

PREMIO TESI DI DOTTORATO

– 64 –

PREMIO TESI DI DOTTORATO
Commissione giudicatrice, anno 2016

Vincenzo Varano, *Presidente della Commissione*

Tito Arecchi, *Area Scientifica*

Aldo Bompani, *Area delle Scienze Sociali*

Franco Cambi, *Area Umanistica*

Mario Caciagli, *Area delle Scienze Sociali*

Paolo Felli, *Area Tecnologica*

Siro Ferrone, *Area Umanistica*

Roberto Genesisio, *Area Tecnologica*

Flavio Moroni, *Area Biomedica*

Adolfo Pazzagli, *Area Biomedica*

Giuliano Pinto, *Area Umanistica*

Vincenzo Schettino, *Area Scientifica*

Luca Uzielli, *Area Tecnologica*

Graziella Vescovini, *Area Umanistica*

Pietro Peruzzi

La inutilizzabilità della prestazione

Firenze University Press
2017

La inutilizzabilità della prestazione / Pietro Peruzzi. –
Firenze : Firenze University Press, 2017.
(Premio Tesi di Dottorato ; 64)

<http://digital.casalini.it/9788864535739>

ISBN 978-88-6453-572-2 (print)

ISBN 978-88-6453-573-9 (online)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice (www.fupress.com).

Consiglio editoriale Firenze University Press

A. Dolfi (Presidente), M. Boddi, A. Bucelli, R. Casalbuoni, M. Garzaniti, M.C. Grisolia, P. Guarnieri, R. Lanfredini, A. Lenzi, P. Lo Nostro, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, G. Nigro, A. Perulli, M.C. Torricelli.

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

This book is printed on acid-free paper

CC 2017 Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy
www.fupress.com
Printed in Italy

Alla forza e al cuore di Alice

Sommario

Capitolo 1

Posizione del problema	9
1. La risoluzione per inutilizzabilità della prestazione da parte del creditore	9
2. Il caso dei package	13
3. Il caso del corso professionalizzante	20
4. Ancora un'ipotesi: l'incisione del programma negoziale (di edilizia pubblica)	24
5. La continuità fra inutilizzabilità e teoria della presupposizione. L'essenzialità come requisito di rilevanza giuridica dell'interesse in concreto	27
6. Opportunità di saggiare il rimedio: il caso della locazione turistica	32
7. Segue: la funzione contrattuale specifica e la rilevanza dei criteri oggettivi per la sua individuazione	37
8. Segue. La questione delle utilità concorrenti. Criteri di valutazione. Precisazioni sulla funzione specifica	39
9. Il fondamentale ruolo dell'interpretazione e i suoi limiti: il contratto 'incompleto'	43
10. Riepilogo dell'analisi svolta	48

Capitolo 2

Il contesto	51
1. Le sopravvenienze contrattuali	51
1.1 La lettura del fenomeno delle sopravvenienze in chiave di rischio contrattuale	54
2. Il ricorso alle regole sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione. L'impossibilità di ricevere la prestazione. Evoluzione interpretativa e diversità di piani tra impossibilità e inutilizzabilità	60
3. Segue: La disciplina dell'impossibilità sopravvenuta e l'ambito contrattuale	68
3.1 La possibile rilevanza dell'interesse debitorio	71
3.2 I criteri di valutazione dell'interesse creditorio e la conservazione del vincolo nella disciplina dell'impossibilità. Confronto con norme e principi in materia di inadempimento risolutorio	74
3.3 Impossibilità parziale e inutilizzabilità della prestazione	77
4. La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta	80
5. Le sopravvenienze c.d. atipiche e la presupposizione	87

La inutilizzabilità della prestazione

6. La tripartizione delle sopravvenienze secondo Zweigert e Kötz. La interferenza dei criteri. Tendenziale prevalenza dell'aspetto qualitativo nella presupposizione 97
7. Presupposizione e inutilizzabilità, nell'ottica della causa in concreto 102
8. Ulteriori elementi di valutazione necessari: inesigibilità, buona fede. Loro rilevanza nella prospettiva dei rimedi (cenni e rinvio) 107

Capitolo 3

La ricostruzione del rimedio 111

1. Le conseguenze della inutilizzabilità della prestazione e la prospettiva rimediabile 111
2. La sorte delle prestazioni 'anticipate'. Inquadramento del problema. Gli acconti sul prezzo e la caparra (confirmatoria) 114
3. Segue: le attività preparatorie e l'inizio di esecuzione nei contratti di package. Analisi della casistica 121
4. Segue: la lettura del problema delle prestazioni anticipate in chiave di analisi economica del rischio contrattuale. Riferimento al caso del sub-appalto inutile 124
5. Segue: il controverso fondamento della compensazione del debitore. Analisi di alcune norme relative a contratti tipici 128
6. Segue: il possibile rilievo delle fattispecie 'restitutorie' 133
7. Segue: riconsiderazione di alcuni criteri normativi generali; in particolare, l'art. 1464 c.c. 141
8. Segue: l'art. 1328 c.c. e la correttezza informativa 146
9. I rimedi manutentivi 149
10. Confronto con la presupposizione sul piano dei rimedi 155
11. Conclusioni 161

Abbreviazioni 169

Bibliografia 173

Capitolo 1

Posizione del problema

1. La risoluzione per inutilizzabilità della prestazione da parte del creditore

Alcune recenti sentenze della Corte di Cassazione¹ hanno introdotto nel lessico giuridico giudiziario un rimedio *praeter legem* di nuovo conio: la risoluzione per ‘inutilizzabilità della prestazione’ da parte del creditore. La terminologia non è invero ignota alla elaborazione giuridica, rinvenendosi ricostruzioni che ad essa fanno espresso riferimento². Resta il fatto che la giurisprudenza, nei termini con cui tale rimedio ha fatto capolino, utilizza concetti e rimedi di carattere innovativo.

Per meglio intendere i termini del problema, si è dato il caso del creditore-turista che, rimasto vedovo il giorno prima della partenza del coniuge con cui avrebbe dovuto condividere il viaggio, è stato liberato dal vincolo contrattuale, ritenendosi la prestazione del debitore ‘inutilizzabile’ dal creditore³; ovvero, in altra successiva pronuncia⁴, il caso dell’aspirante pilota di elicottero, che, versato il corrispettivo del

¹ Le prime pronunce che hanno elaborato la formula sono Corte di Cassazione, 24-07-2007, n. 16315, in «Giur. it.», 2008, p. 857 (rel. Scarano) e Corte di Cassazione, 14-08-2007, n. 26598, in *De Jure* (rel. Travaglino), entrambe della III sez. civile, confermata poi, oltre che da una pronuncia di merito (v. *infra*), da Corte di Cassazione, 02-10-2014, n. 20811, in *De Jure*.

² Il pensiero corre, in particolare, alla elaborazione di C.M. Bianca, *Diritto Civile, 4, L’obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 543 sgg., laddove afferma che nell’ambito dei modi di estinzione dell’obbligazione diversi dall’adempimento, «causa autonoma di estinzione dell’obbligazione è il venir meno dell’interesse creditorio». Aggiunge l’A. che «l’interesse può venir meno in quanto esso 1) è stato soddisfatto al di fuori dell’adempimento e degli altri modi estintivi tipici ovvero in quanto 2) la prestazione non è più utilizzabile da parte del creditore» (p. 544). Centrale è quindi l’individuazione dell’interesse creditorio «che rileva ai fini dell’estinzione» quale «interesse che la prestazione è diretta a realizzare». In altri termini, «l’interesse che entra nel contenuto dell’obbligazione» (p. 545). Il riferimento ad una estinzione del rapporto obbligatorio per venir meno dell’interesse creditorio si ritrova nella dottrina tedesca già all’inizio del secolo scorso, con la elaborazione di alcuni autori (Krückmann, Lehmann, Heinrich Stoll), sviluppata nell’ambito delle ipotesi di *Zweckfortfall* (lett. «venir meno dello scopo»). Per questi spunti, che saranno adeguatamente ripresi più oltre nella trattazione, si v. fin da subito i riferimenti contenuti in M. Shollmeyer, *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage: Zurechnung und Haftung bei Geschäftsgrundlagenstörungen gemäß 313 BGB*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 224 sgg., e, soprattutto nell’opera monografica di V. Beuthien, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969, *passim*.

³Cfr. Cass. sentenze citt. nota I.

⁴ T. Varese, sent. 4-10-2010, consultabile alla pagina web <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/8514.pdf>

corso, risultava poi inidoneo a svolgere tale attività, essendo così ‘inutilizzabile’ da parte sua la prestazione consistente del corso di formazione.

In tali casi, a rigore, la prestazione del debitore (il viaggio, il corso) era senz’altro oggettivamente (giuridicamente e naturalisticamente) possibile, e dunque avrebbe dovuto restare escluso il riferimento alle norme sulla impossibilità sopravvenuta della prestazione (1256 sgg. e 1463 sgg. c.c.). Si è però ritenuto che l’evento inerente la sfera creditoria (la morte del coniuge, l’inidoneità fisica) fosse tale da rendere quella prestazione priva della capacità di assolvere alla propria ‘funzione concreta’ e dunque assimilabile a quella ipotesi sul piano degli effetti, consistenti nella risoluzione del contratto.

Per il tramite argomentativo della causa concreta, il Giudice arriva ad affermare che ove l’utilità assicurata dal contratto venga ad essere frustrata per cause sopravvenute non imputabili a nessuna delle parti in lite, la singola obbligazione, caratterizzata da tale utilità, perde un suo requisito fondamentale: l’interesse creditorio. Tale frustrazione d’utilità finisce quindi per travolgere, o quantomeno tanto è stato ritenuto nei casi citati, l’intero contratto, ritenendosi che le utilità descritte siano proprie dell’economia contrattuale nel suo complesso.

Nell’*iter* argomentativo seguito emerge, dunque, chiaramente il tentativo ermeneutico di assegnare un significato positivo forte all’art. 1174 c.c.⁵, diverso da quello generico e costante di ogni rapporto obbligatorio di «far conseguire al creditore l’oggetto del suo diritto»⁶. La norma citata, col richiedere che la prestazione del debitore debba essere rivolta a soddisfare un interesse – anche non patrimoniale – del creditore, mostrerebbe che l’obbligazione è destinata costitutivamente alla soddisfazione di un interesse. Proprio in questo stretto legame tra adempimento e interesse

⁵ Su questi tentativi, v., oltre a C.M. Bianca, op. ult. cit., p. 41 sgg. e p. 543 sgg., U. Breccia, *Le obbligazioni*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 36 sgg., e, già, M. Giorgianni, *L’obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1951. Un’autorevole posizione critica rispetto al valore ‘forte’ dell’art. 1174 c.c. si ritrova in G. Gorla, *Il contratto*, I, Giuffrè, Milano, 1955, p. 227 e sgg. In part. l’A., dopo aver ampiamente rilevato la ‘nebulosità’ ed ‘enigmaticità’ del requisito dell’interesse creditorio, conclude (p. 234) che «se il creditore si è data la pena di fare un contratto per ottenere quella prestazione, [...] vuol dire che, se non è un pazzo egli vi ha interesse». Infatti, precisa l’A. investigare sull’interesse reale del creditore – in relazione a prestazioni contrattuali atipiche – «sarebbe un’indagine assai delicata ed arbitraria, che assai spesso, data la mancanza di uno scopo tipico (cosiddetta ‘causa’ in relazione ai motivi) si risolverebbe in un’indagine sui motivi». Il discorso muta, secondo Gorla (pp. 235 sgg.) rispetto a certi negozi a titolo gratuito, ove l’interesse assume un rilievo determinante al momento dell’applicazione della sanzione o della condanna del promittente. Critico sulla possibilità di assegnare all’art. 1174 c.c. una valenza in grado di caducare il vincolo obbligatorio nell’ipotesi di sopravvenuta mancanza è G. Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in «Riv. Dir. Civ.», I, 1968, p. 222 soluzione che appare condivisa da F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Cedam, Padova, 2010, p. 8 (ove in nota 13 la considerazione che «gli esempi che si sogliono fare mettono in evidenza che il sopraggiunto venir meno dell’interesse del creditore alla prestazione altro non è se non una vicenda del contratto e, in particolare, quella vicenda che va sotto il nome di presupposizione»).

⁶ U. Breccia, op. loc. ult. cit., il quale pone nella stessa sede la contigua questione della diversità tra interesse e oggetto dell’obbligazione. Le questioni sono riprese e sviluppate, non a caso, anche da G. Travaglino, *Art. 1174*, in V. Cuffaro *Delle obbligazioni*, artt. 1173-1217 in Gabrielli E. (diretto da), *Comm. del Cod. Civ.*, Utet Giuridica, Torino, 2012, p. 57 sgg.

creditorio potrebbe quindi essere colto nella sua interezza al momento funzionale del rapporto obbligatorio⁷.

La stretta relazione tra interesse creditorio e causa del contratto si mostra appieno nei tratti – certamente innovativi – dell’argomentazione che introduce la figura dell’inutilizzabilità. Questa relazione, inoltre, si pone nel solco della giurisprudenza, di poco anteriore, che ha suggellato la formula concettuale della ‘causa in concreto’⁸, ormai diffusamente utilizzata (e talvolta ab-utilizzata⁹) in giurisprudenza. Secondo una fortunata definizione per ‘causa in concreto’ deve intendersi la «sintesi concreta degli interessi che il contratto è volto a soddisfare»¹⁰, al di là del modello contrattuale astratto utilizzato.

Nei casi in questione, tramite la causa concreta si è collocata una determinata utilità contrattuale nella sfera oggettiva del contratto e della sua funzione che altrimenti, in quanto semplice speranza o aspettativa di ricavare un certo vantaggio, era inevitabilmente destinata a rimanere irrilevante in quanto mero motivo soggettivo di uno dei contraenti. Si è dunque assistito ad una ‘oggettivazione’ di un motivo contrattuale, e di questa oggettivazione è stato strumento logico e concettuale la causa del contratto intesa in senso concreto.

L’evoluzione in senso concreto del requisito causale ha finito con il coinvolgere anche l’interesse creditorio. In uno con la concretizzazione dell’elemento funzionale, anche l’interesse, in quanto elemento funzionale del rapporto obbligatorio¹¹, viene ad assumere una dimensione maggiormente concreta¹².

⁷ Per tutti, chiaramente C. M. Bianca, op. loc. ult. cit.: «Elemento funzionale del rapporto obbligatorio è l’interesse del creditore». Il Maestro aggiunge altresì che «quando l’obbligazione si inserisce in un contesto contrattuale l’interesse creditorio concorre a integrare la causa concreta del contratto».

⁸ Corte di Cassazione, 08-05-2006, n. 10490, in *De Jure*, cit.

⁹ Cfr. a tale riguardo le penetranti osservazioni di V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in «Riv. Dir. Civ.», 4, 2013, pp. 957-988.

¹⁰ Corte di Cassazione, 08-05-2006, n. 10490, cit. Da una funzione «economico-sociale, ad una funzione economico-individuale» preconizzò G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano 1966, p. 355 sgg., al quale illustre Autore il riferimento è d’obbligo. Dopo gli approfondimenti della dottrina, a partire da Corte di Cassazione, 08-05-2006, n. 10490, cit., la formula è ormai approdata, con più o meno consapevolezza, in giurisprudenza. Una rassegna chiarificatrice al riguardo dell’uso operativo della formula, oltre ai più recenti contributi trattatistici in materia contrattuale, si trova, oltre che nell’opera di V. Roppo, *Causa concreta*, cit., anche in M. Martino, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo ‘idolum fori’*, in «Corr. Giur.», 11, 2013, pp. 1441-1451; R. Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, Padova, 2008, *passim*, ed E. La Rosa, *Percorsi della causa nel sistema*, Giappichelli, Torino, 2014.

¹¹ C.M. Bianca, op. loc. ult. cit.

¹² Tale prospettiva era stata proposta già qualche tempo fa da A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173-1176, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, p. 262 sgg., ove già si indicava la necessità di considerare l’interesse creditorio in concreto, e non in astratto; ipotesi, quest’ultima, maggiormente riconducibile al ‘diritto soggettivo’, inteso nella sua connotazione tipica. Il «problema [...] del rilievo dell’interesse creditorio, è proprio di tutti i diritti patrimoniali privati. Esso è espressione dell’esigenza di una ricostruzione delle posizioni soggettive private, non alla stregua di una valutazione ‘formale’ dell’interesse ad esse sotteso, ma di una valutazione in concreto di esso, nel contesto di una situazione di ‘rapporto’ con altri soggetti» (p. 264; corsivo dell’A.). Chiaramente in tal senso anche C.M. Bianca, op. loc. ult. cit. e U. Breccia, *L’obbligazione*, cit., pp. 36-37. L’interesse va però considerato in senso oggettivo e non soggettivo: per

La inutilizzabilità della prestazione

L'art. 1174 c.c., che tanto ha suscitato discussione in ordine al suo effettivo significato, alla sua collocazione sistematica e al suo trattamento giuridico potrebbe venire a svolgere una funzione più consistente nell'ambito della teoria dell'obbligazione e del contratto¹³.

La giurisprudenza sulla inutilizzabilità della prestazione è stata salutata come un *revirement*¹⁴, che peraltro, nel suo impianto argomentativo, mostra di trovare seguito nella giurisprudenza¹⁵. Eppure, al di là delle formule utilizzate, sembra che la questione riporti alla necessità di tracciare una linea di distinzione tra causa e motivi del contratto, e all'imperituro dibattito su ciò che ha e ciò che non ha diritto di ingresso nell'ambito della funzione contrattuale¹⁶. Dato per certo che i motivi soggettivi non

tutti A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 215; V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 962; P.G. Monateri, voce *Diritto soggettivo*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, VI, Utet, Torino, 1990, par. 7.

¹³ E proprio all'interesse creditorio di cui all'art. 1174 c.c. mostra di fare espresso riferimento la giurisprudenza sulla causa turistica, laddove afferma testualmente che «eventi negativamente incidenti sull'interesse creditorio (nel caso, turistico) sino a farlo venire del tutto meno [...] – in base a criteri di normalità avuto riguardo alle circostanze concrete del caso – [...] depongono per l'impossibilità della relativa realizzazione». L'interesse del titolare del diritto è in fondo connesso allo stesso concetto di diritto soggettivo, come ricorda A. Di Majo, op. ult. cit., p. 261. Similmente, con riferimento al «presupposto implicito del diritto soggettivo», G. Amadio, F. Macario, *Diritto civile, I*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 326. Sempre G. Amadio, F. Macario, op.ult.cit., p. 327, rilevano che «secondo una diffusa convinzione, l'interesse creditorio come elemento indefettibile del vincolo [che] deve sussistere al momento della nascita del vincolo e permanere durante la vita del rapporto. Con la conseguenza che l'assenza di tale interesse impedisce la possibilità di configurare un'obbligazione e il suo venir meno provoca l'estinzione del vincolo». La rilevanza del momento dello scopo del diritto soggettivo, cui si riconnette l'aspetto dell'interesse sotteso al diritto stesso, è affrontato, in una prospettiva estesa alla considerazione delle soluzioni del *common law*, anche da P.G. Monateri, voce *Diritto soggettivo*, cit. Rispetto al rapporto tra diritto e interesse, in relazione alle influenze della elaborazione germanica S. Orlando Cascio, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, Giuffrè Milano, 1938 p. 197 sgg., osservava che «dallo Jhering in poi la dottrina ha costantemente riconosciuto l'elemento dell'interesse come elemento essenziale al concetto del diritto subbiettivo» (p. 198).

¹⁴ S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in «Riv. Notariato», 5, 2010, pp. 1213-1214.

¹⁵ Cfr. *supra* nota 1.

¹⁶ «La distinzione fra causa e motivi è netta e individuata con precisione: una cosa è la motivazione individuale, lo scopo, altro è la ragione, il fondamento, la giustificazione del trasferimento, della concessione di un prestito e così via», G. Vettori, *Contratto e rimedi*, Cedam, Padova, 2008, p. 242. Ancora, si osserva da un altro Autore, che i «motivi sono [...] gli interessi (bisogni, impulsi, fini) della parte, che restano fuori del contratto perché non fanno parte della sua ragione giustificativa» (V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 377.). La contiguità tra causa e motivi nella definizione del perimetro funzionale del contratto è magistralmente descritta da Vincenzo Roppo, laddove afferma che «i motivi sono una variabile dipendente dalla causa: l'area di essi si disegna in via residuale, per differenza dall'area della causa. Se la causa si definisce nei termini angusti della causa astratta (funzione tipica), correlativa-mente molto esteso è il territorio dei motivi irrilevanti: chi sposa quella concezione della causa, ma insieme avverte l'insoddisfazione per un'eccessiva dilatazione dell'area dei motivi, e cioè degli interessi delle parti cui si nega rilievo, è portato a mettere in discussione il principio dell'irrelevanza dei motivi. Ma di questo strappo può farsi opportunamente a meno, se si amplia in modo appropriato il concetto di causa, secondo l'idea della causa concreta: perché quanto più estesa è la causa – luogo degli interessi rilevanti – tanto più ridotta è l'area in cui si confinanano gli interessi irrilevanti, che si chiamano motivi» (op.ult.cit., p. 379). L'A. però ammonisce che «“causa concreta” non vuol dire soggettiva: la concretezza può (e qui deve) declinarsi in termini di oggettività» (p. 364). In generale, sul motivo nel diritto privato, a partire dall'opera di G.M. Dejana, *Motivi nel diritto privato*, Istituto Giuridico della R. Università, Torino,

rilevano per il diritto al di là dei casi previsti dalla legge¹⁷, il problema si sposta sul quando il motivo soggettivo cessa di essere tale, divenendo, invece, parte della stessa funzione del contratto.

2. Il caso dei package

Un passaggio obbligato per l'analisi della portata effettiva della categoria rimediale introdotta dalla giurisprudenza è senz'altro quello di analizzare le fattispecie concrete da cui essa ha tratto origine: i contratti di viaggio, e segnatamente, i contratti di viaggio 'tutto compreso' o *package*.

Il contratto di viaggio vacanza 'tutto compreso' (o di *package* o 'pacchetto turistico'), figura che trova disciplina organica nel diritto comunitario¹⁸, è oggi regola-

1939, cfr. G. Ferrando, voce *Motivi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XX, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1991, C. Scognamiglio, voce *Motivo (del negozio giuridico)*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1994, p. 466. Si v. anche D. Carusi, *La disciplina della causa*, in E. Gabrielli (a cura di), *I Contratti in generale*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2008, p. 622 sgg. Da ultimo, ulteriori preziosi spunti in G.B. Ferri, *Causa, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in «Eur. Dir. Priv.», 2009.

¹⁷ Secondo un'interpretazione diffusa, di natura eccezionale sarebbero le ipotesi previste dalla legge disciplinanti il motivo illecito comune (1345 c.c.), e sulla rilevanza del motivo illecito o impossibile negli atti di liberalità *inter vivos* (785-787-788-794 c.c.) e *mortis causa* (626-647 c.c.). Secondo altre letture, le norme in questione sarebbero invece espressione di un principio generale di rilevanza dei motivi incidenti sulla funzione concreta del contratto, nelle quali il motivo diviene oggettivo, con ciò penetrando all'interno della funzione (causa) del negozio. Non è dunque un principio di rilevanza del motivo (oggettivo), ma un aspetto della lettura della causa del contratto in senso concreto. Per le diverse letture e un'analisi critica del dogma della irrilevanza dei motivi, oltre al già citato fondamentale studio di G.B. Ferri, *Causa e tipo*, cit., p. 376 sgg., si v. M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano 1969, p. 207 sgg., ed in part. p. 218 sgg., poi riprese in G. Alpa, M. Bessone, E. Roppo, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Jovene, Napoli 1982, p. 18 sgg., e C. Camardi, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Giuffrè, Milano, 1997, in part. p. 182 sgg.; R. Sacco, G. De Nova, *Il Contratto, 1*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2004, p. 839 sgg. Per l'uso ormai invalso dei 'motivi oggettivati' come momento ordinario di rilevanza giuridica sul piano causale, v. N. Stefanelli, *La parabola della causa*, in «Persona e mercato», 4, 2014, p. 231, <<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/03/Stefanelli.pdf>>, riferendosi alla formula usata da M. Nuzzo, *Utilità sociale ed autonomia privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Milano, 1975, p. 103, di 'motivi giuridicamente rilevanti', instaurando quindi una relazione significativa diretta tra rilevanza ed oggettività del 'motivo'. Affermazione simile si rinviene in R. Alessi, *La disciplina generale del contratto*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 304 sg.

¹⁸ Più precisamente, secondo A.L. Scannerini, *Tour operator. Il controllo di gestione*, Cedam, Padova, 1999, p. 9, ricorda che il fenomeno del *tour operating* (che, in quanto vero e proprio produttore di un servizio turistico, dovrebbe essere tenuto distinto, secondo l'A., dal semplice *tour organizer*, dall'intermediatore di viaggi, e dal vero e proprio ricettivista: cfr. pp. 7-9), cui si riconduce la figura del *package* prende origine in Inghilterra già nella metà dell'800, sviluppandosi anche in Italia a partire dalla fine degli anni '50. Può però dirsi che la sua regolazione moderna ha una matrice comunitaria. Per una rassegna delle fonti in materia di turismo, si v. M. Malo, *Il sistema delle fonti*, in V. Franceschelli, F. Morandi (a cura di), *Manuale di diritto del turismo*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 3 sgg., e, con particolare riferimento al contesto normativo internazionale e ai suoi influssi sul diritto interno, p. 13 sgg.; con particolare riferimento all'ordinamento comunitario, M. Fragola, *L'azione comunitaria in materia di turismo*, in op. ult. cit., p. 43 sgg.

La inutilizzabilità della prestazione

mentato dagli artt. 32 sgg. del Codice del Turismo (d.lgs. 79/2011)¹⁹. La peculiarità di disciplina di tale tipologia contrattuale, viene ricondotta alla pluralità/unitarietà delle attività e dei servizi messi a disposizione dall'organizzatore, dovendo esservi la combinazione di almeno due degli elementi costituiti dal trasporto, dall'alloggio e da servizi turistici purché non siano accessori a trasporto e alloggio (come itinerario, visite, escursioni con accompagnatori e guide turistiche, ecc.). In tal modo dovrebbe essere possibile distinguere il contratto di organizzazione di viaggio e quello di intermediazione di viaggio, distinzione per la verità già presente in virtù della Convenzione internazionale sul contratto di viaggio firmata a Bruxelles il 23 aprile 1970 (convenzione CCV)²⁰.

