prevede che «il contratto sottoposto a condizione sospensiva o a termine è valido, se la prestazione inizialmente impossibile diviene possibile prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine».

Qui una delle obbligazioni ha oggetto impossibile e dunque è viziata. Il sinallagma genetico imporrebbe che, se tale obbligazione si inserisce in un contratto a prestazioni corrispettive, quest'ultimo sia nullo, affinché non sorga la obbligazione dell'altra parte a fronte della invalidità di quella la cui prestazione è impossibile. L'art. 1347 cod. civ. eccezional-

mente sancisce invece la validità del contratto, a ragione della sopravvenuta possibilità della prestazione concretatasi prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine: cioè prima del momento in cui la funzione di tutela della corrispettività assoluta dal sinallagma genetico "passi la staffetta" a quella assoluta dal sinallagma funzionale¹⁶.

Si tratta tuttavia di deroghe sporadiche, che consentono ancora di parlare di *rigidità* del sinallagma *genetico*.

Il sinallagma *funzionale* è invece assai più *duttile*. Perché si tratta di un nesso di interdipendenza ricavato, per induzione dal particolare al generale, dalla previsione di singoli specifici rimedi per la inesecuzione del rapporto: rimedi di regola lasciati alla disponibilità delle parti, nel loro esercizio e addirittura nella loro previsione (o esclusione).

La deroga al sinallagma funzionale può attuarsi in vario modo, ed articolati sono gli effetti dei vari tipi di deroga.

Il rimedio sul quale la tutela della corrispettività nella fase esecutiva (di cui "sinallagma funzionale" è espressione sintetica) si incentra, nella sistematica del codice, è quello dello scioglimento del rapporto, della risoluzione.

La dottrina più recente ha evidenziato che codesta centralità è stata in passato sopravvalutata ed è più apparente che reale. Accanto al rimedio eliminativo del contratto vi sono numerosi positivi riferimenti a rimedi riequilibrativi o comunque manutentivi del vincolo. E ciò si mostra di grande attualità, in un momento in cui la contrattazione isolata e occasionale ha lasciato il passo ad una trama di relazioni contrattuali di lunga durata, che rivestono ed incorporano valore di per sé stesse.

Si è così mostrata la compatibilità con l'ordinamento di patti di esclusione del rimedio eliminativo, a favore della conservazione del rapporto.

E codesta esclusione pattizia del rimedio risolutivo sarà più facilmente accettabile allorché la corrispettività sia salvaguardata da rimedi alternativi a quello escluso convenzionalmente.

Così il patto di irresolubilità per inadempimento – soggetto, per diritto interno, ai limiti di cui all'art. 1229 cod. civ.¹⁷ – non escluderà il sinallag-

¹⁶ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1993, II, 62, n. 5: «L'impossibilità sopravvenuta rende risolubile il contratto, ma non ne determina la nullità. Dunque il contratto è valido purché in uno dei due momenti – quello della conclusione, o quello fissato per l'esecuzione – la prestazione sia possibile».

¹⁷ Sul punto, per una trattazione analitica del tema delle clausole di irresolubilità per inadempimento, F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione*, Milano, 1998. Più di recente un forte argomento

ma funzionale, perché il riequilibrio del rapporto è assicurato dalla azione di risarcimento, da quella di manutenzione e, eventualmente, da quella di riduzione della controprestazione.

Maggiori difficoltà incontra il patto di esclusione della risoluzione per impossibilità sopravvenuta totale. Perché qui la corrispettività del contratto non è garantita da altro che dalla risoluzione, non residuando né azione di adempimento, data la impossibilità della prestazione, né azione di risarcimento del danno, data la non imputabilità dell'impossibilità.

La deroga al sinallagma indotta dal patto di esclusione della risoluzione ex art. 1463 cod. civ. potrebbe dunque essere giustificata esclusivamente dalla aleatorietà convenzionale del contratto, secondo quanto previsto dall'art. 1469 cod. civ. Ciò a meno che non sia prevista un'azione di adempimento per equivalente pecuniario, con il che il contratto resterebbe commutativo, ma con oggetto alternativo.

Diverso è a dirsi per il patto in deroga all'art. 1464 cod. civ. e comunque per la esclusione della risoluzione per impossibilità temporanea. Qui il contraente rinuncia alla possibilità di recedere dal contratto, di sciogliersi dal vincolo: la corrispettività viene assicurata, nel primo caso dalla riduzione della controprestazione, nel secondo, dalla sospensione della stessa sino a che perduri la temporanea impossibilità¹⁸.