La Corte di Cassazione, sulla scia di una giurisprudenza in parte già avviata²¹, ha ricostruito in tale tipologia contrattuale²² una precisa 'finalità turisti-

¹⁹ Il complesso delle norme è transitato nel tempo dalla sua sede originaria – d.lgs. n. 111/95 di recepimento e attuazione della Dir. n. 90/314/CEE – al Codice del Consumo (d.lgs. 206/2005), ed infine all'attuale sede del Codice del Turismo. In generale, sulla figura contrattuale, si v. G. Ciurnelli, *Il contratto di viaggio e la vendita dei "pacchetti turistici"*, in V. Franceschelli, F. Morandi (a cura di), *Manuale di diritto del turismo*, cit., p. 488 sgg.; F. Romeo, *I contratti di viaggio: tutele specifiche e risarcimento del danno*, Cedam, Padova, 2011; M.F. Cocuccio, *Viaggio turistico e vacanza rovinata*, Giuffrè, Milano, 2010; F. Dalfini, *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, Utet Giuridica, Torino, 2010.

²⁰ Sul punto si riscontra, almeno sul piano astratto, una certa ambiguità, se è vero che l'organizzazione di viaggio può declinarsi sia nella organizzazione autonoma del viaggio con vendita dello stesso tramite agenti di viaggio dettaglianti (*tour operator*) ovvero nel caso di – mera – organizzazione del viaggio da vendere direttamente ai clienti (*tour organizer*). In entrambi i casi il contratto di organizzazione (ai sensi della Convenzione CCV) si avrebbe quando «un soggetto definito organizzatore si obbliga nei confronti del viaggiatore a fornire un insieme di prestazioni comprensive di trasporto, soggiorno ed altri servizi eventuali [...] che egli stesso combina ed organizza fra di loro, verso il corrispettivo di un prezzo» (così G. Ciurnelli, *Il contratto di viaggio*, cit., p. 491). In tal modo però, la distinzione con il contratto di viaggio tutto compreso, sembra sfuggire, come del resto osserva R. Pasquili, *La prestazione dell'organizzatore nel contratto di viaggio*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 71 sg., rilevando che «anche nel contratto di viaggio di cui alla CCV, sub specie contratto di organizzazione di viaggio, il trasporto o il soggiorno o altro servizio non rilevano singolarmente e separatamente, quanto piuttosto nella loro unitarietà funzionale, alla stregua cioè della finalità del viaggio che la complessa prestazione è volta a soddisfare» (p. 72). In via generale, la necessità di un arricchimento della normativa internazionale sui contratti di viaggio fissata dalla Convenzione CCV, per garantire una maggiore uniformità di disciplina in un ambito dalla intrinseca dimensione transnazionale, si è manifestata per la scarsa adesione alla convenzione stessa soprattutto da parte dei Paesi membri dell'UE. Sul punto, v. sempre G. Ciurnelli, op. ult. cit., p. 489 sg.

²¹ Una parziale menzione dei termini essenziali del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in materia si ritrova in B. Izzi, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*, nota a Corte di Cassazione n. 16315 del 24-07-2007, in «Giur. it.», 2008, p. 1134 sgg.

²² Interessante la distinzione operata dalla Corte di legittimità (sent. 24-07-2007, n. 16315, cit.) tra contratti previsti dalla CCV e pacchetti turistici. Secondo la Corte solo per i 'pacchetti turistici' e non anche per i contratti CCV sarebbe rinvenibile la causa concreta turistica, in quanto solo nel 'package' sarebbe rinvenibile una unitarietà caratteristica delle diverse componenti (viaggio, alloggio, visite ecc.) che non potrebbe essere giustificata se non con tale funzionalità concreta. Si tratta di un'impostazione seguita anche dalla più recente giurisprudenza (cfr. Corte di Cassazione, sentt. 11-05-2012, n.7256, e 02-03-2012, n. 3256, entrambe in *De Jure*) e che articola il ragionamento come segue: il package è ipotesi che «va [...] distinta dal contratto di organizzazione (artt. 5 sgg.) o di intermediazione (art. 17 sgg.) di viaggio (CCV) di cui alla Conv. Bruxelles del 23/4/1970 (resa esecutiva con L. 27 dicembre 1977, n. 1084), in base al quale un operatore turistico professionale si obbliga verso corrispettivo a procurare uno

ca' caratterizzante ('di svago o relax'), oggettivamente valutabile. In materia di tutela del consumatore dei servizi del tempo di non-lavoro, la giurisprudenza nazionale e comunitaria si fa portatrice di una lettura dai tratti sociologici. La funzione sociale della 'vacanza', e il ruolo fondamentale dello 'svago' nelle moderne società occidentali, dove il singolo è costretto al contingentamento dei tempi esistenziali, portano la giurisprudenza ad accogliere interpretazioni estensive delle norme in materia di contratti di viaggio, nell'ottica di assicurare maggiore tutela al bene giuridico-vacanza^{23 24}.

o più servizi di base (trasporto, albergo, ecc.) per l'effettuazione di un viaggio o di un soggiorno. Rispetto a quest'ultimo, in cui le prestazioni ed i servizi si profilano come separati, e vengono in rilievo diversi tipi di rapporto, prevalendo gli aspetti dell'organizzazione e dell'intermediazione (cfr. Cass., 17/7/2001, n. 9691; Cass., 6/11/1996, n. 9643), con applicazione in particolare della disciplina del trasporto (v. Cass., 6/11/1996, n. 9643; Cass., 26/6/1964, n. 1706) ovvero – in difetto di diretta assunzione da parte dell'organizzatore dell'obbligo di trasporto dei clienti – del mandato senza rappresentanza o dell'appalto di servizi (v. Cass., 23/4/1997, n. 3504; Cass., 6/1/1982, n. 7; Cass., 28/5/1977, n. 2202), ed al di là del diverso ambito di applicazione derivante dai (differenti) limiti territoriali, il contratto di viaggio vacanza "tutto compreso" (o di package) si caratterizza sia sotto il profilo soggettivo che per l'oggetto e la finalità. Il "pacchetto turistico", [...] risulta infatti dalla prefissata combinazione di almeno due degli elementi costituiti dal trasporto, dall'alloggio e da servizi turistici agli stessi non accessori (itinerario, visite, escursioni con accompagnatori e guide turistiche, ecc.) costituenti parte significativa del "pacchetto turistico" [...] La pluralità di attività e servizi che compendiano la prestazione valgono in particolare a consuntivare la finalità che la stessa è volta a realizzare. Il trasporto o il soggiorno o il servizio alberghiero assumono infatti al riguardo rilievo non già singolarmente e separatamente considerati bensì nella loro unitarietà funzionale, non potendo al riguardo prescindere dalla considerazione dei medesimi alla stregua della "finalità turistica" che la prestazione complessa di cui si sostanziano appunto quali elementi costitutivi è funzionalmente volta a soddisfare. I plurimi aspetti e profili in cui viene a compendersi la complessa prestazione ideata ed organizzata dal c.d. tour operator sono infatti funzionalizzati al soddisfacimento, dei profili – da apprezzarsi in condizioni di normalità avuto riguardo alle circostanze concrete del caso – di relax, svago, ricreativi, ludici, culturali, escursionistici, ecc. in cui si sostanzia la "finalità turistica", o lo "scopo di piacere" assicurato dalla vacanza, che il turista-consumatore in particolare persegue nell'indursi alla stipulazione del contratto di viaggio vacanza "tutto compreso". Diversamente da quanto sostenuto dall'odierna ricorrente, la suddetta "finalità turistica" (o "scopo di piacere") non costituisce pertanto un irrilevante motivo del contratto de quo. La "finalità turistica" non si sostanzia infatti negli interessi che rimangono nella sfera volitiva in terna dell'acquirente il package costituendo l'impulso psichico che lo spingono alla stipulazione del contratto, ma viene ad (anche tacitamente) obiettivarsi in tale tipo di contratto, divenendo interesse che lo stesso è funzionalmente volto a soddisfare, pertanto connotandone la causa concreta (cfr. Cass., 25/5/2007, n. 12235; Cass., 8/5/2006, n. 10490)». Si ricorda in proposito di siffatto criterio di distinzione la già cennata critica, rispetto a tale ricostruzione del carattere distintivo tra le diverse categorie, di R. Pasquili, *La prestazione dell'organizzatore nel contratto di viaggio*, cit., p. 72, ritenendo che l'argomentazione sia 'claudente' laddove opera una commistione, nella disciplina della CCV tra organizzazione e intermediazione, e che tali fattispecie siano caratterizzate da servizi separati, il che varrebbe a giustificare la presunta autonomia del contratto di *package*.

²³ Si v. infatti le conclusioni dell'Avv. Generale Antonio Tizzano, in C-168/00 (sent. CGUE, 12-03-2002), in www.curia.europa.eu, il quale, osservata (punti 43-44) la «diffusa tendenza, più o meno avanzata nei vari ordinamenti giuridici, verso un ampliamento della responsabilità per questo tipo di danno e, più specificamente, per il danno da vacanza rovinata» ricollegava tale tendenza «ad un'evoluzione complessiva della materia della responsabilità, ma anche, da un punto di vista più generale, all'impetuoso sviluppo del turismo e al fatto che le vacanze, i viaggi o i soggiorni turistici non costituiscono più il privilegio di una ristretta cerchia, ma sono oggetto di consumo da parte di un numero crescente di persone che vi impegnano parte dei loro risparmi e dei loro congedi lavorativi o scolastici. E proprio il fatto che le vacanze abbiano ormai assunto una specifica funzione socioeconomica e siano divenute così importanti per la qualità della vita delle persone fa sì che il loro pieno ed effettivo godimento rappresenti di per sé un valore degno di tutela». Prosegue l'Avv. Gen. «Ma sono proprio queste le ragioni, seppur non

La inutilizzabilità della prestazione

Nelle sentenze considerate viene dunque svolta un'analisi di tipo funzionale dei contratti in questione, e tale analisi conduce a precise conseguenze in ordine ai rimedi applicabili: l'impossibilità di realizzazione dell'interesse creditorio è trattata alla stregua di un'impossibilità sopravvenuta totale della prestazione (art. 1463 c.c.)²⁵. A prescindere dalle critiche che tali sentenze possono attirare sotto questo profilo (in relazione cioè alla effettiva specialità dei *package* rispetto ad altre figure contrattuali)²⁶, è rimarchevole il fatto che la Corte di Cassazione si sforzi di individuare una funzionalità concreta dei contratti in questione²⁷.

le uniche, che, come visto, hanno ispirato la direttiva 90/314: l'aspetto più strettamente economico costituito dall'eliminazione degli ostacoli alla libera prestazione dei servizi turistici si accompagna infatti a quello della tutela del consumatore/turista. Il gradevole svolgimento della vacanza si qualifica allora anche nel contesto giuridico comunitario come un valore degno di tutela e il danno conseguente al suo mancato godimento assume, nel quadro del contratto di servizio "tutto compreso", una specificità tale da giustificare l'indennizzo. Da questo punto di vista un'interpretazione che porti ad escludere la risarcibilità di tale pregiudizio dall'ambito di applicazione della direttiva, oltre a non trovare elementi di riscontro né nel testo né negli obiettivi della direttiva 90/314, porterebbe a privare la direttiva di parte del suo effetto utile e si porrebbe in contraddizione con lo stesso dettato dell'art. 95, n. 3, CE, che richiede, come si è visto, che le misure di armonizzazione in materia di tutela dei consumatori si basino su un livello di protezione elevato».

²⁴ Interessante, per un principio di organicità del sistema giuridico, instaurare un parallelo con la disciplina del risarcimento del danno non patrimoniale c.d. 'esistenziale' nella sua accezione di 'lesione della serenità', ovvero del 'diritto ad essere felici'. In passato vi era stata un'interpretazione 'generosa' di una parte della giurisprudenza di merito (specialmente della giurisprudenza dei Giudici di Pace), superata dalle note sentenze gemelle delle Sezioni Unite c.d. di S. Martino (Corte di Cassazione, S.U., sent. 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, in *De Jure*), secondo cui «palesamente non meritevoli dalla tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, sono i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale, ai quali ha prestato invece tutela la giustizia di prossimità» (cfr. punto 3.9 sent. cit.). Sul danno esistenziale, cfr. P. Cendon, *Il danno esistenziale nell'attuale panorama giurisprudenziale*, Key editore, Vicalvi, 2014; p. 33; A. Palmieri, R. Pardolesi, *In tema di risarcibilità del danno morale ed esistenziale*, in «Foro it.», 2013 fasc. 12, pt. 1, 3443-3445; Iid. *Il ritorno di fiamma del danno esistenziale (e del danno morale soggettivo): l'incerta dottrina della Suprema Corte sull'art. 2059 c.c.*, in «Foro it.», 2013 fasc. 12, pt. 1, 3445-3448; G. Ponzanelli, *Non è tanto il danno esistenziale, ma il "quantum" il vero problema del danno non patrimoniale*, in «Danno e responsabilità», 2013 fasc. 2, pp. 135-138.

²⁵ La maggiore flessibilità mostrata da Corte di Cassazione n. 16315 del 24-07-2007, cit., che aveva ritenuto «inconfigurabili soluzioni estreme come quella prevista all'art. 1463 c.c.», è stata in realtà superata dalla successiva Corte di Cassazione, 14-08-2007, n. 26598, cit., e dalle pronunce che hanno seguito il filone della 'inutilizzabilità', ritenendo che la distinzione tra inutilizzabilità e impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 dovesse essere solo concettuale e 'non anche negli effetti'.

²⁶ Si v. le già citate argomentazioni critiche di R. Pasquili, op. loc. ult. cit. In generale, sulla possibile irrilevanza dell'argomento della 'causa in concreto' nelle sentenze in questione V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo?*, cit., p. 970.

²⁷ Non è un caso che le due sentenze del 2007 vengano indicate comunque come una delle prime applicazioni della 'causa in concreto', successive alla nota pronuncia di Corte di Cassazione 08-05-2006, n. 10490, cit. (di cui le sentenze del 2007 condividono, almeno in parte, i partecipanti al Collegio) considerata la 'creatrice del marchio' della felice formula di 'causa concreta'. V. Roppo, op. ult. cit., p. 963. Antesignani effettivi del ricorso alla regola operativa della causa concreta sono, secondo Id., op. ult. cit., p. 960 sgg., oltre alle fattispecie di frode alla legge (per le quali vi è il diplomatico 'sospetto' che la scoperta della 'causa in concreto' sia nulla più che quella 'dell'acqua calda'), alcuni casi di riconosciuta presupposizione e di collegamento contrattuale (citandosi Cass. 5966/2001). Un metodo, tuttavia, cui non ha fatto seguito il ricorso espresso alla categoria della causa in concreto, che viene affermato, a quanto consta, solo con la sentenza n. 10490/2006 cit.

Ciò posto, non ci si può sottrarre dal formulare una prima osservazione²⁸. Sembra che la ‘causa concreta’ turistica sia, in realtà, una causa piuttosto astratta, una causa tipica. La Corte afferma che il contratto di viaggio ‘tutto compreso’ di per sé abbia tale causa turistica, e che dunque «tutti tali contratti» presentino la medesima causa turistica. Tale funzione, in quanto funzione tipica del contratto in questione non può, dunque, che essere una ‘causa astratta’²⁹, propria del tipo. Si potrebbe, dunque, ritenere che il riferimento alla causa in concreto, nei casi di specie, sia del tutto privo di giustificazione³⁰, trattandosi forse di una mera svista, se non di un vero e proprio abuso dell’argomentazione³¹ rispetto all’obiettivo decisionale che il giudice del caso concreto intendeva raggiungere: lo scioglimento del contratto senza costi per il creditore-consumatore-turista.

Per inciso, un tale risultato si sarebbe potuto raggiungere anche per il tramite della regolazione legale del recesso nel contratto di *package*. Tra gli elementi essenziali del contratto di *package*, così come stabiliti dall’art. 36 del Cod. tur., figura, infatti, quello (lett. d) della indicazione dell’importo massimo (entro il 25 per cento del prezzo finale) da corrispondere quale acconto. Tale importo, si dice «è versato a titolo di caparra ma gli effetti di cui all’articolo 1385 del codice civile non si producono qualora il recesso dipenda da fatto sopraggiunto non imputabile, ovvero sia

²⁸ Non è la sola. Possono leggersi altre pungenti osservazioni in S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, cit., il quale A. ritiene che la vicenda sembra più correttamente giustificabile sulla base delle norme dettate in materia di *mora accipiendi*, interpretate secondo buona fede, come legittimo rifiuto opposto dal creditore alla prestazione offerta dal debitore; V. Roppo, *Causa concreta*, cit., p. 970, il quale considera non convincente la riconduzione nel caso deciso da Corte di Cassazione, 24-07-2007 n. 16315, cit. (è il caso dell’epidemia nella località di destinazione turistica) alla impossibilità di utilizzazione per mancanza di rilevanza della sfera creditoria. Tuttavia, sembra che l’Illustre A. non approfondisca l’esame del caso deciso da Corte di Cassazione, 14-08-2007, n. 26598, cit. (caso del decesso di uno dei due coniugi creditori) nell’argomentare le sue riflessioni, che invece concerne proprio un evento certamente relativo alla ‘sfera’ del creditore-turista.

²⁹ Osserva la tipicità della causa del contratto di *package*, M.F. Cocuccio, *Viaggio turistico e vacanza rovinata*, cit., nella presentazione. Della commistione tra ‘causa e tipo’ del contratto può aversi contezza diretta nelle pagine di F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1954, p. 154 sg. Sullo ‘smascheramento’ della sovrapposizione, il rinvio obbligato è sempre a G.B. Ferri, *Causa e tipo*, cit., *passim*. In generale, sulla evoluzione del concetto di causa nel sistema, tra le innumerevoli trattazioni e contributi sul tema, si indicano senza alcuna pretesa di completezza alle seguenti opere tratatistiche, ove si rinvencono ampi riferimenti bibliografici: G. Alpa, *La causa e il tipo*, in E. Gabrielli (a cura di), *I Contratti in generale*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2008; C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in G. Vettori (a cura di), *Regolamento, II*, in V. Roppo (diretto da), *Trattato del Contratto*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 165 sgg.; E. Moscati, *La causa del contratto*, in N. Lipari, P. Rescigno (diretto da), *Diritto civile*, vol. III, *Obbligazioni*, Tomo II, *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2009; R. Sacco, voce *Causa*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Addenda, Utet, Torino, 2014, p. 37 sgg. Un’analisi più concisa della problematica posta dall’elemento causale, in uno con l’evoluzione del concetto, si può vedere in G. Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., p. 240 sgg.

³⁰ Come sembrano ritenere S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, cit., par. 3, e V. Roppo, *La causa concreta: una storia di successo?*, cit., p. 970.

³¹ Su un caso di possibile ‘abuso dell’argomentazione’ (con riferimento al noto ‘caso Renault’ in materia di abuso del diritto di recesso dai contratti di concessione di vendita – Corte di Cassazione, sent. 18-09-2009 n. 20106, in *De Jure*), si v. le pagine di A. Gentili, *Abuso del diritto e uso dell’argomentazione*, in «Resp. Civ. Prev.», 2010, 2, pp. 354-364, poi riprodotte in Id., *Il diritto come discorso*, in G. Iudica, P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 401 sgg.

giustificato dal grave inadempimento della controparte». È dunque espressamente previsto e codificato un «recesso legale per sopravvenienza inimputabile», senza che si debba scomodare l'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione³².

Qual è, allora, la possibile ragione ulteriore per cui la Corte si sia voluta prodigare nella teorizzazione di una nuova figura rimediale dai tratti marcatamente sostanzialistici?

Senz'altro, un dato empirico ci indica una delle possibili ragioni: la Corte, invocando l'inutilizzabilità della prestazione certamente corrobora la propria giurisprudenza sulla causa in concreto e mostra alcune delle potenzialità applicative del concetto³³. Ora se pure è vero che non sembra trattarsi di 'causa in concreto'³⁴ nel senso proprio della formula, ovvero in antitesi al 'tipico-astratto', l'argomentazione mostra pur sempre un aspetto effettivo di 'concretezza' che attiene alla valorizzazione di certi interessi creditori sottesi alla stipula del contratto (di *package*). Si tratta di interessi i quali, a ben vedere, vengono valorizzati proprio per il tramite della analisi della funzionalità di quella specifica tipologia contrattuale. In molte altre ipotesi quegli interessi dovrebbero ricondursi alla sfera dei motivi e delle utilità individuali: come altro potrebbero definirsi lo 'scopo di relax' o quello 'di svago' se non come un motivo proprio non certo del tour operator, ma del fruitore del viaggio? Eppure, in questo caso, essi vengono ad acquisire una rilevanza giuridica particolare; vengono cioè giuridicizzati e, in tal modo, reputati meritevoli di tutela giuridica.

La elevazione di tali interessi ad elemento funzionale sembra resa possibile, nei casi di specie, attraverso alcuni indici (normativi), che in fondo determinano la ricostruzione della causa del contratto di *package*. *In primis*, la struttura contrattuale caratterizzata da un complesso di prestazioni tutte dirette ad un obiettivo, quello del far 'godere al turista una vacanza'. La pluralità di obbligazioni e l'unidirezionalità delle stesse a un medesimo fine – il benessere del turista – conducono l'interprete ad individuare una vera e propria oggettivazione della finalità turistica che caratterizza tale contratto³⁵.

Ancora, un ulteriore aspetto, ben valorizzato dalle pronunce in esame, è costituito dalla qualità del complesso di regole che presidiano i contratti in questione, particolarmente stringenti e di recente raccolte in un testo unico *ad hoc* (con l'aspirazione a 'Codice'): dalla fase informativa, a quella contenutistica, a quella che regola le sopravvenienze e gli obblighi di adeguamento contrattuale, a quella che

³² Ritiene, in sostanza, che questa sia la soluzione più corretta del caso S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione*, cit.

³³ Non sfugge, ed anzi, balza agli occhi, la presenza in Collegio (Corte di Cassazione, 24-07-2007 n. 16315, cit.), ovvero quale estensore (Corte di Cassazione, 14-08-2007, n. 26598, cit.) del medesimo autorevole magistrato estensore della nota Corte di Cassazione 08-05-2006, n. 10490, cit., in cui si è coniata giurisprudenzialmente la 'causa in concreto'.

³⁴ Di contrario avviso, ovvero che di autentica causa in concreto si tratti, sembra l'opinione di F. PAROLA, nota a Corte di Cassazione, 24-07-2007 n. 16315, in *Obbl. e Contr.*, 1/2008, 23-24, laddove ritiene il caso deciso la prima applicazione pratica della concezione della causa in concreto successiva a Corte di Cassazione 08-05-2006, n. 10490, cit. L'A. sviluppa il discorso ritenendo che «più agevolmente che altrove si riesce a scorgere la distinzione fra il "tipo contrattuale astratto" (corresponsione del prezzo verso la fornitura di servizi) e la "ragion pratica" del contratto (finalità turistica)».

³⁵ V. sul punto M.F. Cocuccio, *Viaggio turistico e vacanza rovinata*, cit., p. 71 sgg.

prevede il risarcimento del danno da ‘vacanza rovinata’³⁶. Tale complesso di norme, a tutela del consumatore-turista, e lo stesso tipo contrattuale, mostrerebbero una particolare sensibilità ordinamentale per la tutela dell’interesse turistico, che si configura così come un valore meritevole di protezione per l’ordinamento giuridico³⁷, come conferma la stessa Corte di Cassazione in una successiva pronuncia³⁸: «il godimento di un bene (la vacanza) [...] riveste un particolare valore esistenziale nella vita delle persone che dedicano la maggior parte del loro tempo al lavoro. Sicché il legislatore è intervenuto per garantire la corrispondenza fra aspettativa di svago, riposo, evasione, apprendimento che una vacanza può fornire e offerta commerciale proveniente dal *tour operator*». E dunque, oltre a consentire l’emersione di un interesse turistico oggettivo, l’assetto ordinamentale e la particolare tutela accordata al consumatore-turista, potrebbe consentire – come ha consentito – di giustificare un’interpretazione ampia dei rimedi al fine di accordare tutela a situazioni che difficilmente potrebbero riceverla sulla base dei criteri generali che collocano sul creditore il rischio degli eventi inerenti alla utilità della prestazione (*casus sentit creditor*).

Ampliando, dunque, l’angolo prospettico in relazione alla posizione del debitore della prestazione turistica, la tutela rafforzata che è approntata per i turisti-consumatori sembrerebbe significare che l’operatore professionale del settore non

³⁶ Cfr. artt. 32 sgg. Cod. Tur. Proprio con riferimento all’evoluzione che ha interessato il riconoscimento della risarcibilità del danno da vacanza rovinata, si può scorgere il progressivo rilievo concesso alla dimensione giuridica del bene-interesse sotteso alla fruizione della prestazione turistica. Si v. i rilievi e le fonti citate alla nota seguente.

³⁷ Cercando di rinvenire possibili *rationes* di detta tutela rafforzata, potrebbe guardarsi al particolare valore che ricopre il bene-vacanza nella società post-moderna. Certa giurisprudenza fa infatti riferimento, per i contratti di *package* non alla vendita di servizi, ma alla vendita di una ‘vacanza’, intesa quale bene immateriale che necessita di particolare tutela. Tale aspetto si coglie benissimo proprio dall’evoluzione del «danno da vacanza rovinata», nella sua dimensione non patrimoniale, perlopiù sconosciuto in passato, ma via via apparso e poi riconosciuto dalla giurisprudenza sul finire degli anni ’80. Con la Dir. 90/314/CEE, e con la regolazione armonizzata dei *package*, si è definitivamente avviato il percorso volto a valorizzare il bene immateriale vacanza, e il suo contenuto necessariamente positivo. Questo percorso può dirsi giunto a un punto di non ritorno con la sent. della CGUE, 12-03-2002 (C-168/00) in www.curia.europa.eu, laddove si stabilisce che il danno morale da vacanza rovinata appartiene al perimetro della normativa. Per le pregnanti conclusioni dell’Avvocato Generale (Prof. A. Tizzano) rese in tale pronuncia, cfr. *supra* nota 23 // Sulla vicenda del danno da vacanza rovinata, si v. M.F. Cocuccio, *Viaggio turistico e vacanza rovinata*, cit.; F. Romeo, *I contratti di viaggio: tutele specifiche e risarcimento del danno*, cit.; E. Guerinoni, *L’interpretazione della Corte di Giustizia riguardo al danno da “vacanza rovinata”*, in «Resp. Civ. Prev.», 2/2002, p. 363 (in commento della sent. della CGUE, 12-03-2002, cit.); G. Ciurnelli, op. ult. cit., 520. Il valore immateriale del bene-vacanza è sottolineato anche da S. Landini, *Travel and Tourism contracts*, Matera 2013, 8, laddove afferma che «when someone books an hotel room, a travel, an holiday package, he is also buying the temporary use of a particular environment including new geographical features, cultural benefits, services, atmosphere and hospitality and other intangible benefits. So its correct to say that tourism is largely psychological and it is an instrument of individual personal identity development». Del resto, ci ricorda l’A. (p. 8 e, a proposito di un caso deciso da una corte inglese p. 72) che «selling holidays is selling dreams». Si v. a tal proposito le interessanti riflessioni di M. F. Cocuccio, op. ult. cit., nel primo capitolo, relativo agli aspetti sociali e giuridici del fenomeno turistico; e di M. E. La Torre, *Il contratto di viaggio “tutto compreso”*, in «Giust. Civ.», 1996, 1, p. 27, che sembrano svolgere le riflessioni sulla rilevanza giuridica dell’interesse – oggettivo – turistico poi penetrate nella giurisprudenza più recente.

³⁸ Corte di Cassazione, 24-04-2008, n. 10651, in *De Jure*, che sembra richiamare esattamente le osservazioni svolte dall’Avv. Gen. nella causa C-168/00, poi decisa con sent. CGUE 12-03-2002, cit.

possa che condividere la funzione e la finalità turistica dei contratti che va stipulando e dunque accettare tale tutela rafforzata. Sarebbe, per utilizzare un diverso linguaggio, un 'rischio specifico' del settore imprenditoriale di afferenza, giustificato, fra l'altro, dalla notevole dimensione del mercato turistico, e dalla particolare protezione approntata ai fruitori delle prestazioni turistiche dalle norme vigenti.

In conclusione, può dirsi che la giurisprudenza considerata consente di valorizzare giuridicamente interessi creditori di tipo schiettamente soggettivo, i quali però appartengono alla trama complessiva del contratto; la soddisfazione di quegli interessi diviene così la funzione propria di quel contratto secondo un percorso logico che eleva il motivo soggettivo a motivo oggettivo (ragione o scopo) del contratto, penetrandovi e caratterizzandone l'elemento causale.

Tuttavia, come rilevato, nei casi in questione sembrerebbe che il percorso argomentativo sia 'strettamente connesso al tipo negoziale' e al settore economico di riferimento. L'unico modo di considerare non mero frutto della fantasia creativa dei giudici supremi l'affermazione di un rimedio che aspira ad avere portata generale è dunque data dalla possibilità di estenderlo ad altre ipotesi, come, effettivamente, la giurisprudenza successiva sembra riconoscere.

3. Il caso del corso professionalizzante

Successivamente all'inaugurazione giurisprudenziale della categoria dell'inutilizzabilità della prestazione, si è dato un caso³⁹, diverso sotto molteplici profili, in cui l'argomento decisionale determinante è stato proprio incentrato sulla impossibilità di utilizzare la prestazione – possibile – del debitore. Si è fatto quindi integrale applicazione dei principi e delle argomentazioni espressi dalle sentenze in tema di contratti di viaggio 'tutto compreso'.

In breve, i fatti: Tizio si era iscritto ad un corso di formazione per pilota «finalizzato al conseguimento della licenza di pilota commerciale di elicottero» versando integralmente il non esiguo corrispettivo al momento dell'iscrizione. Successivamente, tuttavia, egli non superava l'esame di idoneità medica necessario 'quale prerequisite' all'iscrizione al corso. L'esito negativo era confermato dall'organo tecnico-sanitario di secondo grado ritualmente adito. Tizio chiedeva, quindi, la restituzione del corrispettivo, negata dalla controparte⁴⁰. La sentenza di merito, dichiarata quindi la risoluzione 'giudiziale'⁴¹ (ex art. 1463 c.c.) per impossibilità sopravvenuta

³⁹ T. Varese, sent. 4/10/2010, cit.

⁴⁰ Interessante è osservare che il Giudice di merito, in motivazione, dà conto, valorizzandola, della condotta diligente di Tizio che provvedeva ad impugnare il giudizio negativo della commissione medica di secondo grado.

⁴¹ Applicandosi analogicamente le regole della risoluzione per impossibilità sopravvenuta, la risoluzione pronunciata dal giudice varesotto dovrebbe essere non giudiziale, bensì legale, e la tipologia di sentenza dichiarativa, non costitutiva (fra i tanti, si v. V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 939 sgg.). Non si comprende chiaramente se quanto affermato dal giudice sia frutto di una svista ovvero, più probabilmente, si riconnetta alla funzione valutativa del Giudice nell'ambito dell'analisi di funzionalità del contratto. Il punto sarà meglio approfondito *infra*.

di utilizzazione della prestazione con condanna alla restituzione dell'intero corrispettivo versato⁴².

La fattispecie appena sunteggiata sembra apparentemente riproporre la questione della funzione cui è preordinato il contratto (con cui si offre un corso di formazione professionalizzante). Il Giudice, conformemente alla giurisprudenza sui *package*, fa espresso richiamo alla causa in concreto del contratto, anche se l'analisi della funzione del contratto sembra restare, anche in questo caso, su un piano di astrattezza. Infatti, se si osserva il ragionamento svolto dal Giudice, si ricava che 'tutti i contratti' di corso per pilota servono a divenire pilota. Dunque la 'natura e l'oggetto del contratto', assorbono l'intero ambito di utilità del creditore: una volta che il creditore abbia la certezza di non poter impiegare la prestazione del debitore all'uso cui essa è destinata, egli non ha 'normalmente' un residuo interesse.

Ma se questo è ciò che dovrebbe emergere dalla pronuncia, un'analisi più approfondita fa emergere una vera e propria sovrapposizione concettuale tra impossibilità e inutilizzabilità.

Infatti l'impedimento fisico impedisce al creditore della prestazione non solo e prima di ottenere la licenza (utilizzabilità della prestazione), di partecipare alle numerose ore di pratica di guida previste nel programma del corso; in sostanza gli impedisce di 'ricevere la prestazione' stessa. Può dirsi che la (possibilità della) prestazione del debitore sia davvero non toccata dallo stato di salute del creditore? Dunque, se è inutilizzabile – in senso stretto – la prestazione per lo scopo ordinario del contratto, quello di divenire pilota; ancora prima, ci sembra, è realmente impossibile la prestazione perché il creditore non può concretamente riceverla.

Se pure si tratta di un'ipotesi diversa da quella prevista dalla legge, che attiene alla prestazione del debitore, e non riguarda la posizione del creditore, si tratta di un'ipotesi che la maggioritaria dottrina riconduce comunque all'ambito applicativo della impossibilità sopravvenuta della prestazione. E ciò si ritiene possibile, in particolare, per le obbligazioni a 'concorso necessario' del creditore, come quelle in cui la prestazione si esegue sulla persona del creditore; e come può dirsi essere quella inerente un'attività di formazione, ove il creditore deve essere nella possibilità di partecipare all'attività⁴³.

Fermo restando che il caso pone anche altre problematiche (prima fra tutte, la ripartizione del rischio economico, per come contrattualmente pattuito), sembra che ci sia in questo caso un travisamento nell'uso dei concetti. Infatti, sembra che non di inutilizzabilità si tratti ma di impossibilità di ricevere la prestazione. Il riferimento alla inutilizzabilità, connessa non alla possibilità di ricevere la prestazione (in cui si sostanzia il corso), ma alla possibilità di utilizzare (*id est*: mettere a frutto) quella

⁴² Quale «debito di valuta non soggetto a rivalutazione».

⁴³ Su questi aspetti si tornerà più diffusamente *infra*, nel Cap. 2. Per un riferimento, si può v. fin da adesso i contributi di G. Cottino, *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in «Riv. Dir. Comm.», 1948, pp. 443-458; L. Cabella Pisu, *Dell'impossibilità sopravvenuta, Art. 1463-1466*, in *Comm. al C.C. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2002; Id. *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in G. Afferni *et al.*, *Inadempimento e rimedi* in G. Visintini (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, Vol. I, , Cedam, Padova, 2009; S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, cit. par. 6.

La inutilizzabilità della prestazione

prestazione (tramite il conseguimento della licenza per pilota), finisce dunque coll'essere un dato superfluo rispetto al *decisum*, oltre che fuorviante rispetto ad esso.

La pronuncia mostra inoltre un possibile aspetto (e un rischio) della categoria dell'inutilizzabilità, laddove vengono affermate esigenze di tutela di una parte ritenuta 'debole' e di generico 'controllo dell'autonomia privata'⁴⁴. Dunque, per il tramite della inutilizzabilità della prestazione si realizzerebbe un più penetrante controllo dell'autonomia privata. Ed il suo antecedente logico necessario, il riferimento alla causa in concreto, consisterebbe in uno strumento di maggiore controllo dell'autonomia privata. Se da lungo tempo gli interpreti concordano che la causa abbia in sé una funzione di controllo esterno dell'autonomia privata⁴⁵, il collegamento

⁴⁴ Nel percorso argomentativo della sentenza, viene infatti introdotta la questione della tutela della «parte debole del rapporto», facendosi citazione del noto arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sulla riduzione ufficiosa della penale manifestamente eccessiva e ad altra pronuncia della Corte Costituzionale. Così argomenta il Tribunale di Varese, sent. cit.: «Ad ulteriore conforto di tale conclusione va ricordato, ancora, l'orientamento recentemente espresso dalla Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, in ordine alla necessità di un più penetrante controllo dell'autonomia privata da parte del Giudice in sede di tutela della parte "debole" di un rapporto contrattuale, orientamento puntualmente espresso nella sentenza n. 18128 del 2005, con la quale le sezioni unite hanno sottolineato, "con riferimento a rapporti obbligatori disciplinati da norme inerenti all'ordinamento generale dello Stato" come vada riconosciuta "l'esistenza di un principio di inesigibilità come limite superiore alle pretese creditorie", principio a sua volta consacrato dal giudice delle leggi nella precedente sentenza n. 149 del 1992, ove si afferma che "l'interesse del creditore all'adempimento degli obblighi dedotti in obbligazione deve essere inquadrato nell'ambito della gerarchia dei valori comportata dalle norme, di rango costituzionale e ordinario, che regolano la materia in considerazione: e quando, in relazione a un determinato adempimento, l'interesse del creditore entra in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o, addirittura, dalla Costituzione, come valore preminente o, comunque, superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria, allora l'inadempimento, nella misura e nei limiti in cui sia necessariamente collegato all'interesse di valore preminente, risulta giuridicamente giustificato". La "nuova" architettura interpretativa è stata da ultimo confermata da Cass. civ., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958 [...].» A ben vedere, l'arresto della Consulta (relatore Luigi Mengoni) citato dal Tribunale di Varese, afferma in sostanza qualcosa di diverso rispetto a ciò che è utilizzato nel caso di specie. La questione interessava l'eccezione alla responsabilità per ritardata consegna dei beni locati ad uso non abitativo (responsabilità stabilita dall'art. 1591 c.c., a cui poneva eccezione per «grave difficoltà per il conduttore, dipendente da circostanze estranee alla sua volontà, di trovare un altro immobile adatto alle sue necessità di lavoro» l'art. 2 del d.l. 25 settembre 1987, n. 393, convertito nella legge 25 novembre 1987, n. 478, sotto giudizio di legittimità costituzionale). La Corte Costituzionale pone in quel caso un'eccezione all'eccezione, ritenendo che la norma esimente sia incostituzionale «se e in quanto non riservi al portatore dell'interesse postergato [ovvero al locatore,] la prova dell'inesistenza nel caso concreto delle condizioni che, secondo il bilanciamento sotteso alla norma stessa, giustificano la precedenza attribuita all'interesse antagonistico». La sentenza opera quindi, più che sul piano della inesigibilità della prestazione (dunque in favore alla parte debole del rapporto), sul piano dei limiti alla stessa (dunque, in sostanza, a sfavore della parte debole), stabilendo i limiti del peso gravante sulla controparte di un rapporto contrattuale. Sui possibili rischi della causa in concreto in questo senso, e di un suo «uso poco sorvegliato» come «grimaldello per superare (o piede di porco per scardinare) il principio della tendenziale insindacabilità dell'equilibrio economico del contratto», si rinvia alle riflessioni di V. Roppo, *Causa in concreto: una storia di successo?*, cit., p. 984 sg.

⁴⁵ Per alcuni spunti, v. tra gli altri, oltre a E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Esi, Napoli, 1960, p. 1689 sgg.; L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1948, pp. 54 sgg.; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 3 e spec. Cap. 2; R. Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 52 sgg. Chiarissimo in questo senso G. Vettori, *Con-*

tra squilibrio delle parti e sindacato del Giudice sul contratto e sulla sua giustificazione non può essere introdotto in un modo disinvolto, senza che vi siano dei dati ulteriori, tendenzialmente volti a svelare una disparità fisiologica – o patologica – di potere contrattuale⁴⁶. Seppure sembra che in certe fattispecie concrete vi sia una tendenza ad ampliare il ricorso allo strumento del difetto di causa (o prima ancora, di meritevolezza⁴⁷) ai fini di sanzionare una disparità di potere contrattuale che abbia causato effetti pregiudizievoli su una delle parti⁴⁸, gli interpreti concordano nel ri-

tratto e rimedi, cit, p. 240 sgg., laddove afferma che la causa «ha un preciso scopo. Serve a valutare l'atto di autonomia. È questa la sostanza della causa, qualsiasi significato le si possa attribuire. Essa risponde sempre a una esigenza di controllo delle conseguenze che i contraenti intendono realizzare» (p. 241).

⁴⁶ La letteratura sul punto è vasta e articolata. Volendo provare a proporre un qualche cenno sul tema, sembra potersi dire che rispetto agli autori che propongono la predicabilità di un principio di equilibrio e proporzionalità nei contratti (P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti* in «Rass. dir. civ.», 2001, p. 334 sgg.; R. Lanzillo, *La proporzione tra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Cedam, Padova, 2003; per più ampi riferimenti si v. anche A. Palazzo, A. Sassi (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 327 sgg., ed ivi spec. nota 8), più condivisa è la più cauta posizione di quanti richiedono la presenza di fattori indicativi di una disparità di potere contrattuale, che impedisce il corretto raggiungimento dell'equilibrio negoziale soggettivo (diverso da quello oggettivo di mercato, che viene dunque in rilievo in caso di malfunzionamento del mercato o del procedimento negoziale specifico). A tal proposito, per alcuni spunti, si v. i contributi di V. Roppo, *Il contratto del duemila*, (IIa ed.), Giappichelli, Torino, 2005, spec. p. 25 sgg.; Id., *Giustizia contrattuale libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto*, in «Riv. Crit. Dir. Priv.», 4/2007, p. 599; Id., *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il terzo contratto)?*, in G. Vettori (a cura di), *Remedies in contract*, Cedam, Padova, 2009, p. 207; sempre in tale opera collettanea, si v. il contributo di M. Maugeri, *Rimedi civilistici e abuso di sfruttamento da parte di un'impresa in posizione dominante*; M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 263 sgg.; Id., *Controllo contenutistico e forme di eterointegrazione del contratto*, in P. Perlingieri, L. Ruggieri (a cura di), *Diritto privato comunitario*, I, Esi, Napoli, 2008, p. 503 sgg.; sempre in *Diritto privato comunitario*, I, cit., si v. anche il contributo di U. Breccia, *Equilibrio fra le prestazioni e causa del contratto di scambio*, p. 521 sgg.; N. Lipari, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto*, in «Riv. Trim. Dir.Proc. Civ.», 2006, p. 711; A. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, Padova, 2008; G. Vettori, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in «Riv. Dir. Priv.», 4/2005, p. 743 sgg.; Id., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, 3/2015, 787. Secondo P. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in «Giur.It.», 1999, I, p. 231, «il problema centrale nella nostra società non appare quello di garantire l'equità del contenuto economico del contratto, quanto di colpire quelle turbative o pregiudizi della libertà di decisione (specie per asimmetrie informative) tali da poter incidere su di una adeguata valutazione della convenienza dell'affare». Similmente si muove la ormai non più recente lettura di G. Marini, *Ingustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in «Riv. Crit. Dir. Priv.», 2/1986, p. 257, che, a conclusione della propria analisi ritiene che si possa ragionevolmente asserire che «il futuro della lesione contrattuale non [possa] non essere rintracciato nella dimensione della garanzia del regolamento e del funzionamento del mercato, e dunque al di fuori di ogni suggestione di protezione del contraente debole» (p. 313).

⁴⁷ Per un efficace riepilogo del concetto e dell'uso giurisprudenziale recente del canone della meritevolezza nel diritto dei contratti, può vedersi la recente sentenza della Corte di Cassazione n. 10506 del 28/04/2017, in *De Jure*.

⁴⁸ Un'ipotesi che di recente mostra di avere una portata espansiva è la materia dei contratti derivati di borsa. In quei casi, l'indagine sulla ripartizione dei rischi contrattuali, pregiudizievole ai sottoscrittori di titoli, è stata talvolta risolta per il tramite dell'indagine sulla non meritevolezza dei contratti, ovvero sul difetto di causa meritevole di tutela. Sul punto, S. Pagliantini, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: Quid noctis?*, in «Pers. e Mercato», 1/2015, p. 24, consultabile all'indirizzo <www.personaemercato.it> (01/16); F. Caputo Nasseti, *I contratti derivati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 340 sgg.

chiedere addentellati normativi e disparità di potere fisiologiche dimostrabili in concreto (o normativamente presunte) per legittimare il sindacato giudiziale del contratto⁴⁹.

Nel caso di specie, sfugge del tutto il parametro in virtù del quale il Giudice vorrebbe controllare l'atto sotto il profilo della debolezza contrattuale. Mentre i *package* si collocano, come visto, in un contesto di regolazione particolarmente stringente ove le norme mostrano effettivamente di considerare una delle parti del rapporto come naturalmente più debole e comunque titolare di interessi anche non patrimoniali meritevoli di tutela; nel caso di inutilizzabilità del corso-pilota non si ritrova un'analogia presunzione ordinamentale astratta di debolezza e di forza – presunta – delle contrapposte parti contrattuali. In sostanza, se il Giudice ritiene di introdurre un piano valutativo ulteriore, dato dalla debolezza di una delle parti, che consentirebbe di giustificare «un più penetrante controllo dell'autonomia privata da parte del Giudice», tale debolezza va esattamente allegata, provata e giustificata nel rispetto del contraddittorio e dei principi informatori del processo. Altrimenti si rischia di presumere una disparità di potere contrattuale che, resta, nelle contrattazioni non professionali o non massive, informato all'opposto principio di parità delle parti; principio suscettibile di messa in discussione, ma certo non aggirabile senza le dovute cautele argomentative e probatorie. L'argomento della debolezza contrattuale rischia dunque di essere fuorviante, se non correttamente inquadrato e supportato.

4. Ancora un'ipotesi: l'incisione del programma negoziale (di edilizia pubblica)

Più di recente, la Corte di Cassazione⁵⁰ è tornata a decidere un caso facendo applicazione ancora una volta dell'inutilizzabilità della prestazione. I fatti concernevano un contratto di appalto con cui un Istituto per l'edilizia popolare aveva commissionato a un soggetto privato la costruzione di quattro edifici. Accadde che l'esecuzione del contratto fu sospesa a seguito di una ordinanza della locale Sovrintendenza che lamentava la mancanza di autorizzazione e la necessità di vagliare la presenza di vincoli pubblicistici sull'area in questione. Una volta confermata l'esistenza di un vincolo archeologico che incideva sull'assetto contrattuale fissato dalle parti, l'aggiudicatario chiedeva la risoluzione del contratto per inadempimento di controparte e la condanna dell'Istituto al pagamento dei compensi e dei danni. Nei gradi merito si ritenne che i fatti del caso non consentivano la pronuncia di risoluzione per inadempimento, non essendovi colpa del committente.

Infatti, la presenza del vincolo archeologico, poi rivelatosi effettivamente esistente, era stata conosciuta da tutte le parti solo in seguito alla aggiudicazione, in quanto non risultava trascritto sui registri immobiliari né altrimenti conoscibile con l'ordinaria diligenza. Doveva pertanto considerarsi come un *factum principis* «idoneo a rendere impossibile l'adempimento dell'obbligazione per causa non imputabi-

⁴⁹ Cfr. letteratura citata *supra* alla nota 46.

⁵⁰ Corte di Cassazione, 02-10-2014, n. 20811, in *De Jure*;

le al committente»⁵¹. In relazione all'impossibilità, la Corte di appello rilevava che l'ordine di sospensione dei lavori, prevedendo anche una cospicua riduzione delle opere consentite ed il previo espletamento di indagini conoscitive di notevole costo, «aveva reso obiettivamente antieconomica la prosecuzione del rapporto contrattuale».

La Corte di Cassazione precisa ulteriormente, su espressa censura dell'aggiudicatario, che la Corte territoriale non si era limitata a rilevare l'antieconomicità della realizzazione dell'opera ma aveva messo «in risalto anche la radicale modificazione dell'oggetto del contratto, che l'osservanza delle predette prescrizioni avrebbe imposto, e la mancanza di qualsiasi certezza in ordine alla possibilità di darvi comunque esecuzione»⁵². E prosegue: «in quanto idonee ad incidere sull'interesse di entrambe le parti alla realizzazione del programma negoziale originariamente concordato e sulla stessa corrispondenza dell'opera commissionata alle esigenze che era destinata a soddisfare, tali circostanze possono ben essere ritenute idonee a giustificare l'affermata impossibilità della prestazione, la quale è configurabile non solo nel caso in cui sia divenuto impossibile l'adempimento da parte del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione ad opera della controparte, purché tale impossibilità non sia imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, dovendosi in tal caso prendere atto che non può più essere conseguita la finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto, con la conseguente estinzione dell'obbligazione (cfr. Cass., sez. 3, 20 dicembre 2007, n. 26958)».

Il passaggio, denso di argomenti, offre numerosi spunti. In primo luogo, la prestazione non è totalmente impossibile, risultando possibile in parte. È dunque il rapporto tra impossibilità parziale e impossibilità totale che viene in questione, con la valutazione dell'interesse del creditore alla conservazione del vincolo ovvero alla sua risoluzione (art. 1464 c.c.). Vengono in questo caso ad intrecciarsi aspetti di valutazione dell'intero assetto di interessi: da una parte l'aspetto quantitativo, che il richiamo alla antieconomicità mostra chiaramente, insito nella minor convenienza dell'affare e nei maggiori costi; dall'altra parte, vi era una alterazione e incisione del programma negoziale, in quanto l'intervento di edilizia pubblica veniva ad essere ridotto in maniera consistente (di un terzo circa) ed era inoltre reso incerto dalla necessità di svolgere ulteriori indagini tecniche conoscitive. Inoltre, anche la natura pubblicistica dell'intervento avrà indotto l'interprete a valorizzare le «esigenze che [la prestazione] era destinata a soddisfare».

Tutti questi aspetti risultavano incidere non più solo un aspetto quantitativo, ma, anche quello qualitativo, del tipo di prestazioni, e dello stesso grado di possibilità di realizzazione delle opere. Viene quindi incentrato il giudizio su una valutazione

⁵¹ Così la Corte d'Appello di Salerno, sent. del 6/07/2006, richiamata in motivazione da Corte di Cassazione, 02-10-2014, n. 20811, cit.

⁵² Prosegue la Corte: «infatti, le opere da realizzare, oltre a subire una consistente riduzione, pari a circa un terzo degli alloggi originariamente progettati, avrebbero richiesto il preventivo svolgimento di costose indagini conoscitive, all'esito delle quali soltanto avrebbe potuto essere confermata l'eseguitabilità del progetto».

dell'intero contratto e degli effetti che la sopravvenienza del *factum principis* ha prodotto sull'interesse creditorio alla prestazione.

Tra tutti, questo problema è forse il più delicato che pone la giurisprudenza sull'inutilizzabilità della prestazione: mentre, infatti, la impossibilità giuridica o naturale rende impossibile la realizzazione del contratto e ne giustifica certamente lo scioglimento⁵³, l'inutilizzabilità coinvolge piani di schietta valutazione che confliggono con la materiale possibilità di adempiere⁵⁴. Ecco dunque che viene ad emergere una certa opacità nella figura della inutilizzabilità e anche della funzione contrattuale concreta, a cui quella è direttamente connessa.

Trattando di funzione concreta, infatti, sembra di cogliere il riferimento ad una funzione esclusiva del contratto; una funzione del contratto. Ma quanto tale concetto sia sfuggente è dimostrato dal fatto che, proprio perché concreta, la funzione può ben essere una variegata composizione di plurimi interessi, tutti compresenti nel contratto. Ritenere che l'impossibilità di realizzare uno di quelli interessi possa incidere sull'intero contratto, impone una valutazione globale che assegni a quell'interesse impedito una forza determinante sull'intero contratto; un carattere di essenzialità e di condivisione dell'interesse di una delle parti come funzione del contratto.

Nel caso dei *package* si sono viste all'opera numerose ragioni che hanno consentito di elevare la finalità ad elemento giustificativo del contratto. Nel caso ora considerato il programma negoziale inteso anche nella sua dimensione funzionale viene ad essere ricavato dalla distorsione dell'equilibrio economico raggiunto tra le parti e anche nella impossibilità di realizzare un intervento di edilizia di una precisa consistenza.

Questo è dunque il passaggio fondamentale ai nostri fini: come individuare e selezionare gli interessi che, pur normalmente propri di una delle parti, quella creditrice, siano posti in realtà a base dell'intero contratto e possano dunque dirsi incidenti sull'intera funzionalità dello scambio.

⁵³ Salve le valutazioni del caso nell'ipotesi di impossibilità solo parziale prevista dagli artt. 1464 c.c., in ciò diversa dall'art. 1258 c.c.

⁵⁴ Simili osservazioni si trovavano già nella esposizione di S. Orlando Cascio, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, Milano, 1938, p. 209 sgg., laddove, nel far cenno alla ipotesi contigua (mancato raggiungimento dello scopo negoziale) a quella oggetto del suo lavoro (l'estinzione dell'obbligazione per raggiungimento dello scopo), l'A. ritiene le due ipotesi non accomunabili: «e ciò [...] per la considerazione che, mentre nell'un caso (conseguimento dello scopo) ciò che viene meno è soltanto l'interesse alla prestazione del debitore, invece, nell'altro caso, ciò che viene meno è l'interesse al bene, oggetto della prestazione». Prosegue l'A. ritenendo che mentre nell'ipotesi del raggiungimento dello scopo l'interesse è stato soddisfatto e non si può pensare che l'interesse risorga, «viceversa, nell'altra ipotesi [...] l'interesse al bene, non essendo stato soddisfatto, può risorgere col ricostituirsi della situazione di fatto esistente al momento dell'assunzione dell'obbligazione». Così si parla di «quiescenza dell'interesse, e di una conseguente quiescenza dell'obbligazione» (p. 211).

5. La continuità fra inutilizzabilità e teoria della presupposizione. L'essenzialità come requisito di rilevanza giuridica dell'interesse in concreto

L'analisi interpretativa volta a ricercare e far emergere la funzionalità contrattuale e la emersione degli interessi specifici del contratto, a ben vedere, è un argomento che ha ricevuto costante interesse da parte degli interpreti sotto svariati profili.