Minori perplessità ha poi da sempre suscitato la deroga al sinallagma funzionale costituita dalla esclusione della risolubilità per eccessiva onerosità, soprattutto perché è sempre stato agevole giustificare ciò, in modo spesso superficiale, qualificando il contratto così costruito come convenzionalmente aleatorio, ex art. 1469 cod. civ. Ma la irresolubilità ex art. 1467 cod. civ. può conseguire anche ad una conformazione convenzionalmente estensiva dell'alea normale del contratto, che resta commutativo. La deroga così indotta nel sinallagma funzionale è modesta, perché incide esclusivamente sul rapporto di scambio tra le prestazioni, che restano entrambe dovute. E, come è noto e si ribadirà, l'equilibrio oggettivo dello

nel senso della validità di tali clausole viene dall'art. 8.109 dei *Principi del diritto contrattuale europeo*, raccolti dalla Commissione Lando, che esplicitamente afferma: «I rimedi in caso di inadempimento possono essere esclusi o limitati a meno che ciò non sia contrario ai principi della buona fede e della correttezza».

¹⁸Una valutazione più approfondita dell'interesse del creditore al mantenimento del contratto (arg. ex art. 1256 cod. civ.) potrebbe poi portare anche in caso di impossibilità temporanea ad una riduzione della controprestazione dovuta, in ragione della minore utilità connessa ad una esecuzione differita nel tempo, al momento della cessazione della impossibilità e (talvolta) dell'eventuale minor onere sopportato dal debitore per adempiere più tardi (cioè quando cessa la impossibilità temporanea appunto), rispetto al termine pattuito.

scambio non è ancora stato recepito come valore preminente dell'ordinamento, che, di regola, rimette alle parti la valutazione soggettiva di ciò.

2. Contratti *delle imprese e dei consumatori*: per un ritorno della dicotomia diritto civile e commerciale

L'attuale codice civile ha superato d'imperio la tradizionale dicotomia tra diritto civile e commerciale che, in forza della realtà economica, torna oggi ad imporsi, seppur in forma parzialmente mutata, con l'avallo della legislazione speciale¹⁹.

Ci riferiamo, in particolare, alla riemersione del concetto di *status*²⁰, cui corrisponde la nuova dicotomia *contratti dei consumatori-contratti delle imprese*²¹: malgrado le due bipartizioni non siano completamente

¹⁹ In particolare gli originali 1469 bis ss. cod. civ., il D.Lg. n. 50/1992, la L. n. 281/1998 ed ora artt. 33 ss. del Codice del Consumo (D.Lg. 6 settembre 2005, n. 206).

²⁰ Si utilizza qui il termine *status* in una accezione ampia (raccogliendo spunti "profetici" già in P. RESCIGNO, *Situazione e "status" nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 209 ss., spec. 223) e non in quella tradizionale e più ristretta, di posizione di un membro di una comunità, di un aggregato sociale, di regola statale o familiare (in questo senso, A. CICU, *Il concetto di "status"*, in *Studi in onore di Simoncelli*, Napoli, 1917, 59 ss. e ora in *Scritti minori*, Milano, 1965, 181 ss., spec. 191 ss.).

In senso descrittivo si può allora parlare di un ritorno agli *status*, ancorché, come rilevato in dottrina, in senso tecnico non possa parlarsi di *status*, ad esempio, di consumatore, perché difetta il requisito della «appartenenza istituzionale di un soggetto ad una collettività più o meno estesa, o un gruppo organizzato. Qualunque persona fisica può essere consumatore: questo è il ruolo che essa, volta per volta, anche scambievolmente, in concreto può assumere. L'attributo di consumatore vale piuttosto ad individuare in termini soggettivi l'atto di consumo, ovvero il negozio posto in essere per finalità prevalentemente personali, e cioè non imprenditoriali, o, più in genere, non professionali» (G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 803). Ciò mostra allora una stretta analogia, sotto il profilo strutturale, con la dicotomia *diritto civile-diritto commerciale*, anch'essa basata sul concetto di *atto di commercio* piuttosto che sul concetto di commerciante (artt. 3 ss. per la definizione di atto di commercio e art. 8 per la nozione di commerciante, nel codice di commercio del 1882. Il rilievo di una tendenza al ritorno allo *status* non è recente. Già nel 1973, Pietro Rescigno, nel saggio sopra citato, vedeva nel ritorno dal contratto agli *status* un percorrere a ritroso la via intrapresa con l'età dell'illuminismo, «la parabola dello spirito umano che cerca l'elementare sicurezza dal bisogno e rifiuta la rischiosa avventura della libertà» (P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, cit., 208, 223), critico sulla riferibilità al concetto di *status* dei pretesi requisiti di *necessità* e di *permanenza* della relazione del singolo col gruppo).