Tra i diversi angoli prospettici dai quali tale problema può essere analizzato⁵⁵, probabilmente più di altri la 'presupposizione' consente di cogliere la sostanziale continuità con cui si è inteso attribuire rilevanza a circostanze rilevanti ed essenziali del contratto, la cui esistenza e mantenimento sostanzialmente inalterato costituiscono presupposto implicito di tenuta di quel vincolo obbligatorio⁵⁶.

⁵⁵ L'indagine funzionale concreta è naturalmente svolta, oltre che nei casi di contratti atipici, nei casi di divieti sostanziali (patti commissori e successori *in primis*) e in generale di illiceità del contratto. La frode alla legge e il motivo comune illecito richiedono, necessariamente, un'indagine degli interessi concreti sottesi al contratto. Anche i casi di collegamento negoziale, con la necessità di non fermarsi alla considerazione atomistica dello scambio ma, al contrario, di svolgere l'indagine sulla operazione economica intera realizzata dai contraenti, costituiscono un ulteriore e fondamentale campo applicativo (si è già ricordato come V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo?*, cit., pp. 973-974, avanzi icasticamente il «sospetto [che la]scoperta della causa concreta nel campo dell'illiceità contrattuale non si distacchi più che tanto dalla scoperta dell'acqua calda»). In relazione al fenomeno del collegamento negoziale, si ricordino le parole di G. B. Ferri, *Causa e tipo*, cit., p. 405, secondo cui esso non assume rilievo realmente autonomo rispetto al problema della causa. D'accordo con l'Illustre Autore anche V. Roppo, *Il contratto*, cit., (2001), p. 387 sgg. e C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Cedam, Padova, 1992, p. 439.

⁵⁶ La vicinanza dell'inutilizzabilità con la teoria della presupposizione è notata da L. Delli Priscoli, nota a Corte di Cassazione 16315 del 24-07-2007, in «Danno e resp.», 8-9/2008, p. 848; G. F. Aiello, *L'applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della Cassazione*, in «NGCC», 2011, p. 309. Un riferimento, lasciato però sullo sfondo, si ritrova anche in S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, cit., par. 7. In generale sulla presupposizione, l'ampia letteratura può essere circoscritta in questa sede ad alcuni riferimenti alla letteratura italiana, e omettendo i pur notevoli contributi, presenti in pressoché tutti i trattati di diritto civile dei contratti: P. Cogliolo, *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in Id., *Scritti varii di diritto privato*, I, Utet, Torino, 1914, p. 417; L. Ferrara, *Accenni sulla presupposizione*, in «Foro It.», 1939, I, p. 83 sgg.; W. Bigiavi, *In materia di presupposizione*, in «Giur. it.», 1948, I, p. 173 sgg.; F. Martorano, «*Presupposizione*» ed errore sui motivi nei contratti, in «Riv. Dir. Civ.», 1958, I, pp. 69-108; M. Comporti, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla teoria della presupposizione*, in *Studi senesi*, 1960, III, p. 492; G. Branca, *Considerazioni pratiche sulla presupposizione*, in «Foro it.», 1962, I, p. 239; F. Girino, voce *Presupposizione*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, Utet, Torino, 1966; V.E. Cantelmo, *La presupposizione nella giurisprudenza italiana*, Giuffrè, Milano, 1969; A. Gentili, *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza*, nota a Corte di Cassazione n. 3074 del 9 maggio 1981, in «Giur.It.», 11, 1983, p. 1173; M. Bessone, A. D'Angelo, voce *Presupposizione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1986; V. Pietrobon, voce *Presupposizione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1991; A. Pontani, *La presupposizione nella sua evoluzione, con particolare riferimento all'errore ed alla causa*, in *Quadrimestre*, 1991, p. 833 sgg.; V. Santarsiere, *Ricerca sui motivi del contratto*, in *Il nuovo diritto*, 1994, p. 601; M. Serio, voce *Presupposizione*, in *Dig. disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1996; C. Camardi, *Economie individuali*, cit.; A. Belfiore, *La presupposizione*, Giappichelli, Torino 2001; F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo Diritto dei contratti: dalla Presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in «Rivista di Dir. Civ.», Padova 2002; A. Nicolussi, *Presupposizione e Risoluzione*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il Contratto e le tutele*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 183-197; C. Caccavale, *Giustizia del contratto e pre-*

Ciò sembra confermato, fra l'altro, dal fatto che in certi casi di sopravvenuta alterazione del bene dedotto in contratto tale da «privare il contratto stesso delle sue specifiche utilità», la giurisprudenza abbia invocato esattamente i «principi propri della c.d. presupposizione»⁵⁷.

Mentre la dottrina ha proposto nel corso del tempo i propri – vari – criteri di giustificazione del rimedio *preter legem* di risoluzione del contratto per venir meno della presupposizione, la giurisprudenza ha ricostruito una sorta di definizione-decalogo di ciò che costituisce presupposizione. Per la giurisprudenza, la presupposizione può essere definita come «una situazione, di fatto o di diritto, passata, presente, futura, di carattere obiettivo (il cui verificarsi o venir meno si presenti come indipendente dall'attività dei contraenti e non costituisca oggetto di una loro specifica obbligazione) che possa, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, ritenersi prospettata dai contraenti come presupposto comune avente valore determinante ai fini del permanere del vincolo contrattuale, o di una specifica clausola»⁵⁸.

supposizione, Giappichelli, Torino, 2005; N. Bertotto, *Alcune riflessioni sulla presupposizione a margine di una recente pronuncia della Cassazione*, in «Riv. Crit. Dir. Priv.», 2008, II, pp. 309-327; F. Degl'Innocenti, *Teoria della presupposizione e rimedi contrattuali alla luce di nuovi orientamenti ermeneutici*, in «Giustizia civ.», 2, 2009, pp. 79-94; G.B. Ferri, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in «Eur. Dir. Priv.», 2, 2009, pp. 331-378.

⁵⁷ Emblematico in tal senso il caso deciso da Corte di Cassazione, 24-03-2006, n. 6631, in «I Contratti», 2006, pp. 1085-1087: viene concesso da un privato in uso (locazione) parziale lo sfruttamento di un proprio canale a un Consorzio, che se ne sarebbe servito per immettervi acque derivate da un fiume, a scopo irriguo. Dopo poco tempo dalla stipula del contratto, l'erosione del letto del fiume che si immetteva nel canale rendeva l'imbocco dello stesso canale troppo alto (oltre 3 mt dal livello di scorrimento del fiume). Ritenendo il contratto di locazione ormai privo di utilità, il Consorzio si rifiutava di corrispondere i canoni. Il privato agiva quindi per il pagamento dei canoni di locazione. In primo grado e in appello, la domanda di pagamento viene respinta sulla base dell'impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 c.c. La Corte di Cassazione ritiene erronea la motivazione in diritto, per la mancanza del carattere di assolutezza dell'impossibilità sopravvenuta: con gli opportuni lavori di adeguamento questa potrebbe essere ancora possibile. Si ritiene pertanto il contratto di locazione risolto «per fatto non imputabile alle parti ex art. 1467 c.c.», sulla base del principio della presupposizione.

⁵⁸ Così Corte di Cassazione, 05-08-1997, n. 7197, in *De Jure*, ma, come già ricordato, la definizione è ormai assodata (cfr. ad es. Corte di Cassazione, 28-01-1995, n. 1040, in *De Jure*; Corte di Cassazione, 24-03-1998, n. 3083, cit.; Corte di Cassazione, 09-12-2002, n. 17534, in *De Jure*; Corte di Cassazione, 23-09-2004, n. 19144, in *De Jure*; Corte di Cassazione, 29-09-2004, n. 19563, in *De Jure*; Corte di Cassazione, 22-02-2005, n. 3579, in «Rep. del Foro it.», 1740, n. 467; Corte di Cassazione, 17-05-2005, n. 10340, in *De Jure*, 2005, 265; Corte di Cassazione, 14-08-2007, n. 17698, in *De Jure*; Corte di Cassazione, 08-10-2008, n. 24830, in *De Jure*). La prima sentenza che tentò di mettere in schematica evidenza i «requisiti» della presupposizione fu, a quanto consta, Corte di Cassazione, 31-10-1989, n. 4554, in «Rassegna giuridica dell'energia elettrica», 1991, pp. 523-534. La definizione si rinviene in diverse opere di dottrina che proprio da essa prendono le mosse. Si v. a titolo esemplificativo: M. Serio, voce *Presupposizione*, cit., p. 297; V. Roppo, *Il Contratto*, cit., p. 1039. Diversamente C.M. Bianca, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000-2004, p. 466 che definisce la presupposizione come «quei fatti o circostanze che, pur non attenendo alla causa del contratto o al contenuto delle prestazioni, assumono un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale». Bianca distingue, quindi, tra presupposti causali del contratto e presupposti oggettivi ai quali sarebbe da ricondurre la tematica della presupposizione. Rinviando oltre per la discussione di tale specifica presa di posizione (ritenuta non in linea con le ultime evoluzioni in materia di causa in concreto da V. Roppo, *Causa in concreto: una storia di successo?*, cit., p. 966 e p. 968 sg.) si rileva che ad essa mostra di aderire *ad abundantiam* (aggiungendo ulteriori ampliamenti di prospettiva) Corte di Cassazione, 25-05-2007, n. 12235,

Con tale definizione la giurisprudenza ha dunque inteso valorizzare principalmente due aspetti.

Un primo aspetto è relativo alla estraneità della sopravvenienza al contenuto obbligatorio del contratto e alla responsabilità delle parti (sulla verifica della circostanza presupposta), nel senso che non vi debba essere una responsabilità delle parti rispetto alla causazione della sopravvenienza. Il contratto o la legge non devono prevedere la circostanza presupposta come obbligo di una delle parti, né vi deve essere una possibilità delle parti di incidere sulla esistenza o inesistenza del presupposto stesso.

Un secondo aspetto è costituito dalla essenzialità del presupposto inteso come situazione di fatto o di diritto avente 'valore determinante' ai fini del permanere del vincolo contrattuale o di una sua specifica clausola. Si tratta di una definizione in qualche modo poco pregnante, per il semplice fatto che, fissato il carattere della estraneità, la natura di presupposto del contratto di una certa circostanza non può che essere rimessa all'indagine del caso concreto⁵⁹. L'essenzialità come criterio giuridico è infatti norma del tipo 'clausola generale'⁶⁰, come dimostrano le svariate fattispecie che a tale requisito ricollegano la rilevanza giuridica di un accadimento⁶¹.

in *De Jure*, che riconduce, senz'altro aggiungere, i noti *coronation cases* (al di là di quanto affermato dal Bianca) alla causa del contratto e non ai presupposti del contratto stessi, come pure si soleva fare nella più diffusa dottrina. La questione sarà ripresa più avanti.

⁵⁹ V. infatti M. Ambrosoli, *Presupposizione e gravità della turbativa*, in «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 2/2014, p. 437 sgg.

⁶⁰ Sulle funzioni e sulle tipologie delle norme del tipo 'clausola generale', fra i tanti approfondimenti, possono vedersi: A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1984, p. 59 e sgg.; C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1986, p. 21 e sgg., e, nello stesso numero della rivista, L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, p. 5 sgg.; P. Rescigno, *Appunti sulle "clausole generali"*, in «Riv. Dir. Civ.», 1998, p. 1 e sgg.; S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1987, p. 709 e sgg. e Id., *Le clausole generali*, in G. Alpa, M. Bessone (diretto da), *I contratti in generale*, in W. Bigiavi (fondata da), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Utet, Torino, 1991, p. 406 sgg.; L. Cabella Pisu, L. Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Cedam, Padova, 1998; V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, e ivi la amplissima bibliografia citata sul tema: «*pressoché tutta quella rilevante*», per R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, in E. Cicu, F. Messineo (diretto da), L. Mengoni, P. Schlesinger P. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 57 in nota.

⁶¹ La legge parla di essenzialità, ad esempio, a proposito dell'errore, quale requisito per la sua capacità invalidante (art. 1428-1429 c.c.). Ancora, il termine entro il quale deve eseguirsi una certa prestazione contrattuale è causa di risoluzione *ex lege* del contratto quando è «essenziale nell'interesse dell'altra parte» (1457 c.c.); l'azione di garanzia nella vendita, può farsi valere oltre che per la mancanza delle qualità promesse, anche per quelle «essenziali per l'uso cui è destinata» (1497 c.c.). La legge si richiama alla forza «determinante ai fini del consenso» in materia di dolo, per distinguere il *dolo causam dans* da quello meramente *incidens* (1439-1440 c.c.), invalidante essendo il solo dolo «determinante del consenso». La disciplina del dolo e del termine essenziale consentono di avvicinare, se non equiparare, ciò che ha forza determinante 'del consenso' con ciò che è essenziale. V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 783 sgg. Vi sono però distinzioni in dottrina. Ad esempio, distinguono a proposito dell'errore, l'errore determinante dall'errore essenziale, C. Turco, *Diritto Civile*, I, Torino, 2014, p. 572 e A. Cataudella, *I contratti, parte generale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 92 sgg. Tuttavia, pur distinguendo in astratto, l'A. da ultimo citato ritiene che l'errore essenziale sia sempre determinante del consenso, mentre Turco opina che vi possa essere una discrasia tra i due caratteri.

La inutilizzabilità della prestazione

Si tratta di un profilo che l'elaborazione giurisprudenziale ha chiarito solo in parte. Il presupposto contrattuale è infatti presupposto della intera pattuizione. Per ricondurre il presupposto – la cui consistenza interessa principalmente ed essenzialmente una delle parti – al piano del contratto, la giurisprudenza ha affermato come lo stesso debba essere necessariamente «comune alle parti»⁶² in quanto sorta di «ragione unica o principale della pattuizione»⁶³. È dunque sempre il passaggio dal piano della mera rilevanza soggettiva a quella oggettiva, di «giustificazione dell'intero contratto», che consente di attribuire rilevanza – essenziale – ad una presupposizione contrattuale⁶⁴. Il requisito della comunanza alle parti ha tuttavia mostrato più di una incertezza, se si pensa alle ipotesi nelle quali si è ammesso che potesse essere sostituito da un dovere di conoscenza secondo diligenza⁶⁵. In questi casi, centrale è stato il riferimento al dover essere, e dunque alla necessità di considerare quale fosse il comportamento dovuto, alla stregua di un canone oggettivo di ragionevolezza. E an-

⁶² In giurisprudenza è costante il riferimento al presupposto comune. Si v. ad esempio Corte di Cassazione, sent. 05-01-1995, n. 191, in *De Jure*, in cui è affrontata in modo particolarmente esteso, sotto il profilo argomentativo, la questione della rilevanza della comunanza del motivo: «Ai fini della sussistenza e della rilevanza della 'presupposizione', occorre, poi, – e sul punto le opinioni in dottrina non divergono in modo notevole – che il presupposto oggettivo del contratto, come sopra inteso, sia comune a tutti i contraenti, occorre, cioè, che tutti i contraenti si siano rappresentati la medesima circostanza e consapevolmente l'abbiamo tenuta presente come presupposto, alla cui esistenza e persistenza è subordinato rispettivamente l'esistenza ed il permanere del vincolo contrattuale (è questa la c.d. 'base negoziale soggettiva', teorizzata originariamente dalla dottrina germanica; come si vede, l'elemento, per così dire, soggettivo della presupposizione non richiede la esistenza di una comune 'volontà' delle parti contraenti, anche se non è, però, sufficiente a costituirlo la pura e semplice rappresentazione, da parte dei contraenti, della situazione di fatto o di diritto assunta come presupposto oggettivo del contratto, occorrendo anche la consapevolezza – e, con essa, il riconoscimento – di una parte della importanza determinante, ai fini della esistenza e della persistenza del vincolo contrattuale, attribuita dall'altra parte alla circostanza – presupposto». Riferimento al presupposto comune, di recente si ritrova in Corte di Cassazione, 25-05-2007, n. 12235, cit. La costruzione risente inevitabilmente della elaborazione della presupposizione in termini di volontà negoziale, nell'idea che il motivo (soggettivo) comune, in quanto comune, possa divenire parte oggettiva del contratto. Questa è l'impostazione che si ricava dalla più risalente dottrina (tra i molti, si v. le autorevoli posizioni di: V. Pietrobon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1963, p. 510, che considera appunto la «presupposizione come il motivo comune del contratto»; F. Martorano, *"Presupposizione" ed errore*, cit., che invece ritiene comune non il motivo, ma il «fondamento della valutazione» di ciascuna delle parti, da trattare come fattispecie di errore sul motivo – pp. 103-104; e lo stesso G.B. Ferri, *Causa e tipo*, cit., ha sostenuto, argomentando in base alle ipotesi in cui la legge attribuisce rilevanza espressa al 'motivo', che il motivo lecito, comune e determinante del contratto, avrebbe avuto rilevanza generale per l'ordinamento, almeno per ciò che riguardava propriamente i contratti. Prendendo spunto dall'art. 1345 c.c. si viene così ad affermare che «è l'essenzialità del motivo, non la sua illiceità che rende il motivo rilevante» – p. 382), e anche dalla giurisprudenza che, per vero, anche di recente fa riferimento al motivo comune: per due esempi, Corte di Cassazione, 11-08-1990, n. 8200, in *De Jure* e ancora 29-09-2004, n. 19563, in *De Jure*, secondo cui la presupposizione può essere considerata come un caso di «motivo determinante la volontà negoziale».

⁶³ In cui si sostanzia l'errore essenziale, con una contaminazione della disposizione dell'art. 1429, c. 1, n. 4, c.c. in materia di errore di diritto, rilevante «quando [...] è stato la ragione unica o principale del contratto».

⁶⁴ Ed infatti, quale testimone di questa vocazione obiettivizzante, si può menzionare la constatazione che il motivo comune «si obiettiva e diventa, quindi, suscettibile di essere apprezzato dall'ordinamento», C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto*, cit., p. 289.

⁶⁵ Cfr. Corte di Cassazione, sent. 05-01-1995, n. 191, cit. ove si è fatto riferimento alla circostanza che l'altro contraente conosceva o «doveva conoscere» l'esistenza del presupposto.

cora, il riferimento alla ‘ragione unica o principale della pattuizione’, pur potendo essere visto come ricostruzione della volontà delle parti, si è spesso tradotto in una ricerca della volontà ipotetica delle parti (cosa avrebbero pattuito se avessero previsto; ovvero, come avrebbero potuto gestire il caso poi concretizzatosi), finendo con il richiedere, anche in quest’ambito, la necessità di un riscontro oggettivo, fondato su parametri di ragionevolezza e di buona fede.

Questa elaborazione incide inevitabilmente sulla categoria dell’inutilizzabilità. È pur vero che la continuità tra presupposizione e inutilizzabilità è taciuta dalla giurisprudenza da cui siamo partiti. Si tratta, però, di un silenzio che non incide sulla possibilità di scorgere il medesimo meccanismo di decisione, fondato, per quanto attiene l’inutilizzabilità, su ragioni schiettamente oggettive. Non si statuisce più che le parti hanno previsto, o voluto, o si sono rappresentate con certezza⁶⁶ che il contratto sia stato stipulato per una certa utilità; si afferma che il contratto, che ha una sua ‘causa concreta’ specificamente volta a realizzare tale utilità, e che, risultando oggettivamente inidoneo a tale realizzazione, è perciò caducabile. La ricerca del carattere della essenzialità del presupposto è perciò sostituita, nella categoria dell’inutilizzabilità, dall’accertamento della causa concreta.

Tanto è confermato proprio dalla pronuncia resa nel caso della inutilizzabilità della prestazione dell’appaltatore dell’intervento ERP da ultimo considerato, ove l’essenzialità è stata richiamata come attributo della «finalità [essenziale] in cui consiste la causa concreta del contratto». Può dunque dirsi che solo l’utilizzabilità che possa dirsi essenziale, o co-essenziale, al contratto e alla sua funzione, potrà avere un rilievo giuridico; solo l’essenzialità di una certa possibilità di utilizzo della prestazione può far sì che essa caratterizzi la causa concreta del contratto.

Se questo è certamente un aspetto che lega le due figure, si ripropone l’annosa questione del come valutare se certe utilità (o certi presupposti) abbiano valore essenziale ai fini del mantenimento in vita del contratto. Nelle decisioni osservate, sembra sfuggire all’interprete il passaggio dalla dimensione della ‘mera rilevanza’ dell’interesse nell’ambito della obbligazione alla sua ‘rilevanza determinante’ sul piano dell’obbligazione e, soprattutto, sul piano contrattuale.

I casi discussi ci mostrano ipotesi in cui questa estensione è stata ritenuta plausibile: la funzionalità della pretesa creditoria era tale e di tale importanza da condizionare l’intero rapporto contrattuale. Si è visto però che il giudicante ha avuto, nel caso dei *package*, il supporto del contesto normativo e socio-economico. Nel caso dell’appalto ERP, invece, l’essenzialità è stata ricavata da un fattore di disequilibrio e da un fattore di riduzione della utilità complessiva del contratto, oltre che da un elemento di incertezza nella stessa possibilità di esecuzione della parte di prestazione rimasta possibile. Criteri dunque variegati e diversi fra loro i quali, tuttavia, hanno condotto ad un medesimo risultato: lo scioglimento del contratto per causa non imputabile alle parti con applicazione tendenzialmente consolidata dell’art. 1463 c.c.

La questione centrale, dunque, torna ad essere quella precedentemente già indicata: la valorizzazione di una certa utilità contrattuale, assicurata dal contratto, e la sua rilevanza sull’intero vincolo contrattuale. L’analisi della casistica mostra che ta-

⁶⁶ Cfr. la definizione della presupposizione offerta dalla giurisprudenza citata più sopra nel testo.

le valutazioni potrà non essere così cristallina⁶⁷, col rischio di infrangersi sul principio regolare di vincolatività del contratto. Se non si vuole considerare una ‘deviazione anomala’ dal corso dell’evoluzione giuridica dei concetti la figura dell’inutilizzabilità della prestazione, sembra utile la messa alla prova dello strumento tramite la formulazione di un’ipotesi di estensibilità del rimedio. Si cercherà quindi di mantenere ferma la costruzione proposta dalla giurisprudenza, mettendola alla prova con un caso di contrattazione sinallagmatica con ‘finalità turistica’.

6. Opportunità di saggiare il rimedio: il caso della locazione turistica

Si può prendere spunto dai casi analizzati resi in materia di *package*, nei quali è stato per la prima volta utilizzata la categoria. Ciò a prescindere dagli elementi che si sono visti supportare la valorizzazione della rilevanza degli interessi creditori concreti, che deporrebbero per la inidoneità di quelle fattispecie a fungere da esempio. Infatti, proprio nel confronto con tale ipotesi è possibile saggiare concretamente i limiti della costruzione giurisprudenziale e la necessità di sua esatta collocazione nel sistema.

Il punto è se la giurisprudenza e la legge tutelino – assegnandogli rilevanza – l’interesse turistico in cui si compendia la causa del contratto di viaggio tutto compreso (interpretazione estensiva); ovvero, piuttosto, sia tutelato il contratto di viaggio ‘tutto compreso’ (considerate anche le norme protettive di origine comunitaria) nel quale si ravvisa anche, un interesse turistico (interpretazione restrittiva)⁶⁸. La Corte di Cassazione nelle sentenze sul *package*, ricorrendo al criterio distintivo del ‘tipo contrattuale’, dichiara espressamente privi di finalità turistica (rilevante oggettivamente) altri contratti di organizzazione e intermediazione di viaggio, pur simili, quali quelli riconducibili alla Convenzione di Bruxelles⁶⁹.

⁶⁷ Si v. infatti il caso di Corte di Cassazione, 09-11-1994, n. 9304, in *De Jure*, avente ad oggetto l’acquisto di un forno per panificazione, inutilizzabile dal compratore per diniego da parte del ‘*Princeps*’ dell’ampliamento dei locali in cui lo stesso forno doveva essere collocato. Il caso è citato da molti come antecedente – negativo – della «impossibilità di utilizzazione», in quanto il giudice ritiene – non a torto – che la mancata autorizzazione all’ampliamento sia un fatto «che riguarda» il solo creditore-compratore. Il ragionamento svolto sembra, a bene vedere, incentrarsi più che altro sull’analisi dei rischi contrattuali, in relazione ai contratti traslativi. Eloquente è anche il caso deciso da Corte di Cassazione, 04-05-2015, n. 8867, in *De Jure* (avente ad oggetto la sottoscrizione di un corso di studio di lingua inglese, non fruito dal creditore per malattia, poi sfociata in morte, della propria figlia, risolto nel senso della irrilevanza della sopravvenienza in quanto mera difficoltà soggettiva). Sul caso si tornerà nel corso del Cap. 2, in relazione alla necessità di distinguere la possibilità dalla utilizzabilità.

⁶⁸ Sembra questa la posizione di E. Bacciardi, *Vendita di autocaravan e risoluzione per inadempimento: è risarcibile la perdita della vacanza «immaginata»?», nota a Corte di Cassazione, 9-10-2012, n. 17117, in «Resp. civ. prev.» 2013, p. 504, che valorizza tali interessi di tipo non patrimoniale come un *proprium* del package, in relazione al danno ‘da vacanza rovinata’, dunque non risarcibile al di fuori di tale tipologia (l’A. critica quindi l’apertura che sarebbe rinvenibile nella citata pronuncia, che sembra invece aprire alla tutela di un «interesse non patrimoniale alla vacanza» in un contratto del tipo vendita).*

⁶⁹ Su cui si rimanda alle considerazioni già svolte sopra alle note 20 e 22.

Ma un tale ragionamento non convince appieno⁷⁰, soprattutto se si ragiona in termini di funzionalità obiettiva (concreta) del contratto, che pure costituisce l'argomento che la giurisprudenza introduce e ribadisce vigorosamente. Se si ritiene di escludere 'a priori' che altri contratti possano avere una tale finalità ed essere esclusi dall'applicazione dei medesimi principi, gli esiti ci sembrano essere i due seguenti: o vi sono elementi tali da far considerare che il *package* abbia una idoneità intrinseca e 'unica nel suo genere' alla soddisfazione dello specifico interesse creditorio alla vacanza; oppure le argomentazioni spese dalla Corte di Cassazione sono del tutto inidonee non solo a fondare un argomento valido per altre consimili fattispecie, ma anche prive di rilievo per fondare quelle stesse decisioni che vengono risolte invocando la causa concreta come giustificazione di un rimedio radicale quale l'art. 1463 c.c.

La questione è centrale, e finisce per coinvolgere il contenuto stesso della causa intesa in senso concreto: se si intende in senso restrittivo, infatti, il ricorso alla 'funzione concreta' da parte della giurisprudenza, quanto meno rispetto alla irrealizzabilità dell'interesse creditorio, dovrebbe essere ridimensionato⁷¹.

Un banco di prova per affrontare gli aspetti problematici testé menzionati e, dunque cercare di cogliere l'estensibilità della nuova giurisprudenza, può essere allora quello di mettere alla prova una 'causa concreta turistica' ad altri contratti che condividano tale concreta funzione. Interpretando coerentemente gli sviluppi giurisprudenziali che si muovono nell'ottica di attribuire maggiore rilevanza alla funzione concreta del contratto, si dovrebbe poter almeno formulare un'ipotesi di lavoro nella possibilità che vi sia un'estensione dei principi giuridici affermati e che dunque la causa – qui veramente – concreta del contratto possa avere un ruolo sulla gestione delle sopravvenienze contrattuali.

Per valutare la potenzialità espansiva della giurisprudenza sull'impossibilità di utilizzazione della prestazione, può farsi un'ipotesi di immediata percezione. Si pensi, ad esempio, al caso della locazione per finalità turistiche⁷², come potrebbe essere la locazione, anche fra privati, di un appartamento per breve periodo in una nota località sciistica (laddove un evento sopravvenuto impedisca la possibilità di praticare lo sci da pista). Le sentenze rese in tema di *package*, ammessa per ipotesi la rilevan-

⁷⁰ V. la menzionata critica di R. Pasquili, op. loc. ult. cit. Similmente e chiaramente L. Delli Priscoli, op. ult. cit., p. 352. La valorizzazione della distinzione dei *package* dai contratti di organizzazione e intermediazione conferma decisamente la ricostruzione in termini prevalentemente astratti del profilo causale.

⁷¹ Si confermerebbe così l'impostazione critica di cui si fa portatore V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo?*, cit. Nello stesso senso, M. Martino, op. loc. ult. cit.

⁷² Sul punto, su v. F. Trifone, *Locazione ad uso di abitazione*, in V. Cuffaro (a cura di), *I contratti di utilizzazione dei beni*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei Contratti*, Vol. 9, Utet, Torino, 2008, p. 91 sgg.; nel medesimo Trattato (vol. 13), lo stesso V. Cuffaro, *Le locazioni turistiche*, in F. Delfini, F. Morandi (a cura di), *I contratti del turismo*, Utet, Torino, 2010, p. 119 sgg.; M. Trimarchi, *La locazione*, in P. Perlingieri (a cura di), *Tr. Dir. Civ. Cons. Naz. Notar.*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 92 sgg.; F. Tomasso, *I contratti abitativi del turismo*, in S. Patti (a cura di), *Il nuovo diritto delle locazioni abitative*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 109 sgg., ove compare il riferimento allo «scopo di piacere o svago» fatto proprio dalla giurisprudenza sul *package*. Alla locazione in genere (non dunque a quella 'turistica') fa riferimento S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, cit., par. 3, nella sua «seconda obiezione» o «chiosa» alle sentenze del 2007.

za di una medesima ‘funzione turistica’ anche nel caso della locazione, dovrebbero far ritenere che si abbia identità di trattamento nel caso di impossibilità di utilizzazione del bene per la funzione turistica cui il bene stesso era stato destinato.

Dunque, seguendo il ragionamento svolto dalla giurisprudenza sopra citata, e ammesso che un contratto di locazione possa avere effettivamente una ‘finalità turistica’⁷³, specificata come finalità turistica sciistica⁷⁴, l’impossibilità sopravvenuta di godere di tale finalità, per eventi non imputabili alle parti, potrebbe determinare un vizio funzionale del contratto.

Eppure, vi sono delle differenze palesi che impediscono di porre le due ipotesi sul medesimo piano o quanto meno impediscono di farlo senza operare alcune importanti precisazioni. Centrale è, in primo luogo la constatazione che la locazione non ha ‘di per sé’ una funzione turistica come invece viene ricostruito per il tipo contrattuale del *package*. In un caso in cui il contratto si riconosca naturalmente dotato di una certa funzione, la questione degli interessi rilevanti risulta essere già risolta a monte.

Nel caso dei *package*, si è visto come ragionare in termini di causa in concreto abbia consentito di estendere l’ambito degli interessi rilevanti⁷⁵ proprio perché tale

⁷³ Per ‘finalità turistica’ sembra possa intendersi, anche in questo caso, una finalità puramente ‘ricreativa, di svago, o di istruzione’, diversa da quella di abitazione primaria, di lavoro o di studio. Oltre alle sentenze del 2007, si ritrovano affermazioni in questo senso anche di recente, proprio con riferimento alla finalità turistica nel contratto di locazione: cfr. T. Modena, sent. 31-01-2013, in *De Jure*. Le diverse opinioni sulla latitudine della finalità turistica, con i relativi dubbi sulla portata ampia ovvero ristretta, sono riportate da M. Trimarchi, *La locazione*, cit., pp. 92-93.

⁷⁴ Ovvero diversamente specificata. La questione sarà ripresa *funditus* più oltre.

⁷⁵ In materia si v. anche Corte di Cassazione, 24-07-2007, n. 16315, cit., ove si è decretato che la presenza di un’epidemia nel luogo di destinazione non consentiva di godere del viaggio: «L’epidemia di *dengue* emorragico costituisce infatti evento determinante non già il deterioramento o la riduzione della prestazione (v. Cass., 17/7/1987, n. 6299) bensì il venir meno del normale standard di sicurezza sanitaria del luogo di esecuzione della prestazione turistica. Nella situazione nel caso determinatasi, certamente non deponete per la normalità delle condizioni igienico-sanitarie dell’Isola di Cuba, l’esecuzione della prestazione turistica è venuta a risultare infatti comunque inidonea al soddisfacimento dell’interesse del V. al godimento della vacanza ‘tutto compreso’ nei suoi molteplici aspetti di relax, svago, culturali, ecc., pienamente godibili solamente in presenza delle imprescindibili condizioni di sicurezza sanitaria, secondo i normali standard del luogo di destinazione prescelto, come dai Giudici del merito correttamente posto in rilievo nel sottolineare che l’accertata sussistenza di “focolaio endemico non [...] ancora completamente debellato” non rispondeva alla “necessità di assicurare che quella vacanza sarebbe stata poi fruita in condizioni di ordinaria tranquillità, secondo i canoni di valutazione propri di un turista medio”. Tale mancanza ha nella specie inciso, in termini di relativo venir meno, sull’interesse creditorio del suindicato acquirente del ‘pacchetto turistico’, con conseguente sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta del contratto de quo dal medesimo stipulato». Si sono dunque considerati interessi rilevanti anche quelli corrispondenti al fruire di «condizioni di ordinaria tranquillità, secondo i canoni di valutazione propri di un turista medio». Leggendo la motivazione viene da osservare che, più che la tranquillità, fosse in realtà la «normalità igienico-sanitaria» del luogo di destinazione uno dei requisiti della esattezza della prestazione debitoria. Sembra, quindi, che nella prestazione turistica del pacchetto di viaggio, se la destinazione comporti un rischio anomalo (dunque sia più rischiosa rispetto allo stato di fatto esistente e conosciuto al momento della prenotazione), è la prestazione stessa che diviene impossibile, in quanto inidonea ad assicurare lo standard di sicurezza e la conformità alle aspettative del consumatore-turista. Tali aspetti sembrano scivolare più propriamente nel campo delle obbligazioni dovute, quali standard di qualità di un certo servizio. Ancora più evidente tale estensione si osserva in un caso in cui le acque marine della località di villeggiatura risultavano non balneabili a causa di un’invasione di alghe. In

contratto nasce e vive essenzialmente per svolgere una funzione turistica. E, ancora, la qualità professionale del soggetto che stipula un tale contratto incide necessariamente sulla ricostruzione della funzione, essendo egli appunto un operatore del settore turistico.

Fuori dal package, invece, le menzionate finalità turistiche non possono considerarsi intrinseche – dunque oggettive, costanti – della funzione contrattuale. L'esistenza e la rilevanza di una analoga finalità turistica nel contratto di locazione, ipotesi dalla quale siamo partiti, sempre ove se ne ammetta la rilevanza, andrà quindi 'necessariamente verificata in concreto', valutando la qualificazione data dalle parti, il contenuto del contratto, ed ogni altro elemento utile⁷⁶. Si pone, in sostanza, una questione schiettamente interpretativa del contratto: è grazie al processo di interpretazione che si può arrivare a cogliere quale sia l'oggetto del contratto, quale sia la sua funzione, quali siano le regole contrattuali e legali di ripartizione dei rischi contrattuali. È dunque solo di essa che potrebbe rilevarsi il carattere determinante di una certa utilità contrattuale, idonea ad incidere sulla sua funzione concreta.

La conferma della diversità tra le due ipotesi sembra derivare da un ulteriore elemento, costituito dal dato normativo dell'art. 1, c. 2, lett. c) della L. 431/98, con cui è fatta espressa regolazione di una locazione 'per finalità turistiche'⁷⁷. Infatti la 'finalità turistica' presa in considerazione dalle norme speciali non sembrerebbe avere funzioni ulteriori da quella di consentire una deroga al regime speciale 'di protezione' in cui si articola l'intero impianto normativo locativo⁷⁸; non costituirebbe in sostanza, un'ipotesi di previsione legale di una causa turistica, nel senso inteso dalla nuova giurisprudenza sulla inutilizzabilità della prestazione.

quel caso, il «mare pulito», la bellezza del paesaggio e la possibilità di balneazione del mare sono stati ritenuti aspetti rilevanti e dunque co-essenziali, della funzione turistica di un pacchetto di viaggio in Tunisia. Così Corte di Cassazione, 24-04-2008, n. 10651, cit. Le decisioni cennate, mostrano, peraltro, una tendenza della giurisprudenza rispetto ai contratti di viaggio 'tutto compreso' a considerare quale componente rilevante del contratto una possibilità effettiva di godere di tutte le facoltà che il luogo di destinazione può offrire nella normalità dei casi; quantomeno delle facoltà caratteristiche. Si tratta di una tendenza che sembra trovare buona giustificazione nella regolazione normativa del *package*, con la previsione di svariati obblighi precontrattuali e contrattuali e nel fatto di fornire un 'prodotto completo'. Sembra quindi che si assista, in quel caso, alla ricostruzione di un'obbligazione 'di risultato' o comunque ad alto grado di diligenza, così da assicurare maggiori diritti al consumatore. Proprio in Corte di Cassazione, 24-04-2008, n. 10651, cit., compare il riferimento alla «obbligazione di risultato». Un collegamento diretto tra tutela dell'interesse turistico e obbligo di diligenza correlativo è espressamente richiamato da Corte di Cassazione, 11-12-2012, n. 22619, in *De Jure*. Nota – criticamente – una contaminazione tra componente propriamente oggettiva (ossia relativa all'oggetto contrattuale) e argomento causale nei casi *de quibus*, V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo?*, cit., p. 970.

⁷⁶ Nel rapporto con il *package* si ripropongono, in fondo, le questioni che sorgono nel rapporto tra contratto tipico e atipico, in relazione alla funzionalità del contratto: il tipo fa presumere *juris tantum* una certa funzione/funzionalità contrattuale; il contratto atipico impone invece di indagarla in concreto. Su questi profili è d'obbligo, ancora una volta, il riferimento a G.B. Ferri, *Causa e tipo*, cit. Una trattazione ampia più recente si trova in C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, cit.

⁷⁷ Oggi, il riferimento normativo, deve essere integrato con le previsioni del Codice del turismo di cui agli artt. 52 e 53.

⁷⁸ V. infatti l'art. 53 Cod. Tur., laddove si prevede che «Gli alloggi locali esclusivamente per finalità turistiche, in qualsiasi luogo ubicati, sono regolati dalle disposizioni del codice civile in tema di locazione». Nota questo aspetto M. Trimarchi, op. loc. ult. cit.

La inutilizzabilità della prestazione

Ciò nonostante la previsione legale può comunque servire a fornire qualche spunto argomentativo ulteriore.

In primo luogo, essa richiede che l'interprete si interroghi sulla valenza soggettiva ovvero oggettiva – o entrambe – della 'finalità turistica': si tratta di un caso 'eccezionale' di rilevanza del motivo contrattuale⁷⁹, o, al contrario, della conferma di una diversa 'regola' che il motivo, in certe ipotesi, possa avere una valenza oggettiva, e dunque rilevare sul piano causale – concreto – del contratto⁸⁰?

In dottrina si è assegnata a tale previsione una connotazione prevalentemente soggettiva, ma ammettendo, con una cadenza già menzionata, che il suo essere comune alle parti ne elevi la natura a elemento oggettivo del contratto⁸¹. In altre parole, si afferma che l'esplicitazione nel contratto di tale finalità la renda per ciò comune alle parti⁸² così facendola assurgere ad elemento funzionale del(-l'intero) contratto⁸³.

Se così è si può allora instaurare un parallelo con il caso dei package. Si dovrebbe quindi ritenere che la scelta del regime legale locatizio produce effetti anche sulle sopravvenienze che incidono sulla realizzabilità della funzione contrattuale turistica. Così argomentando, l'impossibilità sopravvenuta, per qualunque causa, purché non imputabile, di godere e utilizzare il bene per la funzione turistica convenuta può costituire causa di risoluzione del contratto per inutilizzabilità sopravvenuta.

⁷⁹ Che si tratti un caso di rilevanza del motivo comune è rilevato da V. Cuffaro, *Le locazioni turistiche*, cit., p. 121 sgg.

⁸⁰ Per questa argomentazione, si vedano i cenni fatti *supra* alla nota 62, e *infra*, alla nota 82.

⁸¹ V. Cuffaro, op. loc. ult. cit.

⁸² Del fatto che la finalità condivisa possa assurgere ad elemento funzionale del contratto, si trova traccia lungo tutto il percorso di elaborazione dottrinale sui motivi contrattuali, citata *supra*. V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 398. Per una affermazione giurisprudenziale del principio può leggersi Cass. n. 975/1995 laddove si afferma che «nella realtà viva delle contrattazioni, l'interesse di una parte... ove compresente all'altra ed anzi da questa alimentato, potrebbe anche con ciò, obiettivizzarsi nella causa negoziale, intesa come funzione pratica che le parti hanno effettivamente assegnato al loro accordo». Il caso riguardava l'abbonamento di un tifoso del Torino sottoscritto a seguito delle dichiarazioni del presidente della società sportiva di non cedere un famoso giocatore (il Lentini), 'pezzo di pregio' e 'idolo dei tifosi' della squadra. Una volta ceduto il giocatore, il tifoso vuole annullare il suo abbonamento, consideratosi ingannato dalle dichiarazioni di chi, conoscendo l'influenza della presenza del giocatore nella squadra, rimandava il più possibile la comunicazione delle informazioni in suo possesso in relazione alla volontà della dirigenza della squadra di cessione del Lentini. E la Cassazione cassa la sentenza del conciliatore, riconoscendola basata su un'aprioristica distinzione tra causa e motivi, quando invece, appunto, in quel caso si doveva valutare tutti i comportamenti rilevanti, ammettendo che il dolo possa incidere sui motivi e che, soprattutto, questi possano incidere sulla *funzione pratica* assegnata dalle parti al loro accordo.

⁸³ V. Cuffaro, op. ult. cit., p. 123, ritiene che si abbia locazione turistica non perché un bene è intrinsecamente dotato di tale vocazione (elemento che può confortare oggettivamente tale destinazione), quanto perché le parti – soggettivamente – «stipulano il contratto di locazione per tale motivo ad essi comune». Motivo che, in quanto comune, come già visto, consentirebbe di assurgere ad un piano di oggettività, valutabile positivamente dall'ordinamento (nel caso di specie, anche tramite l'espresso riferimento normativo che consente di superare ogni dubbio in tal senso).

7. Segue: la funzione contrattuale specifica e la rilevanza dei criteri oggettivi per la sua individuazione

L'emersione di un'innegabile connotazione anche soggettiva della finalità turistica (sia pur necessariamente oggettivata, anche per il tramite della indicazione nel contratto della finalità per la quale lo stesso è stipulato), consente di svolgere un'ulteriore precisazione in ordine al grado di specificità della funzione contrattuale.

La funzione turistica, in sé, è certamente 'generica'. Come si è potuto considerare, essa viene interpretata, per lo più, come funzione 'di svago' o 'di relax'. Dunque, la locazione turistica dovrebbe considerarsi una locazione che le parti soggettivamente conformano per la soddisfazione di interessi turistici, interessi diversi da quelli di studio, lavoro e, soprattutto, abitazione⁸⁴. Questa funzione potrebbe però essere anche ulteriormente specificata, in una eventuale finalità turistica 'specificata' (ad esempio proprio la finalità sciistica nel caso sopra fatto) intesa come destinazione del bene a un certo uso, alla realizzazione di un certo scopo. Un inquadramento in tal senso sembrerebbe costituire il portato naturale della giurisprudenza e della dottrina, laddove sembra ammettere la enucleazione di una finalità contrattuale specifica, intesa come destinazione dell'oggetto contrattuale alla realizzazione di un certo interesse specifico.

Del resto, viene ammessa la rilevanza della funzionalità specifica di un certo bene-prestazione in quanto funzione tipica oggettiva di un certo contratto. Sempre per quanto concerne il contratto di *package*, in un caso di viaggio con destinazione in località balneare, la Suprema Corte ha affermato la necessità della balneabilità delle spiagge del luogo di destinazione, invece inutilizzabili all'uopo⁸⁵.

Se il ragionamento della giurisprudenza potesse essere esteso, dovrebbe poter essere ammessa la rilevanza anche di funzioni atipiche, ma esistenti nel caso concreto, che le parti abbiano impresso al contratto. Potrebbe trattarsi, ad esempio, di funzioni contrattualizzate dalle parti stesse (ad esempio sotto forma di obbligazione, clausola condizionale o altro) o persino ricavabili dalle circostanze oggettive (di luogo di destinazione, o del tempo, o di altri caratteri oggettivi) che mettano in evidenza una determinata funzionalità. Quello che si intende dire è che nel contratto di locazione, come in ogni contratto che a ciò si presti, non dovrebbe restare esclusa la rilevanza di interessi ulteriori rispetto a quelli tipici. E tali interessi ulteriori potranno rilevare in quanto siano stati fatti oggetto di una pattuizione ovvero in quanto le circostanze obiettive del contratto portano l'interprete a ricostruire che un certo assetto di interessi non possa che essere determinato in conseguenza di tali circostanze obiettive⁸⁶.

⁸⁴ In questo senso è la definizione corrente. Con riferimento al contratto di locazione, Tribunale Modena, sent. 31-01-2013, cit.

⁸⁵ Corte di Cassazione, 24-04-2008, n. 10651, cit.

⁸⁶ Si pensi ad esempio, nella locazione turistica sciistica, il caso dell'albergo o dell'appartamento collocato sulle piste da sci, qualora gli impianti non funzionino per cause impreviste. In questo caso sembra difficile sostenere che la finalità turistica specifica possa essere certamente priva di rilevanza, salvo il residuo interesse naturalistico che la locazione potrebbe comunque conservare. La qualità delle parti è un dato che, in tale ipotesi, dovrebbe poter avere un qualche rilievo. Un'ipotesi ancora più concreta si ha

L'esempio portato trova riscontro nella casistica giurisprudenziale. Si consideri a tal proposito il seguente caso: un professionista prendeva in locazione una porzione di un terrazzo allo scopo, dichiarato ma non scritto, di collocarvi l'insegna pubblicitaria della propria 'impresa'⁸⁷. Dopo poco tempo dall'installazione, si era dovuto rimuovere l'impianto per ordine del Sindaco, non rispettando tale insegna le normative previste dal regolamento comunale⁸⁸. I Giudici ritennero che la destinazione specifica all'installazione, quantunque non espressa nel contratto, costituiva comunque un 'presupposto essenziale' del contratto, che pertanto, perduta la sua utilità, doveva ritenersi risolto.

Tralasciando alcune questioni non centrali poste dal caso di specie⁸⁹, anche in questa ipotesi viene in rilievo una scissione tra possibilità ed inutilità, ed emerge la diversità di piani tra funzione tipica del contratto (di locazione) e funzione concreta specifica attribuita dalle parti. Anche in questo caso, gli elementi oggettivi del contratto, quali soprattutto la natura del bene in oggetto (l'angolo di un terrazzo), la sua ubicazione (un angolo visibile dalla pubblica via) e la qualità delle parti (il conduttore era imprenditore) rendevano 'ragionevole' e 'normale' che la funzione di quello specifico contratto fosse di consentire al conduttore di collocare l'insegna sul terrazzo. Anche la concreta destinazione d'uso data dalle parti, quale contegno successivo alla conclusione del contratto viene ad assumere particolare rilievo nella ricostruzione del programma negoziale concreto (art. 1362, comma 2 c.c.).

In sostanza, lo specifico contratto di locazione in questione aveva, e non poteva non avere, quella funzione concreta. L'impossibilità di collocare l'insegna, o comunque di farlo legittimamente, rendevano il contratto privo della sua funzionalità concreta, o almeno di quella funzione che era essenziale-determinante per il conduttore e che non poteva che essere condivisa anche dal locatore⁹⁰.

nel caso in cui la finalità di svolgimento di certe attività di svago peculiari, il cui organizzatore è società avente sede nella località del soggiorno che chiude per il periodo e tale attività non è organizzata da nessun altro nelle vicinanze del luogo di destinazione (criterio della insostituibilità). Non è un caso che l'art. 1256 c.c., a proposito dell'impossibilità temporanea, faccia riferimento proprio al «titolo dell'obbligazione e alla natura dell'oggetto», quali canoni interpretativi della rilevanza dell'interesse alla conservazione del vincolo.

⁸⁷ Corte di Cassazione, 08-08-1995, n. 8689, in *De Jure*. Sempre in materia locatizia, si v. anche Corte di Cassazione, 22-09-1981, n. 5168, in «*Foro it.*», 1982, I, pp. 104-108 (locazione ad uso supermercato, inibito dalla mancata autorizzazione della PA) e C. Appello Roma 23/12/1967 (locazione di terreno per uso parco divertimenti, anch'esso inibito da una successiva ordinanza), sentenza citata da A. Belfiore, *La presupposizione*, cit., p. 152.

⁸⁸ Nella vicenda, il conduttore informa i locatori dell'accaduto, e dichiara senza forma il recesso. Dopo tre anni, viene convenuto in giudizio per il pagamento delle annualità relative ai tre anni e, dopo essere condannato in primo grado al pagamento, viene liberato dalla Corte di Appello la quale riconosce che le parti si erano indotte solo a quello scopo (l'impianto dell'insegna) alla stipula, e ciò costituirebbe un presupposto essenziale del contratto

⁸⁹ Il caso sembrerebbe configurare una sopravvenienza per *factum principis* (l'ordinanza di rimozione). Tuttavia, a ben vedere, il previgente regolamento comunale sulle installazioni pubblicitarie, rendeva la prestazione – quella prestazione – non lecita, e come tale originariamente invalida. Nota questo aspetto anche A. Belfiore, op. loc. ult. cit., spec. nota 67.

⁹⁰ Ragionando per assurdo: avrebbe mai il locatore accettato di locare tutto il terrazzo e perderne così la disponibilità? Egli, ha probabilmente fatto una valutazione, secondo la quale era conveniente per lui percepire un canone periodico in cambio della limitazione parziale del proprio diritto dominicale. Si trat-

Ammissa la rilevanza di una certa funzionalità specifica dell'obbligazione e del contratto, il momento della sua rilevabilità esterna ed oggettiva è dunque centrale. Gli elementi esterni oggettivi consentono di individuare un certo interesse, una certa utilità del contratto; occorre però che sia ricostruita la forza determinante di tale interesse sul vincolo giuridico.

Se ritorniamo al caso ipotetico da cui siamo partiti, la locazione sciistica, si dovrebbe poter ammettere che il non poter praticare l'attività sciistica per una causa sopravvenuta non imputabile alle parti, potrebbe essere un elemento rilevante per la concreta funzione turistica del contratto di locazione. E tanto, sia se le parti lo esprimono nel contratto, sia se da elementi oggettivi sia possibile ricavare una tale funzionalità specifica del contratto, come, appunto alcune caratteristiche spaziali o temporali dell'appartamento, o la qualità delle parti, in particolare del creditore.

Inevitabile a tal proposito è la considerazione dell'aspetto della normale pluralità di interessi che il contratto è volto a soddisfare. Una volta ammesso che l'interesse creditorio debba e comunque possa essere inteso in senso concreto, è evidente che esso potrà concorrere con altri interessi rilevanti, primo fra tutti quello – generico – sotteso alla prestazione ancora possibile⁹¹.

8. Segue. La questione delle utilità concorrenti. Criteri di valutazione. Precisioni sulla funzione specifica

L'ipotesi della locazione turistica consente di mettere in evidenza l'ulteriore aspetto, degli interessi creditori –normalmente – concorrenti, che restino pur sempre in vita a seguito del verificarsi dell'evento perturbatore. Anche in caso di mancata possibilità di utilizzazione del bene allo scopo contrattuale (nell'esempio, turistico), resta il fatto che il bene può ben conservare una sua utilità per il solo fatto di essere a disposizione del conduttore. L'ampliamento della rilevanza di certe funzioni contrattuali, non solo generiche, ma anche specifiche, accentua il problema di cosa accada al contratto ove non sia realizzabile una certa funzione, ma resti comunque possibile un diverso uso ad altri scopi⁹².

Ci si chiede dunque quale sia il rapporto tra finalità turistica – che può considerarsi, secondo quanto precisato, anche funzione turistica specifica – e altre finalità/funzioni che pure il contratto potrebbe essere diretto e comunque idoneo a realizzare⁹³. Tale interrogativo è evidentemente un momento essenziale per cercare di in-

terebbe di una sorta di servitù atipica obbligatoria, la cui impossibilità di esercizio rispetto alla destinazione d'uso contrattuale, rendeva privo di funzione il contratto.

⁹¹ Ed infatti, l'interesse all'obbligazione di consegna della cosa oggetto del contratto è per definizione ancora esistente, essendo l'obbligazione ancora possibile.

⁹² Nell'esempio fatto più sopra in ipotesi, non si potrebbe più usare il bene per la finalità sciistica, ma resterebbe pur sempre possibile ad esempio svolgere altre attività, o semplicemente usare il bene per un soggiorno montano: la finalità turistica generica resterebbe certamente possibile.

⁹³ In materia di locazione ad uso turistico, la l. 431/98, statuisce che tale locazione deve essere stipulata 'esclusivamente' per tale finalità. In giurisprudenza e in dottrina, conseguentemente, si ritiene che sia necessario che la «finalità turistica sia esclusiva; donde, in ipotesi di uso promiscuo dell'immobile da parte del conduttore la l. n. 431/1998 trova completa attuazione» (M. Trimarchi, *La locazione*, cit., p. 93; similmente anche N. Izzo, *La "seconda casa" nella disciplina ordinaria della locazione e nella nuova*

dividuare il criterio di rilevanza dell'interesse frustrato, e di valutarne il suo impatto sull'intero contratto.

La questione può essere analizzata prendendo le mosse da alcuni risalenti precedenti giurisprudenziali. Si tratta dei noti *coronation cases* inglesi, i quali furono resi in relazione alle domande di risoluzione per 'frustrazione'⁹⁴ di alcuni contratti di locazione stipulati in vista della parata di incoronazione di Edoardo VII; evento annullato pochi giorni prima per indisposizione del sovrano.