²¹ La dicotomia è rilevata dalla dottrina civilistica, nel ripercorrere l'evoluzione del diritto dei contratti negli ultimi cinquant'anni: G. DE NOVA, *Dieci "voci" per una tavola rotonda su "Il nuovo*

sovrapponibili, la categoria dei contratti delle imprese ci pare riecheggiare in modo assai forte quella, di tradizionale memoria, degli atti o contratti di commercio²².

I punti di maggiore rilievo della distinzione in questione – per il tema qui in esame – sono quelli a) della diversità di limiti della autonomia privata nella conformazione del sinallagma (funzionale) e b) del diverso grado di controllo cui può essere sottoposto l'equilibrio contrattuale.

3. Clausole di limitazione o esclusione della risoluzione ed autonomia privata

a) Iniziando dal primo, va ribadito che un diretto intervento della autonomia privata nella conformazione del sinallagma *funzionale* – *sub specie* di esclusione dei rimedi risolutivi – è *opportuno* ed è *possibile* esclusivamente nei contratti *delle imprese*.

Quanto alla *opportunità* di un tale intervento della autonomia privata, basta ricordare che con le clausole in questione, di deroga alla disciplina della risoluzione, si tende al mantenimento del rapporto contrattuale e ciò può avere un senso soprattutto allorché la scelta del *partner* commerciale incorpori costi che sarebbero vanificati dallo scioglimento del rapporto, ovvero allorché la via del ritorno allo *status quo ante* sia difficilmente percorribile (si pensi ad operazioni di *outsourcing*, o di *project financing*); inoltre la sostituzione della disciplina dispositiva delle risoluzioni, con altra disciplina pattizia, ha un costo in termini di negoziazione tecnico giuridica e ciò, ancora una volta, si giustifica solo a fronte di contratti tra imprese.

Quanto al secondo aspetto, quello della *possibilità* di incidere sulla disciplina delle risoluzioni, va ricordato in primo luogo ciò che avevamo

diritto dei contratti”, ora in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 816; nel medesimo senso, R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1993, II, 470 ss. rileva che «il diritto italiano prodotto in Italia non conosce più l'atto di commercio. Ma esiste anche un diritto italiano prodotto in sede diversa – convenzionale unforme, o sovrastatuale – che reintroduce l'atto di commercio nel nostro paese (...). Sta nascendo un diritto dei contratti dei consumatori, e sta rinascendo un diritto dei contratti oggettivamente commerciali; l'uno e l'altro si affiancano al diritto del contratto concluso nell'esercizio di date attività imprenditoriali».

²² L'art. 5 del codice di commercio del 1882 escludeva dagli atti di commercio proprio «la compra di derrate o di merci *per uso o consumo dell'acquirente o della sua famiglia ...*».

avuto modo di segnalare in altra sede, in relazione ai patti di deroga all'art. 1453 cod. civ.²³, e cioè che in forza del disposto degli artt. 1469 bis, co. 3, n. 7, e 1469 quinquies, n. 2, cod. civ.²⁴ lo spazio lasciato all'autonomia privata, nella esclusione della risoluzione per inadempimento, svanisce per i contratti dei consumatori, mentre perdura (con i limiti di cui all'art. 1229 cod. civ.) per i contratti tra soggetti di eguale *status* e dunque, in particolare, per i contratti delle imprese²⁵.

In secondo luogo va detto che, anche quanto alla derogabilità degli artt. 1463 ss. e 1467 ss. cod. civ., una restrizione del raggio di azione della autonomia privata si riscontra per i contratti dei consumatori, e non per quelli delle imprese.

La rigidità della disciplina di cui agli artt. 1463 e 1467 ss. è minore rispetto a quella di cui agli artt. 1453 ss., ma pur sempre esistente²⁶. La

²³ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione*, Milano, 1998, 81 ss.

²⁴ L'art. 1469 quinquies, co. 2, n. 2 sancisce la inefficacia, malgrado le eventuali trattative, della clausola «che ha per oggetto o per effetto di escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista».