È noto anche che, mentre nel caso dell'affitto del balcone con affaccio sulla via di transito per assistere alla parata i Giudici ritennero risolto il contratto⁹⁵, diversa fu la decisione nel caso della locazione di una imbarcazione per assistere alla parata dalle acque del Tamigi⁹⁶, ritenendo in quel caso persistente una 'utilità residua' del bene – e del contratto – rispetto all'evento sopravvenuto⁹⁷. In sostanza, mentre la locazione *ad hoc* del balcone per un certo giorno e per una certa ora risultava priva di alcuna *valuable* utilità residua in mancanza della parata, diversamente fu a dirsi per la locazione dell'imbarcazione. La locazione della barca serviva infatti non solo per assistere alla parata navale, ma anche ed ugualmente per una «*cruise around the fleet*»; flotta che restava ammarata lungo il fiume ed era dunque visibile; e, ad ogni modo, la navigazione in sé aveva una potenziale residua utilità a prescindere dalla presenza della flotta. La possibilità residua di una crociera intorno alla flotta reale, nel caso di specie, non consentiva di ritenere del tutto 'inutile' il contratto, costi-

normativa del codice del turismo, in «Giust. Civ.», 2012, 1, p. 169). Ai fini dell'applicabilità delle norme speciali della l. 431/98 l'affermazione potrebbe avere una sua ragion d'essere posto che è in vista della deroga alle sue norme che si richiede una centralità dello scopo contrattuale, tale che qualora vi penetrino ragioni e finalità diverse, il regime speciale imperativo riprende il suo pieno spazio. Difficilmente però tale carattere può ritenersi implicitamente richiesto da ogni ipotesi di rilevanza della funzione del contratto, *in primis*, perché trattasi di requisito espressamente previsto, con finalità derogatorie di norme imperative. Dunque il carattere esclusivo non dovrebbe impedire che certi interessi assumano una qualche rilevanza giuridica sulle sorti del contratto. L'interpretazione letterale, anche per la sola funzione di deroga alle norme localitizie, è criticata da V. Cuffaro, *Le locazioni turistiche*, cit., p. 123, secondo cui il riferimento normativo avverbiale alla esclusività della finalità turistica sia «un mero rafforzativo della descrizione della fattispecie».

⁹⁴ Secondo la terminologia inglese: *frustration*. Nella categoria della *frustration* la scienza giuridica inglese ricomprende tanto i casi di impossibilità, materiale o giuridica, quanto i casi di irrealizzabilità dello scopo contrattuale, quanto, in generale, i casi di sopravvenienza perturbativa non riconducibili ad aspetti meramente quantitativi. Per un primo approfondimento sul punto, v. G.H. Treitel, *An outline of the Law of Contract*, Oxford, 2004, p. 350 sgg.; G. Alpa, R. Delfino, *Il contratto nel common law inglese*, Cedam, Padova, 2005, p. 199.

⁹⁵ Si tratta di *Krell v. Henry*, 2 K.B. 740, 1903. Può leggersi il caso in A. Burrows, *A casebook on contract*, Oxford, 2009, 679. Il caso è 'italianizzato', per lo più in terra senese (il balcone per il noto Palio cittadino), dalla maggioritaria letteratura manualistica italiana, quale esempio scolastico di presupposizione. Si v. F. Galgano, *Diritto privato*, Cedam, Padova, 2001, p. 362; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2009, p. 145; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2009, p. 941. Sull'evoluzione della giurisprudenza inglese in materia, di notevole interesse sono le pagine di M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 99 sgg.

⁹⁶ È il caso *Herne Bay Steamboat C. v. Hutton*, 2 K.B. 683, 1903. Può leggersi il caso sempre in A. Burrows, op. loc. ult. cit.

⁹⁷ È quanto ritenuto anche da G. Cheshire, C.H.S. Fifoot, M.P. Furmston, *Law of contract*, XVa ed., Oxford, 2007, p. 728: «the cruise around the fleet, which formed an equally basic object of the contract, was still capable of attainment».

tuendo tale possibilità comunque uno degli aspetti di interesse per il contratto stesso era stato stipulato⁹⁸.

Tra le varie prospettive che i casi testé richiamati consentono di cogliere⁹⁹, due di esse assumono particolare rilievo ai nostri fini: uno, già considerato, attiene alla centralità di un'indagine della funzionalità del contratto in senso oggettivo; un secondo, concerne la valutazione di quelle che si sono chiamate utilità residue del contratto¹⁰⁰. Balza agli occhi, ancora una volta, il riferimento a un canone di 'normalità

⁹⁸ Così infatti opina il Lord Justice (LJ) Vaughan Williams: «it does not seem to me that, because those purposes of the defendant became impossible, it is a legitimate inference that the happening of the Naval Review was contemplated by both parties as the foundation of the contract». Non era da considerare 'fondamento negoziale', secondo la felice formula coniata nel precedente *Taylor v. Caldwell* del 1863, proprio per la unilateralità dell'intento. Ritenere una valenza liberatoria avrebbe costituito, nel caso di specie, secondo il LJ *Romer* «in this contract any condition in favour of the defendant which would enable him to escape liability». Ancora, osservando più approfonditamente le argomentazioni di tale risalente arresto (che ha visto peraltro concordi i tre giudici della Court of Appeal), si può leggere, nelle parole del LJ *Romer*, che l'utilizzo dell'imbarcazione per assistere alla parata non costituiva «subject-matter of contract», cioè non apparteneva al perimetro oggettivo del contratto, non ne era, cioè, elemento costitutivo, e non rientrava tra le obbligazioni del locatore. Si trattava piuttosto di un *purpose* del conduttore, di un suo singolare motivo soggettivo che risulta irrilevante rispetto alla permanenza in vita del contratto. Non è superfluo ricordare che già nel precedente di *Taylor v. Caldwell*, (1863, Queen's Bench, 3 B.S. p. 826) anch'esso relativo ad un contratto di locazione (di un teatro e degli ampi giardini di Surrey) si era posto il problema della materiale possibilità della prestazione all'indomani della distruzione accidentale del teatro pochi giorni prima. Nonostante fosse ancora possibile la locazione dei giardini, la stessa era commercialmente diversa, e dunque impossibile nel senso del rispetto della «funzione economica del contratto» (a cui doveva ricondursi una condizione implicita di impossibilità, come opina il Giudice *Blackburn*). Su questi aspetti. G.H. Treitel, *An outline*, cit., p. 351. Sul caso *Taylor vs. Caldwell*, si v. anche A. Burrows, *A casebook*, cit., p. 674 sg. (ove si può leggere la opinione di Blackburn J sopra citata); v. anche M. Bessone, op. ult. cit., p. 190 sgg.

⁹⁹ Oltre un secolo di elaborazione giuridica non è trascorso invano: vi sono infatti delle considerazioni ulteriori che consentono di enucleare degli argomenti giuridici secondari, e tuttavia forse non irrilevanti ai fini di quelle decisioni quali: la natura delle parti, essendo il conduttore nel caso della locazione di nave un soggetto imprenditore (per questa ipotesi ricostruttiva v. le note in A. Burrows, op. loc. ult. cit.); una certa spartizione dei rischi contrattuali, che forse richiedeva di collocare sul soggetto conduttore il rischio di eventi quali quello poi realmente occorso; la valutazione del contegno delle parti, avendo il conduttore omesso di dare alcun riscontro alla richiesta di informazioni del locatore circa le intenzioni del conduttore; una valutazione in chiave oggettiva della utilità residua del bene, mentre, ove fosse stata fatta in chiave soggettiva si sarebbe forse dovuto concludere per la essenzialità dell'evento-parata rispetto alla utilità complessiva recata dal contratto. Si tratta di temi che dovranno essere oggetto di analisi nel prosieguo della presente ricerca, con ben altro respiro.

¹⁰⁰ Oggettivamente condiviso dalle parti nello stipulare la convenzione è pure il prezzo pattuito tra le parti, posto che l'evento-parata, rendeva il bene imbarcazione assai più appetibile. Una volta venuto meno l'evento, sembra che seppure la prestazione in sé resti giustificata (essendo sempre possibile l'utilizzo della nave per la *cruise around the fleet*), meno giustificato sembra essere il sovrapprezzo che proprio in tale evento trovava la sua giustificazione di fatto. Tale questione, se posta in tali termini, concerne gli errori di previsione e di convenienza economica del contratto, per unanime e consolidata interpretazione, giuridicamente irrilevanti in quanto propri del rischio economico degli affari. Seppure su un piano del tutto diverso, può essere interessante ricordare che sia stato considerato dal Giudice di primo grado e poi di appello l'*aliunde perceptum* (quello cioè percepito dal locatore affittando la barca ad altri, dopo aver avuto notizia della volontà di risolvere il contratto da parte del conduttore), e la domanda del conduttore sia dunque stata ridotta della corrispondente entità. Tuttavia, tale aspetto impedisce di considerare tale riduzione sul piano del *quantum* di prestazione dovuta. L'azione promossa, infatti, era un'azione di danni (*damage*) e non di esatto adempimento (*performance*).

oggettiva' in relazione alla utilità contrattuale: quale utilizzo potrebbe avere la locazione di un balcone per un certo tempo (breve, minore di un giorno), se non quello di consentire una sorta di palco per assistere all'evento fissato? Mentre, al contrario, altre utilità conservava la locazione di un bene quale un'imbarcazione, potendo essere utilizzata per la normale attività di navigazione, o come spazio ludico galleggiante. Tanto era dimostrato anche dal fatto che il locatore della barca svolgeva un'attività economica di locazione di imbarcazioni non in via eccezionale ma continuativa, e che vi era dunque un mercato delle locazioni nautiche, non vanificato dall'assenza dell'evento specifico della parata.

I giudici inglesi hanno ragionato in astratto, facendo ricorso ad un criterio di 'normalità d'uso', che consente all'interprete di assegnare rilevanza a certi 'interessi normalmente sottostanti' a certe operazioni economiche, e che consente anche di valutare quale sia la residua utilità del contratto a seguito del verificarsi di certi eventi perturbativi la vita dello stesso. Non è stata valutata, invece, quella che potrebbe essere un'eventuale destinazione diversa, ovvero la rilevanza di finalità soggettive specifiche: l'elemento oggettivo della presenza di utilità residue in quel caso ha portato a ritenere non invocabile un rimedio caducatorio in quanto esse erano oggettivamente rilevanti e, evidentemente prevalenti.

Sul piano della relazione contrattuale, superando la mera ottica del rapporto credito-debitorio, vi era poi da valutare il sempre persistente interesse contrario alla conservazione del vincolo portato dalla parte locatrice. Si tratta di un momento di confronto obbligato nel quale si individua il passaggio dalla singola coppia pretesa-obbligo, all'insieme delle pretese e dei correlativi obblighi di cui è costituito il contratto. Proprio la complessità del rapporto consente di cogliere la funzione della singola obbligazione e la persistenza dell'interesse o meno di un residuo interesse apprezzabile.

Il riferimento ai casi dell'incoronazione consente di evidenziare come il giudizio di rilevanza ed essenzialità di certe utilità contrattuali debba essere svolto su un piano prioritariamente oggettivo. Risulta così facilmente comprensibile che certe caratteristiche oggettive (natura e oggetto del contratto, coordinate spazio-temporali dell'oggetto o della prestazione, altre modalità) potranno facilitare l'interprete nel valorizzare una certa funzionalità contrattuale.

Se certe località, tornando al caso della locazione turistica, sono caratterizzate oggettivamente per lo svolgimento di certe specifiche attività ludico-ricreative, non sembra essere un fuor d'opera prospettare la rilevanza della possibilità di svolgimento di quelle attività, anche ai fini della conservazione del contratto. In tal senso, il riferimento a finalità 'tipiche' (sia pure nel senso di ciò che normalmente è dato rinvenire quale elemento o utilità obiettiva di un oggetto) consente di ragionare con maggiore sicurezza, perché, proprio in quanto 'tipiche' consentono di rilevare che la finalità turistica in genere possa ulteriormente connotarsi per una finalità turistica specifica.

Gli esempi fatti e le argomentazioni svolte sembrano consentire di poter ulteriormente affrontare la questione della rilevanza di una funzione contrattuale specifica, anche oltre ai casi in cui essa venga a rilevare espressamente per via pattizia. Ciò è possibile, infatti per il tramite degli elementi che consentono all'interprete di

ricavare quel legame fondamentale tra contratto e circostanze, in grado di indicare la rilevanza di certe utilità contrattuali cui si riconnette un certo interesse.

9. Il fondamentale ruolo dell'interpretazione e i suoi limiti: il contratto 'incompleto'

Il riferimento fatto a criteri di rilevazione della funzione contrattuale e in generale alla necessità di ricostruire il contenuto del contratto anche dal punto di vista causale è direttamente connesso all'attività ermeneutica. Infatti è solo l'analisi del tessuto regolatorio dell'atto di autonomia che consente di ricostruire il programma negoziale, la sua funzione, e la penetrazione in esso di certi particolari interessi¹⁰¹.

Nell'ipotesi ricostruttiva sopra fatta (la locazione turistica), così come negli altri casi citati, si è visto far ampio ricorso a criteri di tipo extra-testuale, al fine di far rilevare lo scopo contrattuale. Conformemente al dato normativo, non ci si è «limitati al senso letterale delle parole» (art. 1362 c.c.), ma si è cercato di ricostruire la comune intenzione delle parti, con ogni mezzo a disposizione¹⁰².

Nel caso dei *package*, in realtà, si è visto come l'attività ermeneutica si sia incentrata sull'analisi del tipo contrattuale, e, dunque, sull'emersione di forme di tutela rafforzata da parte dell'ordinamento. In quelle ipotesi sembra, infatti, che per il tramite del contratto, si sia piuttosto interpretata la legge.

¹⁰¹ Si tratta di un ruolo dell'interpretazione che si fa carico del mutamento di ottica della causa del contratto. Per l'accresciuto ruolo della interpretazione come ricerca dell'intento negoziale concreto, al di là degli schemi astratti, v. C. Scognamiglio, *L'interpretazione*, in E. Gabrielli (a cura di), *I Contratti in generale*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Vol. 1, Utet, Torino, 2008, 1039. Più in generale, sempre lo stesso autore aveva già in altra sede affermato che l'interpretazione rappresenta il momento in cui la regola posta dai contraenti viene in contatto con l'ordinamento giuridico: Id., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., p. 1.

¹⁰² Come osserva N. Lipari, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e integrazione*, cit., p. 718, le affermazioni della giurisprudenza che affermano l'importanza di utilizzare i criteri extratestuali costituiscono «una spia del modo di svolgimento del procedimento interpretativo, che guarda sempre alla globalità del raccordo tra ciò che è stato detto in un unico testo e ciò che è stato concordemente praticato, e il cui risultato finale discende pur sempre dalla risultante di un complesso di forze che sarebbe impossibile disarticolare o scindere». Un tale approccio (di superamento della tradizionale 'diffidenza' rispetto ai mezzi extra-testuali, di cui ci informa G. Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., p. 339) è del resto confermato anche dalla introduzione delle norme consumeristiche sulla interpretazione contrattuale. L'art. 34 Cod. Cons. (ex art. 1469-sexies c.c.) prevede che l'interpretazione del corretto portato di una clausola (ai fini del giudizio di vessatorietà), sia svolto anche «facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende». Da una parte, la norma costituisce una regola interpretativa settoriale, e come tale dovrebbe essere applicata nei limiti del diritto speciale dei consumi. Dall'altra parte, però, la dottrina valorizza la previsione, sostenendo che si tratti di norma a rilevanza ermeneutica più estesa: «le norme sull'interpretazione del contratto vengono reinterpretate in chiave funzionale, in una lettura che è una commistione di criteri soggettivi, di rispetto della volontà delle parti, e oggettivi, relativi al contesto contrattuale e ad ogni elemento che consenta di individuare il canone di regolarità/ragionevolezza della pattuizione del caso di specie». Così E. Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, in Id. (a cura di), *I Contratti in generale*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Vol. 1, Utet, Torino, 1999, p. 64.

Diversamente, nelle altre ipotesi, ed in particolare, nel caso del programma ERP¹⁰³, il ruolo giocato dal contratto e dalla sua interpretazione, seppure può dirsi centrale, certo non è il solo. Come si ricorderà, il giudicante ha compiuto in quel caso una valutazione dell'incidenza dei costi e delle modifiche qualitative che l'evento sopravvenuto aveva prodotto sul contratto, utilizzando un criterio di idoneità del contratto a realizzare la propria funzione, a seguito del mutamento delle circostanze. Si è quindi interpretato il contratto e ricavato che le parti avevano fissato un certo assetto contrattuale. L'evento sopravvenuto (la scoperta del vincolo archeologico) ha inciso su quell'assetto, alterandolo in maniera essenziale/determinante. Valutare se il contratto possa essere tenuto fermo alla luce dei fatti nuovi, ovvero essere risolto, è materia che sembra implicare un'attività ulteriore e diversa rispetto a quella meramente interpretativa, involgente anche profili di integrazione del contratto.

A livello concettuale, ed in teoria, le due attività, interpretazione e integrazione, possono essere tenute ben distinte. Tuttavia, oltre a non essere di per sé sempre netta la distinzione¹⁰⁴, nelle ipotesi in cui sopraggiunga uno stato delle cose diverso da

¹⁰³ Corte di Cassazione, 02-10-2014, n. 20811, cit. Si v. *supra*, in questo Capitolo, par. 4.

¹⁰⁴ Tale distinzione, che interessa anche le regole di interpretazione oggettiva, che restano proprie dell'interpretazione, sebbene si avvicinino a una forma di integrazione del contratto. La 'vicinanza' può comportare talvolta sovrapposizione, come mostra chiaramente l'affermazione di Corte di Cassazione, 23-09-2015, n. 18813, in *De Jure*: «le regole legali di ermeneutica contrattuale sono governate da un principio di gerarchia, in forza del quale i criteri degli artt. 1362 e 1363 cod. civ. prevalgono su quelli integrativi degli artt. 1365-1371 cod. civ.[...]». Sui rapporti tra interpretazione e integrazione, fra gli altri, particolarmente rilevanti le pagine di G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 277; p. 315 sgg. (che invero propone un superamento della distinzione, nell'ottica della unificazione dell'attività volta a ricostruire il contratto nel suo contenuto e nei suoi effetti); S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano 1969, p. 79 sgg.; F. Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, Milano 1970, pp. 185 sgg.; p. 215; M. Costanza, *Profili dell'interpretazione*, cit., p. 18 sgg. e p. 132 sgg.; C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto*, cit., p. 422, il quale osserva che entrambe le attività assolvono una funzione comune: «la recezione della regola privata nell'ordinamento giuridico», Id., *L'integrazione*, in E. Gabrielli (a cura di), *I Contratti in generale*, cit., p. 1153; R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, II, p. 369 sgg. e p. 407 sgg. Più recentemente, una ricognizione del problema si trova in F. Sangermano, *L'interpretazione del contratto: profili dottrinali e giurisprudenziali*, Milano, 2006, p. 27 sgg. Sulla interferenza tra i due momenti, impulsi interessanti provengono da altre esperienze giuridiche. Ad esempio, in Inghilterra o in Germania, è sostanzialmente riconosciuta una forma di interpretazione integrativa (sotto il nome rispettivamente degli *implied terms* e della *Ergänzende Vertragsauslegung*): cfr. G.H. Treitel, *An outline*, cit., p. 71 sgg.; G. Alpa, R. Delfino, *Il contratto nel common law inglese*, cit., p. 91 sgg.; D. Medicus, *Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage in FS Flume*, Kölln, 1978, p. 647. In generale, per un raffronto tra le diverse esperienze in materia di interpretazione integrativa, H. Kötz, S. Patti, *Diritto europeo dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2006, in part. p. 212 sgg. Nella stessa ottica sembra possano considerarsi le previsioni di clausole e contenuti impliciti del contratto, nell'ambito dei testi di principi contrattuali europei. Si v. ad esempio il par II. - 9: p. 101 del D-CFR (*Terms of a contract*): «(1) The terms of a contract may be derived from the express or tacit agreement of the parties, from rules of law or from practices established between the parties or usages. (2) Where it is necessary to provide for a matter which the parties have not foreseen or provided for, a court may imply an additional term, having regard in particular to: (a) the nature and purpose of the contract; (b) the circumstances in which the contract was concluded; and (c) the requirements of good faith and fair dealing. (3) Any term implied under paragraph (2) should, where possible, be such as to give effect to what the parties, had they provided for the matter, would probably have agreed. (4) Paragraph (2) does not apply if the parties have deliberately left a matter unprovided for, accepting the consequences of so doing». La regolazione proposta sembra evidentemente recepire la teoria di matrice anglosassone della

quello in cui le parti hanno concluso l'accordo, può emergere un problema di insufficienza della regolazione pattizia. Nel caso di una 'incompletezza contrattuale'¹⁰⁵ non sarebbe dunque sufficiente la mera interpretazione del testo, ma dovrebbe essere svolta un'autentica attività di integrazione del contratto, sia pure partendo dal dato contrattuale.

La continuità di problematiche già osservata fra inutilizzabilità e presupposizione consente di trarre utili spunti anche in relazione al ruolo dell'interpretazione del contratto e alla sua integrazione.

Nei casi di presupposizione gli interpreti hanno sostanzialmente concordato sulla presenza di una incompletezza del contratto rispetto alla gestione dell'evento perturbatore sopravvenuto¹⁰⁶.

Al di là del *nomen* utilizzato o dell'immagine metaforica proposta (contenuto 'in ombra'¹⁰⁷; lo 'spirito' della convenzione¹⁰⁸; il contenuto implicito¹⁰⁹) un procedi-

implication (su cui, v. G.H. Treitel, op. loc. ult. cit. e accenni svolti infra alla nota 113), rispettando la volontà delle parti, ipotetica (punto 3) e precisamente volta ad escludere certi effetti (punto 4). Meno circostanziato, ma nonostante ciò riconducibile alla stessa matrice, il disposto del par. 6: 102 dei PECL, elaborati dalla commissione Lando ('Clausole implicite'): «Insieme alle clausole espresse, il contratto può contenere clausole implicite che derivano da: (a) l'intenzione delle parti, (b) la natura e l'oggetto del contratto, e (c) la buona fede e la correttezza».

¹⁰⁵ Sul contratto 'incompleto' si svolgeranno alcune considerazioni più oltre, nel Cap. 3.

¹⁰⁶ A Belfiore, *La presupposizione*, cit., p. 12, considera la presupposizione un «peculiare tipo di lacuna»; mentre di «vera e propria lacuna del regolamento» parla A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 276. Su una distinzione tra un contenuto tacito e un contenuto espresso del contratto, come del resto la teoria della clausola implicita, si impostano molte affermazioni giurisprudenziali. Si veda ad esempio quanto afferma Corte di Cassazione, 06-10-1972, n. 2878, in «Giur. It.», 1974, I, pp. 820-826: «Si confondono spesso i problemi dell'interpretazione con quelli della presupposizione. Indagare su questa esula dall'interpretazione perché questa non è stata espressa nel testo». Interessante, come argomento linguistico, la voce '*presupposizione*' di un autorevole dizionario di lingua italiana, dove si può leggere: «quanto il pensiero elabora nel tentativo di colmare una lacuna in una serie di fatti o di argomenti» (G. Devoto, G.C. Oli, *Dizionario della lingua italiana, ad vocem*). Alla «interpretazione integrativa» fece espresso riferimento Corte d'Appello Firenze, 16-07-1966, in «Il Foro padano», 1968, I, pp. 674-675, espressione utilizzata in altre rare occasioni in giurisprudenza (ad es. Corte di Cassazione, 26-06-1980, n. 4018, in «Giur. it.», 1981, I, 1, p. 1500).

¹⁰⁷ E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. (1960), p. 440, in proposito dell'errore comune, da tenere distinto dall'errore sui presupposti contrattuali: «Il comune errore cade, piuttosto, su quella che per entrambe le parti è la situazione giustificante di un negozio: cade, cioè, sul presupposto oggettivo che, per comune interesse e per concorde ammissione, rende ragione della sua causa. Trattandosi di una presupposizione, non già unilaterale e più o meno riconoscibile ma, per l'appunto, concordemente ammessa da entrambe le parti, esula qui ogni pericolo di riconoscere quella figura di "condizione non sviluppata" o "implicita" che ad una presupposizione meramente unilaterale non potrebbe riconoscersi senza mettere in pericolo la sicurezza degli affidamenti [che il Betti criticherà più oltre, a p. 512 sgg]. In verità, una interpretazione tipica integrativa del negozio nei casi prospettati conduce a metterne in luce, in linea di coerente conclusione, ed ad attuare per convenzione un contenuto precettivo implicito o marginale lasciato nell'ombra dalle parti».

¹⁰⁸ Queste le parole di R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 388.

¹⁰⁹ Che è dato incontrare in giurisprudenza insieme al sostantivo «condizione» (v. Corte di Cassazione, 02-01-1986, n. 20, in *De Jure*) o «premessa del consenso» (v. Corte di Cassazione, 11-03-2006, n. 5390, in «I contratti», 2006, pp. 1079-1084). In generale il riferimento più frequente è all'aggettivo «inespresso», riferito alla condizione (v. ancora di recente Corte di Cassazione: 23-09-2004, n. 19144, cit.; 14-11-2006, n. 24295, in *De Jure*; 08-10-2008, n. 24836, in *De Jure*; 09-03-2009, n. 5664, in *De Jure*). In sostanza però il senso non muta: qualcosa di inespresso è qualcosa di implicito (v. infatti, per l'argomento linguistico, B.M. Quartu, *Dizionario dei sinonimi e dei contrari*, Milano, 1986, voce «implicito»).

mento di questo tipo è volto a ricondurre al contenuto contratto, la regolazione degli eventi che riguardano gli elementi solo presupposti. Tale operazione equivale a considerare presente, pur se implicitamente, una sorta di clausola condizionale che, tuttavia, non è presente.

Come ebbe ad affermare un'illustre Autrice, può condividersi il fatto che la presupposizione consista in un «metodo ermeneutico» che «consente di far emergere dei profili dell'assetto di interessi convenzionali, in quanto evidenzia gli scopi specifici, le finalità concrete, il risultato economico che gli stipulanti perseguono»¹¹⁰. Ma una volta fatti emergere certi interessi, resta comunque il dato di fatto che il contratto non li governa, perché la realtà mutata non trova in esso la sua regolazione diretta. E come in fondo riconosce quella stessa A., il fenomeno può essere ricondotto a quello anglosassone degli *implied terms*, «in quanto strumento di emersione di valenze delle dichiarazioni ulteriori rispetto a quelle esplicitamente espresse, ma come tali comunque imputabili alla dichiarazione convenzionale»¹¹¹. In questo punto della ricostruzione citata, condivisa anche da altri Autori¹¹², c'è un fattore di inevitabile incertezza: si intende ricondurre al contratto qualcosa che non c'è, ma che è l'ordinamento a riconnettergli. Certamente nel contratto vi deve essere la base per l'emersione dell'interesse specifico e concreto; ma la sua regolazione non si trova direttamente all'interno del contratto, bensì dev'essere ricostruita sulla base di criteri diversi. A conferma di ciò, si osserva che la teoria degli *implied terms* è sostanzialmente una teoria dell'integrazione del contratto¹¹³.

Di fronte alla incompletezza contrattuale, vengono quindi in rilievo varie forme di integrazione del contratto¹¹⁴, quantunque riconducibili al regolamento pattizio, quali sue forme di necessario sviluppo.

A tal proposito un ruolo fondamentale è stato assegnato dalla dottrina e da una buona parte della giurisprudenza alla buona fede oggettiva.

¹¹⁰ E ciò conferma ancora di più la strettissima parentela tra presupposizione, causa in concreto e inutilizzabilità. Infatti, più oltre, si afferma espressamente che «In un certo senso la presupposizione si pone come un concetto assimilabile a quello di causa, intesa come funzione economica individuale e, nel contempo, come criterio alternativo a quello tradizionale di funzione economica sociale». M. Costanza, *Profili dell'interpretazione*, cit., p. 179

¹¹¹ M. Costanza, op. ult. cit., p. 181.

¹¹² Sembrano dividerla anche R. Sacco, G. De Nova, op. ult. cit., p. 409 sgg.

¹¹³ Basti pensare che due delle tre forme di *implied terms*, quella *by law* e quella *by custom*, possono essere assimilate al nostro art. 1374 c.c., che disciplina, giustappunto, l'integrazione degli effetti del contratto. Cfr. G. Alpa, R. Delfino, *Il contratto nel common law inglese*, cit., p. 91 sgg. e H. Kötz, S. Patti, *Diritto europeo dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 213 sg.; M. De Franchis, *Dizionario giuridico, Inglese-Italiano*, voce *Implied terms of contract*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 814. Più ambiguo, oltre che più controverso, il caso degli *implied terms by fact*, riconducibili alla volontà presunta delle parti (si sottolinea: di entrambe le parti) basata sull'assunto che «*the parties would have agreed to terms which were necessary to make their agreement work*» (G.H. Treitel, *An outline*, cit., pp. 71-72). Anche in questo caso, pur riconoscendosi che la cautela del Giudice inglese è massima, si fa espressamente riferimento allo sviluppare (*implying into*) una nuova clausola (*new terms*) per definire il fenomeno, come una forma di autentica integrazione di un precetto contrattuale che è incompleto. Resta l'incertezza data dal necessario collegamento della nuova clausola con il punto di partenza imprescindibile: il contratto. Per la formulazione accolta dalle proposte di principi del diritto contrattuale europeo, cfr. *supra* alla nota 104.

¹¹⁴ Con riferimento alla presupposizione, V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 477.

Una parte della dottrina propone che l'interpretazione secondo buona fede di cui all'art. 1366 c.c. sia la norma che fonda il rimedio per l'imprevisto contrattuale¹¹⁵. Si afferma così che «se le parti avessero saputo, avrebbero disposto: e l'interpretazione ne tiene conto», e per quel tramite potrebbe essere riconosciuto albergo normativo alla presupposizione¹¹⁶. Tuttavia, quale norma di 'sutura' tra le regole di interpretazione soggettiva e quelle di interpretazione oggettiva, l'art. 1366 c.c. è soggetto ad una contaminazione tra interpretazione e integrazione. La buona fede interpretativa può impedire che un contratto sia interpretato contrariamente a quanto le parti sono tenute a fare o non fare, in relazione agli obblighi imposti dalla buona fede stessa¹¹⁷. Non dovrebbe poter servire, si afferma, invece, per individuare un contenuto ipotetico del contratto¹¹⁸, un contenuto che non c'è. La buona fede ermeneutica può, invece, servire per porre in relazione quel contratto con la mutata realtà di fatto, per comprendere i termini, l'estensione e i limiti degli obblighi reciprocamente pattuiti.

Dunque, ciò che può, e anzi deve essere operato, è la ricostruzione della complessa situazione nella quale le parti hanno prodotto la regolazione dei propri interessi. Se quella situazione presupposta ha influenzato il contenuto contrattuale, può essere osservato solo dal punto di vista dell'interpretazione; se però l'influenza della situazione possa rilevare sul contratto è questa un'attività di tipo valutativo che sembra piuttosto fuoriuscire dal campo ermeneutico per entrare nell'autentica attività di integrazione del contratto.

Volendo restare nell'ambito della buona fede contrattuale, si sarebbe quindi sotto l'egida dell'art. 1375 c.c.¹¹⁹, con previsione di obblighi esigibili dalle parti, idonei a realizzare *ex post*, alla luce delle mutate circostanze, la funzione che l'attività interpretativa ha permesso di mettere in luce¹²⁰.

¹¹⁵ Cfr. R. Sacco, G. De Nova, op. loc. ult. cit.

¹¹⁶ R. Sacco, G. De Nova, op. ult. cit., p. 410.

¹¹⁷ Si è detto che questa norma impone all'interprete di «fissare il contenuto del contratto e di ricercare il senso più rispondente ad un'attività corretta dei contraenti». Così G. Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., p. 345. Ma di un senso che il contratto ha; non anche di quello che avrebbe potuto avere se le parti avessero previsto.

¹¹⁸ Considerare che anche una ricerca della 'volontà virtuale' sia ascrivibile al procedimento interpretativo è possibile, come ci ricorda A. Belfiore, *La presupposizione*, cit., p. 26. «in quanto si sia previamente riusciti ad argomentare l'inverosimile idea che la disciplina dell'interpretazione del contratto di cui agli artt. 1362 e ss., racchiuda norma aventi due diversi tipi di compiti, cioè sia norme circa l'individuazione della regola che le parti hanno concordato di darsi sia norme circa l'integrazione del complesso di regole emerse al termine del procedimento di interpretazione-qualificazione della dichiarazione negoziale». Similmente, C. Caccavale, *Giustizia del contratto*, cit., p. 161 sgg.

¹¹⁹ Afferma V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 477: «conviene sforzarsi di distinguere: applicare al contratto squilibrato il rimedio della presupposizione significa integrare il contratto, non interpretarlo; la buona fede che lo ispira è buona fede integrativa, e non interpretativa».

¹²⁰ Illuminanti le parole di M. Costanza, *Profili dell'interpretazione*, cit., p. 137: «le due operazioni [interpretazione e integrazione,] si distinguono agendo l'interpretazione come strumento di esplicitazione degli interessi relativi, anche se oggettivi, dei contraenti, e l'integrazione come veicolo di radicalizzazione dei doveri negoziali per la soddisfazione di interessi sempre e oggettivamente valutabili, alla cui tutela si provvede per l'esigenza di impedire un risultato confliggente con l'attuazione del contratto, più che necessario, per la realizzazione dei suoi scopi».

La inutilizzabilità della prestazione

L'ambiguità di fondo e gli incerti confini tra interpretazione e integrazione vengono superati dalla giurisprudenza in materia di inutilizzabilità, e ciò diversamente da quanto accaduto per la presupposizione.

Nelle ipotesi di riconosciuta presupposizione, la buona fede è stata spesso invocata nelle motivazioni delle sentenze, specialmente con un significato di limite alla esigibilità delle prestazioni. La parte avvantaggiata o non svantaggiata dal mutamento di circostanze secondo buona fede ha dovuto acconsentire a delle limitazioni delle proprie facoltà e alla compromissione dei propri interessi reesi necessarie alla salvaguardia dell'interesse della controparte; non ha potuto sottrarsi rispetto al riconoscimento della valenza essenziale del presupposto per il mantenimento in vita del contratto.

Tali aspetti sembrano scomparire nell'ambito dell'inutilizzabilità. Le pronunce che si è potuto considerare non menzionano affatto la buona fede, mentre si incentrano sul piano dell'oggetto e soprattutto della causa del contratto.

Il fatto stesso di aver individuato una funzione contrattuale specifica, e di aver rilevato l'incidenza di una circostanza sopravvenuta su tale funzione e sul piano delle obbligazioni complessive delle parti finisce col risultare sufficiente per decretare la inutilità del contratto e la sua risoluzione.

10. Riepilogo dell'analisi svolta

Le considerazioni svolte consentono di scorgere un sommovimento nell'uso dei concetti da parte della giurisprudenza.

Il tutto prende avvio dal ricorso alla causa in concreto del contratto. Tramite tale argomento si accede al piano delle utilità contrattuali e si arriva a decretare la risoluzione per inutilità del contratto. Dall'altra parte però, si osserva una continuità con lo strumentario giuridico in precedenza utilizzato, con riferimento alla teoria della presupposizione. La tensione tra causa e motivi del contratto, da sempre viva nelle trattazioni in tema di presupposizione, riemerge in tutta la sua forza nell'ambito della categoria della inutilizzabilità. Ritenerne una certa finalità del contratto come mero motivo soggettivo di una delle parti, o, viceversa, come presupposto fondante il contratto ed essenziale per il suo mantenimento in vita, sembra innervare anche la distinzione tra causa concreta e mera finalità soggettiva, in quanto la concretezza dell'elemento causale porta in sé il rischio di scivolare in una dimensione soggettiva¹²¹.

I casi da cui la figura della inutilizzabilità prende le mosse sembrano mettere in dubbio la reale necessità di fare ricorso a tale medio argomentativo. I casi dei *package* mostrano chiaramente come una finalità indubbiamente soggettiva, quale lo scopo di 'relax o di svago' (soggettiva anche in quanto relativa: non tutti si rilassano o svagano nel medesimo modo), sia considerata parte integrante della funzione del contratto, quale scopo della sua conclusione. Così operando, risulta dunque che se

¹²¹ Come ha premura di precisare V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 364: «Concreto non si identifica con soggettivo; la concretezza può (e qui deve) declinarsi in termini di oggettività».

quel contratto è inidoneo a realizzare la sua funzione, si tratta di un contratto privo di causa, sostanzialmente inutile, e quindi non idoneo a mantenere in piedi i suoi effetti. Si è anche potuto considerare che il *package* ha notevoli peculiarità di disciplina che impongono di ricorrere ai principi giuridici affermati con la dovuta cautela e con i dovuti adeguamenti. Privo di forza persuasiva appare il caso del corso-pilota, ove si sono sovrapposte le ipotesi della inutilizzabilità per difetto di ragione concreta e di autentica impossibilità di ricevere la prestazione.

Nel caso del programma ERP, invece, il ricorso alla formula della inutilizzabilità sembra maggiormente effettivo. Tuttavia, emerge il ragionevole dubbio che la controversia concreta fosse risolvibile sulla base dei rimedi tipici, ed in particolare in virtù della risoluzione per impossibilità sopravvenuta. In quella pronuncia si può osservare infatti che la causa del contratto si combina con il suo oggetto in un ragionamento circolare difficile da districare. La Corte fa riferimento all'avvenuta incisione (ad opera del mutamento delle circostanze) dello «interesse di entrambe le parti alla realizzazione del programma negoziale». Tale interesse è quello generico e costante all'adempimento delle reciproche prestazioni e non aggiunge nulla. Il dato qualificante si trova nel 'come' si ricostruisce il programma negoziale stesso e, soprattutto, nel 'se' e nel 'come' rilevino 'gli interessi specifici' che quel programma deve tutelare.

Sul piano oggettivo, dunque, la Corte afferma che è la «stessa corrispondenza dell'opera commissionata alle esigenze che era destinata a soddisfare» che rende la prestazione e, con essa, il contratto inutilizzabile. Sono dunque le 'esigenze', ovvero gli interessi all'utilizzazione della prestazione che vengono in rilievo, quando è resa impossibile la loro soddisfazione. E tale incapacità di soddisfazione incide sul piano causale: «nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione ad opera della controparte, [...] dovendosi in tal caso prendere atto che non può più essere conseguita la finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto».

Il tutto sembra dunque incentrarsi soprattutto su un piano oggettivo: le parti hanno pattuito un certo assetto negoziale; tale assetto si modifica, incidendo sostanzialmente sui termini dell'accordo; il contratto può essere risolto.

A proposito della questione dei rimedi, il problema si infittisce. La inutilizzabilità della prestazione, al momento della sua emersione, si presenta con un connotato di flessibilità «laddove consente di pervenire, nel coerente temperamento delle diverse esigenze, a soluzioni differenti in presenza di situazioni diverse, senza che le parti incorrano in responsabilità»¹²². Tuttavia, nonostante tale *exploit* statutario, incentrato su una regolazione caso per caso, la sua evoluzione successiva mostra di essere rivolta a soluzioni più rigide, con particolare riferimento alla riconducibilità alla impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 c.c.¹²³. Tale norma prevede – pur non

¹²² Così Cass. 16315/07, cit., che aveva ritenuto non configurabili, infatti, «soluzioni estreme come quella prevista dall'art. 1463 c.c.».

¹²³ Ciò si osserva bene nel caso in materia di *package*, deciso da Corte di Cassazione, 14-08-2007, n. 26598, cit., nel quale il Giudice di merito aveva ridotto il *quantum* redibitorio in misura pari a un giorno di permanenza in Albergo, essendo stata data disdetta (per decesso del coniuge) il primo di del soggiorno. La Corte di Cassazione riforma la sentenza in diritto sul punto, dichiarando che debba farsi applicazione integrale della norma di cui all'art. 1463 c.c., applicabile negli effetti alla inutilizzabilità soprav-

espressamente¹²⁴ – una risoluzione *ex lege* totale ad effetti retroattivi (salve le prestazioni continuate o periodiche, per le quali, secondo l'interpretazione più diffusa, l'effetto risolutivo sarebbe da considerarsi *ex nunc*¹²⁵). La soluzione, tuttavia, non è l'unica ipotizzabile, come anche altra giurisprudenza mostra, laddove, in materia di *package*, ha riconosciuto una qualche forma di indennizzo per le spese e le eventuali penalità con i fornitori locali di servizi turistici¹²⁶. Ad esempio, nel caso in cui siano state effettuate prestazioni anticipate, come il versamento di somme a titolo di caparra, specie confirmatoria, e comunque siano state svolte attività di tipo preparatorio o di inizio di esecuzione, non può ignorarsi la questione della loro sorte o della loro possibile indennizzabilità a seguito del mutamento delle circostanze¹²⁷.

Un'applicazione rigida dei rimedi codificati difficilmente può considerarsi adatta a regolare un caso che costituisce una fattispecie evidentemente atipica e che coinvolge, come detto, piani di valutazione di diversa natura. Si tratterebbe dunque, al più, di applicazione analogica di rimedi codificati, per la quale si pone il problema del vaglio di compatibilità e di adeguamento del rimedio al concreto problema giuridico posto.

venuta. Lo stesso principio è affermato anche da T. Varese, sent. 4-10-2010, cit., e in maniera non del tutto evidente, da Corte di Cassazione, 02-10-2014, n. 20811, cit. (caso del programma ERP). Tuttavia, anche in quest'ultima pronuncia, ritenendo la «conseguente estinzione dell'obbligazione» a seguito della irrealizzabilità della finalità contrattuale, la Corte sembra far richiamo proprio all'art. 1463 c.c. soprattutto nella parte in cui la risoluzione avviene in modo automatico. Tale interpretazione è corroborata altresì dal richiamo al precedente di Corte di Cassazione, 14-08-2007, n. 26598 (e non anche a quello di Corte di Cassazione, 24-07-2007, n. 16315, cit., incentrato, come visto, sulla flessibilità del rimedio).

¹²⁴ La norma fa infatti riferimento solamente all'effetto restitutorio «secondo le norme previste per la ripetizione dell'indebito». Pacifico che la norma sottintenda per identità di *ratio* una risoluzione del contratto (art. 1453 sgg. c.c.), pur con alcune problematiche in relazione ai rapporti con i terzi. Sul punto, V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 1005 sg.; A. Lombardi, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 187 sgg.

¹²⁵ Sul punto si svolgeranno alcune riflessioni nel Cap. 3. Fin da ora si v. comunque: V. Roppo, op. loc. ult. cit.; A. Lombardi, op. ult. cit., p. 198 sgg.

¹²⁶ In Corte Appello Genova, 01-09-2004, in *De Jure*, sempre in tema di contratto di viaggio, nel caso di recesso «per sopravvenuto impedimento non imputabile al recedente» qualora sia stata versata una caparra all'atto della prenotazione del viaggio essa deve essere restituita. Per contro, secondo il giudice genovese, il recedente dovrà tenere indenne l'agente di viaggio dalle spese da queste anticipate e dalle penalità pagate. Infatti il recesso del creditore-viaggiatore era «intervenuto quando il lavoro commissionato era stato eseguito e alcuni degli effetti del contratto si erano già prodotti, i biglietti aerei erano stati emessi e parte dei servizi turistici in Argentina erano stati pagati». Pertanto, inquadrate il contratto tra turista e agente tra le norme del mandato il Giudice dispone «a titolo di indennizzo, il rimborso delle spese anticipate e delle penalità pagate [...] oltre alle spese generali» equitativamente determinate. Sul caso si tornerà nell'ambito del Cap. 3.

¹²⁷ Frequente ipotesi di prestazione anticipata contrattuale è quella che si verifica nel contratto preliminare con consegna anticipata dell'immobile e versamento di tutto o parte del prezzo di vendita. In caso di risoluzione del preliminare si pone la questione delle restituzioni e della compensazione del godimento del bene *medio tempore* da parte del promissario. Un caso siffatto è deciso da Corte di Cassazione, 03-07-2013, n. 16629, con nota di V. Mancinelli, *Consegna anticipata della cosa ed inefficacia del contratto preliminare di vendita*, in «I contratti», 2, 2014, p. 156.

Capitolo 2

Il contesto

1. Le sopravvenienze contrattuali

Le considerazioni svolte nel precedente capitolo hanno messo in luce la riconducibilità della categoria dell'inutilizzabilità al fenomeno giuridico delle sopravvenienze contrattuali, ovvero di quei fattori che sopravvengono alla stipula di un accordo e ne intaccano, in qualche modo, l'equilibrio¹²⁸. Si tratta di un problema che impegna la scienza giuridica occidentale da lungo tempo¹²⁹, in quanto coinvolge direttamente uno degli aspetti che bilanciano il sistema giuridico in materia di autonomia privata. In via generale, può dirsi che il problema principale posto dalle sopravvenienze è quello di individuare i casi e i limiti della loro rilevanza giuridica, rispetto all'opposto principio della vincolatività del contratto¹³⁰.

¹²⁸ Più circostanziata e dettagliata la definizione di ('c.d.') sopravvenienze contrattuali offerta da A. Lombardi, nella sua premessa a *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 5, per il quale esse sono «in prima approssimazione definibili come eventi riconducibili o meno alla sfera di controllo delle parti, connotati o meno da prevedibilità/prevenibilità *ex ante*, che incidono su una o più prestazioni dedotte in contratto pregiudicando in tutto o in parte, temporaneamente o in via definitiva, l'attuazione del programma pattizio».

¹²⁹ Affermano che «the question whether a person may be released from his contractual obligations by supervening events has been familiar to Continental jurists for centuries», K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to comparative law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 518 sgg. ivi ricordando che il problema della sopravvenienza, intesa come modificazione rilevante delle circostanze del contratto, fece già la sua comparsa nel medio evo, dai glossatori e poi fino a Grozio e Puffendorf, per poi penetrare all'interno delle prime condicazioni, quali il ALR prussiano del 1794. Tale percorso storico è confermato dalla lettura 'pennellata' di R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., pp. 694-695. Una traccia moderna delle radici comuni del problema di gestione dei *bouleversements* contrattuali è data, oltre che dalle previsioni dedicate alle sopravvenienze nelle fonti persuasive di origine internazionale e comunitaria (PCC, PECL, D-CFR), da una recente pubblicazione della belga *Revue de droit international et de droit comparée* (n. 2015/2, Bruxelles), dedicata allo specifico problema in considerazione delle diverse soluzioni offerte dai Paesi analizzati più nello specifico (nella specie, Francia, Belgio, Cina, Germania) e, più in generale, dal panorama internazionale. Per un'analisi delle regole ricostruite nelle citate fonti persuasive sul *unforeseeable change of circumstances*, cfr. anche B. Fauvarque Cosson, D. Mazeaud (a cura di), *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference*, Sellier, München, 2008, p. 549 sg.; R.A. Momberg Uribe, *The Effect of a Change of Circumstances on the Binding Force of Contracts*, Utrecht, 2011.

¹³⁰ Sul portato della formula utilizzata dal vigente art. 1372 c.c («il contratto ha forza di legge»), v. di recente A. Astone, *Contratto negozio regolamento: contributo allo studio del negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 93 sgg. L'accezione in un certo senso pre-giuridica e morale, oltre che funzionale all'organizzazione sociale ed economica, è ricordata da V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 532

Ben consapevoli del fatto che trattare di ‘sopravvenienze’ senza ulteriori aggettivi e precisazioni può servire solo in via di approssimazione alla definizione problema, può dirsi che l'impostazione ermeneutica maggioritaria si è sviluppata attorno alla considerazione che nel sistema disciplinare codicistico delle risoluzioni contrattuali vi sia, come si vedrà, non solo una funzione regolamentare specifica (di rilevanza di certe sopravvenienze impossibilitanti o eccessivamente gravose), ma anche un ruolo ricostruttivo di principi generali in materia di rischi contrattuali: il debitore, fintanto che la prestazione è possibile non dovrebbe poter essere liberato; e, dall'altro lato, il creditore dovrebbe farsi carico di quanto accade, invece, nella propria ‘sfera giuridica’, salvi i casi di eccessiva onerosità sopravvenuta per eventi straordinari (art. 1467 c.c.).

Le norme che nel corso del tempo hanno mostrato di assegnare rilevanza ad eventi sopravvenuti sono state per lo più ricostruite come norme di natura tecnicamente eccezionale, di deroga a quelle regolari¹³¹, ovvero comunque speciali e di stretta interpretazione. Sulla base di questa lettura, tramandataci dalla tradizione, le sopravvenienze sarebbero dunque un fenomeno per definizione tendenzialmente irrilevante, ovvero rilevante solo in casi eccezionali e/o specifici, ammessi dalla legge o dal contratto stesso¹³².

(«l'imperativo morale di tener fede alla parola data»). Similmente G. Osti, voce *clausola rebus sic stantibus*, in *Nov. Dig. It.*, Utet, Torino, 1957, p. 353. Si v. anche le considerazioni di E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002 (ed. orig. 1960), p. 42 sgg., a proposito del fondamento dell'autonomia privata, concetto in cui si compendia la riconosciuta potestà di vincolare/vincolarsi. Il conflitto tra *pacta sunt servanda* e *clausola rebus sic stantibus* costituisce il leit motiv della problematica: tra i molti, cfr. F. Macario, *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in «Riv. della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze (SSEF)», n. 3, 2005, p. 119; E. Hondius, H.C. Grigoleit, *Unexpected circumstances in european contract law*, CUP, Cambridge, 2011, che osservano come «a contract, once concluded, binds the parties and it is intended to remain binding even the circumstances change» per poi ammettere un limite alla *binding force*, quando «some occurrences go beyond the reasonable expectations of the parties» (pp. 1, 15 e sgg.).

¹³¹ Per questo contenuto della norma eccezionale, F. Modugno, voce *Norma singolare*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978. I criteri tradizionali di distinzione tra norme generali, speciali ed eccezionali, sono riassumibili, come rileva S. Meucci, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 209 sgg., nel senso che per norme speciali si intendono quelle che «specificano le previsioni generali con riferimento a determinate situazioni, indicando la regola di una classe, di un gruppo», aggiungendo «un *quid pluris* che restringe l'ambito applicativo della norma generale» (ma, si rileva, potrebbe anche estenderlo a casi non previsti, con il dubbio se si tratti, in tal caso, di norma generale), mentre per norme eccezionali, si intendono norme produttrici di effetti diversi rispetto alle norme generali, «derogate o escluse per incompatibilità». Secondo E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971 (ed. orig. 1949), p. 91, la norma eccezionale dovrebbe individuarsi anche sulla base della ragione della sua esistenza, ovvero l'interesse ad essa sotteso, di tipo intrinsecamente contingente. In tema anche il fondamentale contributo di R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 117 sgg., ove si trova un'analisi attenta e approfondita delle possibili antinomie e della distinzione tra relazione di specialità ed eccezionalità.

¹³² Evidentemente la libertà contrattuale di disciplinare le sopravvenienze tramite l'inserimento di clausole contrattuali (e.g. condizionali o di esclusione o limitazione di responsabilità, ovvero con la previsione di penali o clausole risolutive) comporta la necessaria attribuzione di rilevanza a certi eventi sopravvenuti. Il problema della giustificazione del rimedio, in queste ipotesi, è tuttavia prevalentemente questione interpretativa e, tutt'al più, dei limiti che l'autonomia privata incontra nella previsione di moduli di spartizione del rischio (si pensi alla irragionevolezza-immeritevolezza dell'alea unilaterale su cui si concentra la recente giurisprudenza in materia di contratti aleatori, ovvero al controllo equitativo della

L'interpretazione restrittiva e tassativa delle norme codificate dettate per la gestione delle sopravvenienze non è stata, però, ritenuta appagante in ogni circostanza. Gli interpreti, soprattutto quelli 'pratici', hanno così operato in direzione opposta, ampliando le maglie del sistema legale dei rimedi per le sopravvenienze contrattuali.

Si è infatti sviluppata pressoché in ogni ordinamento occidentale¹³³, da tempo immemorabile¹³⁴, sia di *civil* che di *common law*¹³⁵, la ricerca diretta ad enucleare casi di rilevanza delle sopravvenienze, sia che vi fossero, sia che non vi fossero norme espressamente dedicate al fenomeno, di modo da estendere la rilevanza giuridica alle sopravvenienze per così dire 'atipiche'¹³⁶, non riconducibili ai casi eventualmente ed espressamente regolati da norme di legge. L'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza, da noi, come in altri ordinamenti¹³⁷, permette di cogliere la portata effettiva delle c.d. eccezioni al principio di vincolatività del contratto. Da tale analisi può anticiparsi, viene ad essere messo in luce come tale eccezionalità sia un carattere più apparente che reale. Sembra, infatti, più corretto parlare di una

clausola penale). Rispetto dunque alle regole legali di rilevanza delle sopravvenienze in queste ipotesi il problema è risolto a monte, dalla presenza di una volontà contrattuale specifica nel senso di fissare una certa ripartizione dei rischi contrattuali. Il problema è, dunque, in questo caso, prevalentemente interpretativo. Nel caso della ripartizione legale dei rischi, invece, è centrale il problema del rapporto tra legge e libertà contrattuale, e dunque della valenza cogente delle norme e dei rimedi giuridici legalmente previsti.