²⁵ I primi commentatori della novella hanno ritenuto che le due norme indicate incidano sulla medesima fattispecie cui si riferisce l'art. 1229 cod. civ., ed hanno concluso per la vessatorietà, nei contratti con i consumatori, del patto di esonero da responsabilità del professionista, anche per *colpa semplice*. L'ambito di autonomia privata fatto salvo dall'art. 1229 cit. svanisce, in linea di principio, nei contratti con i consumatori, e ciò in modo quasi automatico, dal momento che la clausola descritta nell'art. 1469 quinquies, n. 2 è inefficace, *quantunque oggetto di trattativa*. Poiché l'art. 1229 cod. civ., sulla cui fattispecie incide l'art. 1469 quinquies cod. civ., è norma centrale nel tema in esame, si deve dunque prendere atto che, in relazione al patto di irresolubilità, i contratti si bipartiscono tra quelli frutto di contrattazione isolata, tra soggetti di pari *status* (tra professionisti, ovvero tra privati), ove il patto è valido, seppur con limiti, ed i contratti con i consumatori (tra un professionista ed un consumatore) nei quali lo spazio per il medesimo è assai ridotto. È cioè correlato all'esito del giudizio, di vessatorietà *in concreto*, di una clausola per la quale la vessatorietà è presunta (la interpretazione che consente al professionista di provare la non vessatorietà in concreto della clausola di cui all'art. 1469 quinquies, co. 2, n. 2 – qui in esame – è ritenuta preferibile da G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 10, da L. CABELLA PISU, *Art. 1469 bis, comma 3, nn. 1, 2 e 15; art. 1469 quinquies, comma 2, nn. 1 e 2*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di Cesàro, I, 2^a ed., Padova, 1998, 166 ed implicitamente da M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contratto e Impresa Europa*, 1996, 447).

²⁶ Non motivata e pertanto non condivisibile è la ricomprensione nelle clausole che si presumono vessatorie ex art. 1469 bis cod. civ. (*sub specie* di limitazione o esclusione delle azioni e dei diritti del consumatore a fronte dell'inadempimento del professionista, ovvero della esclusione o limitazione della opponibilità della eccezione di inadempimento da parte del consumatore) anche «della pattuizione con cui si prevede che il consumatore resti vincolato alla propria prestazione nonostante la sopravvenuta impossibilità della prestazione corrispettiva»: tesi prospettata da C. CECERE, *sub art. 1469 bis*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di

clausola di irrisolvibilità per impossibilità od eccessiva onerosità a favore del professionista sconta il sospetto di un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto in danno del consumatore, salvo poterne poi escludere la vessatorietà in concreto a ragione della misura della deroga alla disciplina legale di cui agli artt. 1463 ss. e 1467 ss. cod. civ., ovvero a ragione della intervenuta trattativa individuale (art. 1469 ter, co. 4, cod. civ.).

4. Controllo sull'equilibrio contrattuale e diversità di *status*

Ma alla diversità di *status*²⁷ delle parti corrisponde (tendenzialmente²⁸) b) anche un diverso rilievo dell'equilibrio del contratto.

È stato autorevolmente detto, in passato, che «la realizzazione e la conservazione dell'equilibrio contrattuale non si pone davvero come un fine primario dell'ordinamento. Nella determinazione originaria del rapporto di equivalenza delle prestazioni di un contratto commutativo, l'autonomia privata incontra solo il limite al di là del quale opera il potere di rescissione per causa di lesione (...)»²⁹.

A. Barengi, Napoli, 1996, 87. Nell'interpretazione dell'art. 1469 bis, co. 3, n. 2, fa invece correttamente riferimento al solo inadempimento F. PADOVINI, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Commentario a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, I, 1997, 144 ss.

²⁷ Nella accezione lata più sopra tratteggiata.

²⁸ Tendenzialmente perché, come si è detto e si dirà, una rilevanza dello squilibrio contrattuale, seppur entro specifici limiti, si ha anche nei contratti di subfornitura, che sono contratti tra imprese.

²⁹ R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, s.d. (ma 1958), 1026-1027, che dissente da «coloro che nella mancanza di equivalenza delle prestazioni che costituiscono il sinallagma vedono un vizio originario della causa del contratto»; così anche E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, cit., 909: «per quanto concerne l'importanza che possono avere sulla configurazione e valutazione della causa, entità e proporzioni quantitative degli elementi dell'oggetto, non si può dire che il codice se ne disinteressi, ma in linea di massima non ne fa un tema necessario di controllo. In linea di massima infatti lascia alle parti di trovare e determinare fra di loro, nell'esercizio della loro "autonomia contrattuale", l'equilibrio economico tra le rispettive prestazioni, in relazione ai risultati che si propongono»; più di recente R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1985, 310 ss., la quale significativamente esordisce rilevando che l'estraneità ai sistemi ispirati alla economia di mercato della necessità di un *giusto* rapporto di scambio tra le prestazioni consegue dalla mancanza, in tali sistemi, di criteri obiettivi di valutazione delle singole prestazioni; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, *ivi*, 1987, 423 ss., secondo la quale al di fuori di ipotesi tipiche (artt. 428, 1447, 1448 cod. civ.) la realizzazione dell'equilibrio contrattuale rimane affidata alla buona fede ed all'equità, che non sono dirette a privare di efficacia giuridica il