¹³³ Il fenomeno è tuttavia comune anche ad altri ordinamenti, e può dirsi destinato ad essere sempre più comune in relazione all'intensificazione delle relazioni di scambio giuridico che i tempi attuali e futuri impongono ed imporranno. Si v. per alcuni spunti F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 70; M. Timoteo, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Cedam, Padova, 2004. In relazione al diritto cinese vigente, con particolare riferimento alle sopravvenienze di tipo quantitativo, v. S. Han, *Basic issues for understanding change of circumstances under chinese contract law*, in «Revue de droit international et de droit comparée», 2/2015, p. 183 sgg. che ricorda il ruolo rilevante, rispetto a tale tematica, del contributo di S. Liang, *Issues of change of circumstances under contract law*, «CASS Journal of Law», 6, 1988. Per alcuni spunti in diritto islamico, H.M. Ramadan, *Understanding Islamic Law: From Classical to Contemporary*, Oxford, 2006, p. 96 sgg., che ricorda come il precetto del rispetto della parola data ritrovi la sua origine nel Corano, ma che il tema delle sopravvenienze sia tema considerato anche in quell'ordinamento. Di più ampio respiro, sempre con riguardo al diritto islamico, è il contributo di W. El-Malik, *The Islamic Concept of Changed Circumstances and its Application to Mineral Agreements*, Citation: 2 Y.B. Islamic & Middle E. L. 12 1995 (con specifico riferimento all'approccio islamico alle sopravvenienze, spec. p. 17 sg., ove cenni alle teorie elaborate dalle varie scuole in relazione a tale specifico tema).

¹³⁴ Come le vicende della *clausola rebus sic stantibus* insegnano, e delle quali ci informa G. Osti, voce *Clausola rebus sic stantibus*, cit., 353. Secondo l'A. il problema «dell'impreveduto mutamento della situazione di fatto che il promittente poté rappresentarsi quando assunse l'impegno, formò oggetto di meditazione fin quando la promessa non era ancora riconosciuta in sé e per sé come idonea fonte di obbligazione giuridica, indipendentemente cioè dalla sussistenza di una causa tipica o dal rivestimento in forme determinate; e quindi con riferimento al mero dovere morale che in ogni caso ne scaturisce».

¹³⁵ L'identità di problema giuridico, nella diversità degli strumenti utilizzati per risolverlo, è la chiave di lettura offerta da R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 695 sg., e non sfugge, evidentemente, alla lettura comparatistica proposta da K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, II, Istituti, Giuffrè, Milano, 1995, p. 220 sgg.

¹³⁶ Per questa terminologia, fra i molti, R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 722 sgg.

¹³⁷ Davvero illuminate, dal punto di vista dello stato attuale dell'arte dei Paesi europei in materia di rilevanza delle sopravvenienze, è l'opera di E. Hondius, H.C. Grigoleit, *Unexpected circumstances*, cit., *passim*.

regola speciale di gestione di un fenomeno diversamente regolare¹³⁸. Deve infatti essere distinto il fatto che il fenomeno da regolare abbia in sé caratteri di eccezionalità, dalla natura delle regole che intervengono a disciplinare il fenomeno stesso. Resta fermo, dunque, il principio della vincolatività del contratto¹³⁹, ma si arricchiscono i casi in cui il contenuto vincolante del contratto si modula in relazione alle proprie circostanze.

1.1 La lettura del fenomeno delle sopravvenienze in chiave di rischio contrattuale

Una chiave di lettura particolarmente fortunata del fenomeno delle sopravvenienze è quella dell'analisi (della ripartizione) dei rischi contrattuali¹⁴⁰. Pur essendo riscontrabili dubbi in merito alla valenza unitaria del termine a livello giuridico, il 'rischio' dovrebbe intendersi come possibilità di verifica di «un evento che ine-

¹³⁸ Ed infatti, una volta ammesso che certe sopravvenienze contrattuali abbiano un preciso rilievo in ordine al mantenimento in vita del contratto, tali sopravvenienze vengono riferite proprio al principio di vincolatività del contratto, inteso come quello specifico contratto stipulato sul presupposto che la sopravvenienza non si sarebbe verificata.

¹³⁹ In relazione al valore della formula della «forza di legge del contratto», di cui all'art. 1372 c.c., un primo riferimento si ritrova in V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 531 sgg., circostanziato (precisando che il valore del *vinculum* è stato oggetto di "attacco" dalla disciplina consumeristica, attraverso la introduzione delle nullità relative e, massime, dei c.d. 'recessi di pentimento') poi in Id., *Il contratto del duemila*, cit., pp. 34-35. Assai approfondita è l'analisi di G. De Nova, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, Padova, 2011, p. 217 sgg.

¹⁴⁰ In materia di rischio contrattuale la letteratura specifica può dirsi relativamente recente. Ed infatti (come ci ricorda I. Birocchi, *Rischio (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989), se pure la stessa tradizione romanistica ne aveva fatto oggetto di approfonditi studi elaborando la figura del *periculum*, tale ambito di analisi finiva per concentrarsi su singole tipologie contrattuali. A ciò si prestarono meglio il contratto di compravendita, e, in seguito, la *locatio rei* e la *locatio operis*. Qualcosa sembra mutare nel corso del secolo appena passato, come nota A. Giampieri, voce *Rischio contrattuale*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1998, par. 2, quando attenta dottrina (si tratta di Gino Gorla, con il noto contributo intitolato al «rischio e pericolo nelle obbligazioni» del 1934) fece rilevare che in realtà il rischio non possa essere collegato alla sola compravendita od alla *locatio operis*, ma che, al contrario, ogni prestazione (si risolva in un 'dare' o piuttosto in un 'facere') debba ritenersi esposta a tale evenienza. La dottrina è poi progredita, facendo sempre più spesso riferimento all'analisi della ripartizione dei rischi contrattuali come uno dei possibili metodi di analisi del contratto finalizzato alla risoluzione di controversie involgenti, soprattutto, la tematica delle sopravvenienze. In questo percorso, dalla nota e apprezzata monografia di M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., *passim* (con alcune idee poi rielaborate e sviluppate in occasione del volume a più mani G. Alpa, M. Bessone, E. Roppo, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, cit.), possono vedersi i contributi di: G. Alpa, *Rischio contrattuale*, in *Nov. Dig. It.*, App. VI, Utet, Torino, 1986; Id., *Rischio (dir. Vig.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Giuffrè, Milano, 1989; M. Ambrosoli, *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2002; M. Mantello, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Jovene, Napoli, 2003; P. Gallo, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992; M. Zaccheo, *Rischio e sopravvenienza*, Giuffrè, Milano, 1994; R. Tomassini (a cura di), *Sopravenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2003; F.P. Traisci, *Sopravenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Esi, Napoli, 2003; M. Barcellona, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in «Eur. Dir. Priv.», Milano 2003, pp. 467-501; G. Di Giandomenico, D. Riccio, *I contratti speciali: i contratti aleatori*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 35 sgg.

risce alla sfera di un soggetto quale situazione a lui potenzialmente sfavorevole»¹⁴¹. Si tratta di un aspetto direttamente connesso alle regole di responsabilità e garanzia¹⁴², osservato essenzialmente proprio attraverso i casi di rilevanza delle sopravvenienze contrattuali e, in uno con essi, della risoluzione del contratto¹⁴³.

Condividendo l'affermazione che la «conclusione di un contratto espone al rischio di ogni iniziativa economica»¹⁴⁴, il problema posto dalle sopravvenienze consiste nella gestione di questo rischio, e, dunque, nella sua ripartizione tra i diversi soggetti coinvolti. La questione torna a coinvolgere i rapporti tra ordinamento giuridico e contratto, laddove consente alle parti di regolare i propri diritti ed interessi disponibili, fissando tuttavia delle regole, dispositive o imperative¹⁴⁵, di limite alla creazione privata in deroga ai criteri di ripartizione 'naturali' stabiliti dalle norme dispositive.

Costituisce un dato di esperienza il fatto che il contratto, specie quello caratterizzato dal fattore temporale, abbia un'inevitabile porzione di incertezza, soprattutto rispetto al futuro¹⁴⁶; e anche che l'incertezza aumenta proporzionalmente all'aumentare dei fattori che rilevano ai fini della corretta attuazione del contratto. Un contratto ad esecuzione istantanea e non differita potrà implicare tutt'al più il rischio di una minore capacità di soddisfazione nel futuro della prestazione ricevuta; i contratti invece che prevedono un'esecuzione differita o comunque protratta nel tempo richiederebbero che la ripartizione del rischio fosse ben individuata rispetto a quegli eventi in grado di incidere sulla corretta attuazione del rapporto.

D'altro canto, immaginare un contratto al riparo da ogni rischio è assai irrealistico, oltre che, si afferma, persino anti-economico¹⁴⁷. Dunque è necessario indagare fino a che punto possa tollerarsi l'«economia» (ossia, più brutalmente, il risparmio)

¹⁴¹ M. Zaccheo, *Rischio e sopravvenienza*, cit., p. 18, concetto poi ulteriormente specificato a p. 62, con le parole di A. Pino.

¹⁴² Oltre a quanto affermato da Id., op.loc.ult.cit., altra autorevole Dottrina osserva che «una efficiente dottrina della responsabilità contrattuale è destinata ad integrarsi con una dei rischi e/o meglio con una dottrina che stabilisca il modo con cui i rischi, derivanti dalla sopravvenienza di eventi, possono essere ripartiti tra i contraenti». Così A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 101.

¹⁴³ Cfr. dottrina citata in nota 140.

¹⁴⁴ Questa constatazione, dai tratti lapalissiani, ma nonostante ciò utile da ricordare, si ritrova in M. Bessone, *Adempimento e rischio*, cit., 1.

¹⁴⁵ Si pensi, solo per fare un esempio, alla regola sul divieto di clausola limitativa di eccezioni per dolo o colpa grave, fissata dall'art. 1229 c.c.

¹⁴⁶ Mentre l'incertezza rispetto al passato è regolata essenzialmente attraverso i vizi della volontà e le regole di responsabilità per difetti di conformità. Può essere significativo riportare la definizione di un giurista inglese che descrive il contratto come «uno scambio espresso in maniera imperfetta proiettato in un futuro incerto». S.J. Burton, (Tr. it. a cura di S. Di Paola e R. Pardolesi), in «Riv. Crit. Dir. Priv.», 1984, p. 13. Sulle c.d. 'lacune contrattuali' (a cui può ricondursi anche la tematica del contratto incompleto: v. a breve *infra* nel testo), v. M. Grondona, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, p. 269 sgg.; S. Rodotà, *Le fonti di integrazione*, Giuffrè, Milano, 2004 (ed. orig. 1969), p. 3 sgg.

¹⁴⁷ F. Macario, *Sopravenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del "terzo contratto": regole di condotta e rimedi correttivi*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 192.

in sede di trattative¹⁴⁸, individuandone il limite nei casi nei quali essa finisce per costituire una sorta di atecnico inadempimento (di cura dei propri interessi). Infatti, se emerge un sostanziale inadempimento (di cura dei propri interessi), viene inevitabilmente meno il carattere di non imputabilità della sopravvenienza – intesa in senso lato quale predisposizione delle misure idonee ad escludere o limitare l'effetto svantaggioso della stessa – facendo venire meno la necessità di tutela del soggetto pregiudicato. Si tratta di un'applicazione del principio di autoresponsabilità, secondo cui non può invocarsi a propria scusa un fatto o una circostanza che poteva essere evitata con l'uso dell'ordinaria diligenza¹⁴⁹.

Questi aspetti costituiscono una parte della più ampia tematica della c.d. incompletezza contrattuale¹⁵⁰ e consentono di mettere in evidenza l'aspetto della insufficienza del contratto in ordine alla regolazione di eventi futuri che possono incidere in maniera determinante sul contratto: le parti non prevedono, per una qualche ragione scusabile, che un certo evento possa verificarsi e sconvolgere l'assetto negoziale.

Il criterio giuridico discriminante potrebbe essere quello, suggerito anche dal testo dell'art. 1467 c.c., della 'imprevedibilità', ritenendosi solo la sopravvenienza imprevedibile quella in grado di avere effetti di un qualche tipo sul contratto. Tuttavia, il termine 'imprevedibile' potrebbe non adattarsi al normale corso degli eventi di realtà. Solo per fare un esempio concreto, può menzionarsi il rischio che intervenga una legge ad imporre nuovi obblighi nella costruzione di opere¹⁵¹. Si può intendere come il rischio di un mutamento normativo sia costante, ed accentuato in moltissimi

¹⁴⁸ È la prospettiva, dagli accenti gius-economici, proposta anche da M. Bessone, *Adempimento e rischio*, cit., *passim*, laddove si osservava come il rischio contrattuale si trasferisce mediante l'assunzione di un qualche 'costo'. L'apposizione di una clausola condizionale è un chiaro esempio di ciò: la trattativa ha un costo, e l'inserimento di una clausola contrattuale prevede nella maggior parte dei casi una contropartita da parte di chi ottiene detto inserimento. Per alcuni accenni alla prospettiva gius-economica della contrattazione, cfr. Cap. 3, par. 4.

¹⁴⁹ Il tema della autoresponsabilità, intesa come responsabilità verso sé stessi, ha radici dottrinali e giurisprudenziali profonde nell'applicazione delle regole operative, anche se restano ambiguità di fondo nell'esatta portata precettiva del termine. Nella stretta connessione con la colpa (verso sé stessi), la formula richiama la *Eigenschuld* di elaborazione germanica. S. Pugliatti, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. Dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959 (e ivi spec. par. 2, 9, 10, 14 e 15) ritiene plausibile il fondamento della stessa sul criterio della colpa, salve le ipotesi di responsabilità oggettiva previste dalla legge. Sul tema deve oggi prendersi in esame la monografia di V. Caredda, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim*, ove è svolta attenta analisi dei diversi utilizzi, normativi e operativi, del criterio.

¹⁵⁰ Sulla tematica del contratto incompleto la dottrina è fiorente. A titolo puramente esemplificativo, oltre alle opere già citate sopra alla nota 140, si v. anche i contributi di M. Granieri, *Il tempo e il contratto*, Giuffrè, Milano, 2007; G. Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Cedam, Padova, 2000; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996. Per il contratto 'volutamente' incompleto, inteso come carattere funzionale a un interesse delle parti, A. Fici, *Il contratto "incompleto"*, Giappichelli, Torino, 2006.

¹⁵¹ È il rischio sotteso alla fattispecie decisa da Corte di Cassazione, 24-03-1998, n. 3083, in «Giur. it.», 1998, *Recentissime*, pp. 60-61, avente ad oggetto un contratto di fornitura di carburante collegato con la realizzazione di una stazione di rifornimento, da costruirsi sulla base di un certo progetto. In base alla sopravvenienza di una normativa regionale il progetto avrebbe dovuto essere modificato con nuovi costi e oneri non previamente ripartiti tra le parti. In mancanza di accordo tra le parti, la Corte risolse il contratto per sopravvenuto venir meno della presupposizione.

settori di vita quotidiana regolati mediante il contratto. Anche queste ipotesi, però, come evidenziato dalla giurisprudenza, possono assumere rilevanza giuridica come sopravvenienze contrattuali. Il criterio dell'imprevedibile, dunque, seppur più rigoroso, non è quello accolto e applicato. Il diverso criterio che si ricostruisce dall'analisi della giurisprudenza è quello, di più ampia applicazione, dello 'scarsamente probabile'. Viene così ad assumere particolare rilievo il criterio, già ricordato, dell'onere di regolazione, dovendosi valutare le controversie concrete anche in termini di diligenza e di auto-responsabilità delle parti: quando le parti non abbiano regolato una situazione che pure era in loro potere fare, e ciò derivi da una colpa inescusabile, la soluzione non può essere quella di un equo temperamento degli interessi, ma quella del rispetto della legge nella ripartizione dei rischi derivanti dalle attività giuridico-economiche. Infatti, la difficoltà di dettare previsioni convenzionali relativamente ad ogni fattore di rischio comporta che le regole legali spesso vengano in aiuto nello stabilire i pesi che gli eventi futuri riservano agli attori economici; quelle regole devono essere rispettate a meno che non risulti che le parti vi abbiano derogato¹⁵².

È però evidente che le regole legali di ripartizione del rischio sono destinate a seguire le sorti della loro stessa interpretazione. La giurisprudenza sulla inutilizzabilità incide su questo aspetto in maniera evidente: una volta che si consideri una prestazione inutilizzabile, ciò implica la conseguenza che certi accadimenti, anche se attinenti alla 'sfera creditoria', possono essere considerati in grado di travolgere l'intero contratto e, quel che più conta, l'eventuale controprestazione cui ha diritto il debitore della prestazione inutilizzabile¹⁵³.

Dal punto di vista normativo, il vigente codice civile prevede due ipotesi generali di risoluzione per sopravvenienza: l'impossibilità sopravvenuta e l'eccessiva onerosità sopravvenuta¹⁵⁴. Come si potrà apprezzare anche nel prosieguo della trattazio-

¹⁵² Molte regole legali possono essere lette proprio nell'ottica della ripartizione dei rischi contrattuali del verificarsi di eventi avversi. Si pensi al principio consensualistico, a cui si riconnette l'effetto del *res perit domino* (art. 1465 c.c.), in base al quale il mero scambio di consensi legittimamente manifestato, a prescindere dalla *traditio* è idoneo a spostare sul compratore il rischio del perimento della cosa, senza che si estingua la sua contro-prestazione pecuniaria. Parimenti, la regola dell'art. 1218 c.c., secondo una diffusa opinione, è da considerarsi una regola di ripartizione del rischio che pone sul creditore il rischio dell'impossibilità, mentre sul debitore grava il rischio della difficoltà. Le regole sulla *mora credendi* confermerebbero tale lettura, fissando solo al momento della mora il passaggio del rischio dell'impossibilità sopravvenuta. Sul punto v. M. Zaccheo, op. ult. cit., p. 56 sgg.

¹⁵³ Questo aspetto è osservato bene da S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, cit., par. 2, il quale richiama Corte d'Appello Firenze, 690/2008, quale esempio di Giudice avvedutosi dell'incidenza della inutilizzabilità della prestazione sull'individuazione di quale fra i contraenti debba sopportare il peso delle sopravvenienze (in quel caso, dei fatti tragici del fatidico 9/11/2001, su una prenotazione per un viaggio in Malesia, terra a maggioranza islamica e potenzialmente a rischio attentati di matrice terroristica).

¹⁵⁴ Diversamente dalla impostazione di R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 692 sgg., che affrontano il problema delle sopravvenienze distintamente da quello dell'impossibilità sopravvenuta, si è ritenuto di seguire l'impostazione di G. Amadio, F. Macario, *Diritto civile*, cit., p. 898 sgg., che invece accomunano le due ipotesi quali forme di emersione del problema delle sopravvenienze contrattuali. Se l'impostazione di Sacco e De Nova è giustificata dalla considerazione che la sopravvenienza propriamente detta è quella che «altera e non distrugge», e richiede dunque un'esigenza di gestione assente nell'impossibilità, più aderente alla realtà del fenomeno sembrerebbe l'impostazione di Macario e Ama-

ne, si tratta di ipotesi particolarmente rilevanti dal punto di vista sistematico e ricostruttivo, e che hanno conosciuto una notevole evoluzione dal punto di vista della interpretazione giuridica.

Oltre a tali ipotesi, sempre riconducibili al tema della gestione delle sopravvenienze, sono numerose le regole che la legge prevede specificatamente in relazione ai singoli contratti¹⁵⁵.

Si può pensare in primo luogo alle diverse previsioni di recesso per giusta causa¹⁵⁶ che ripropongono la questione dei fatti che, in seguito alla stipula, incidono in negativo sull'interesse creditorio per la prestazione dell'altra parte; incidenza oggettivamente apprezzabile, in quanto idonea a giustificare l'accesso alla tutela risolutoria unilaterale. Ancora, si devono ricordare le regole specifiche dedicate alle sopravvenienze in materia di singoli contratti (appalto¹⁵⁷, mandato¹⁵⁸, trasporto¹⁵⁹ ecc.) ove

dio, laddove prediligono la trattazione del tema delle sopravvenienze come fatti che incidono comunque sul contratto, a prescindere dal relativo trattamento giuridico. È innegabile, infatti, che anche il sopravvenuto perimento totale della cosa che ha formato oggetto di un'attribuzione (caso indiscusso di impossibilità 'oggettiva ed assoluta'), richiede una sua gestione, normalmente svolta per il tramite della regola del *res perit domino* (art. 1465 c.c.), ma non sempre (come si può cogliere leggendo la pronuncia di Corte di Cassazione, 21-07-1980, n. 4775, in «Foro it.», 1981, I, pp. 1352-1358; e anche Corte di Cassazione, 28-08-1993, n. 9125, in «I Contratti», 1993, pp. 677-680). In ambito trattatistico, la sistematica che qui è condivisa si ritrova anche nel Trattato diretto da Roppo: F. Macario, *Le sopravvenienze*, in V. Roppo (a cura di), vol. V, *Rimedi-2*, in Id. (diretto da), *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006.

¹⁵⁵ Notano che la «inidoneità della disciplina legale generale a governare efficacemente [...] il rapporto *ex post* ossia dopo gli squilibri creati dall'impatto di sopravvenienze (per definizione, non prevedibili e dunque dalla natura necessariamente atipica) è messa in dubbio dallo stesso legislatore» nel momento stesso in cui provvede a disciplinare le ipotesi tipiche cui si fa cenno nel testo, G. Amadio, F. Macario, *Diritto civile*, cit. pp. 898-899.

¹⁵⁶ Solo per alcuni esempi, previsioni di 'recesso per giusta causa', oltre che nella materia dei contratti di lavoro (per cui v. 2119 c.c.), si ritrovano in tema di revoca del mandato (art. 1723 e 1725) e in tema di contratto d'opera intellettuale (art. 2237 c.c.). Per una rassegna delle diverse ipotesi di recesso legale, cfr. G. Gabrielli, F. Padovini, voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988.

¹⁵⁷ In materia di appalto, emblematico della possibilità di approntare diverse discipline per le sopravvenienze è l'art. 1664 c.c., ritenuto diffusamente «una applicazione del principio della sopravvenienza di cui all'art. 1467 c.c.»: G. Chiné, M. Fratini, A. Zoppini, *Manuale di diritto civile*, Neldiritto, Roma-Lecce, 2013, p. 1710. Per i rapporti tra le due norme A. Luminoso, *Codice dell'appalto privato*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 512 sgg. e, in giurisprudenza, Corte di Cassazione, 03-11-1994, n. 9060, in *De Jure*. Sul contratto di appalto in generale, per alcuni riferimenti essenziali in dottrina si v. C. Giannattasio, *L'appalto*, in E. Cicu, F. Messineo (diretto da), L. Mengoni, P. Schlesinger P. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1977; D. Rubino, G. Iudica, *Dell'appalto*, Artt. 1655-1677, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1992; P. Rescigno, voce *Appalto*, in *Enc. Giur.*, 1988; e ancora A. Luminoso, op. ult. cit.

¹⁵⁸ Nel contratto di mandato vi sono diverse norme che servono a gestire gli eventi sopravvenuti. Così, in *primis*, il riferimento a un contenuto implicito del mandato, ricavabile dall'art. 1708, che stabilisce che gli atti necessari al compimento del mandato siano inclusi nel mandato stesso (comma 1), purché non abbiano natura straordinaria (comma 2). Anche l'art. 1711, c. 2, consente di ricavare la possibilità di modifica del contratto qualora si manifestino «circostanze ignote al mandante» e sempre che tale diversità non possa essergli comunicata in tempo (seppure, con i moderni mezzi tecnologici, l'ambito della previsione risulta di molto diminuito). La sopravvenienza, in quel caso, obbliga la parte ad un vero e proprio obbligo di informazione in corso di contratto, previsto espressamente dall'art. 1710 c.c., laddove compare il riferimento alle 'circostanze sopravvenute' che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato. A tal proposito, la revoca del mandato, in particolare del mandato oneroso per giusta causa (art. 1725 c.c.) è direttamente riconnessa dalla legge alla questione delle sopravvenienze, laddove,

sono previsti limiti di rilevanza giuridica, e regole ed obblighi di esecuzione in capo alle parti, volti ad evitare o comunque a mitigare le conseguenze pregiudizievoli conseguenti alle sopravvenienze stesse¹⁶⁰. Inoltre, regole che assegnano rilevanza alle sopravvenienze possono essere intraviste anche in altre discipline non direttamente deputate alla loro gestione, ma che, nel loro portato pratico, finiscono per svolgere anche tale funzione¹⁶¹.

Proprio la previsione di regole operazionali di diversa matrice all'interno dell'ordinamento ha fatto sì che si siano sviluppate interpretazioni dottrinali che ricostruiscono diversi modelli di gestione della sopravvenienza, incentrati sulla diversità di modelli di relazione contrattuale. Non vi sarebbe dunque un modello unico di tutela e di gestione delle sopravvenienze, ma diversi modelli¹⁶², a seconda della tipo-

più in generale, discorrendo di giusta causa, si introducono valutazioni di fatti idonei a rendere giustificato il recesso unilaterale da un contratto a prestazioni corrispettive, quale il mandato oneroso. Per un approfondimento di questi aspetti, M. Costanza, voce *Revoca*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1998, par. 3 (secondo cui la revoca del mandato appartiene alla «categoria di atti nei quali la revoca è prevista non come espressione della libertà di rivedere determinazioni assunte, ma come strumento per risolvere situazioni di cui sono mutati i presupposti o le circostanze»); F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit. (1996), p. 120 sgg.

¹⁵⁹ Ad es., cfr. artt. 1686 («Impedimenti e ritardi nell'esecuzione del trasporto»), 1690 («Impedimenti alla riconsegna»), 1693 («Responsabilità per perdita e avaria»), 1695 («Calo naturale») c.c.

¹⁶⁰ L'analisi della varietà di regole specifiche nelle varie tipologie, seppure nell'ottica di valorizzare le soluzioni conservative del contratto, è compiuta da F. Macario, op. ult. cit., p. 103 sgg. L'Autore analizza in particolare le regole legali di gestione delle sopravvenienze in materia di somministrazione (con particolare riferimento al corrispettivo, all'entità della somministrazione), di appalto, di locazione, di mandato, di assicurazione, di contratti bancari e di finanziamento, di fidejussione.

¹⁶¹ È quanto può osservarsi, ad esempio, per la garanzia nella vendita e nell'appalto, laddove il vizio (o anche l'evizione nella vendita), pur se sopravvenuto, consente di invocare una forma rimediabile che è, nella sua oggettività, scelta ordinamentale per la gestione di quella sopravvenienza (il vizio) nel senso più favorevole al garantito; pur fissandosi dei limiti temporali per la tutela particolarmente severi. Alcuni spunti per questa lettura della garanzia, ed in particolare per il suo collegamento con la più ampia tematica della rilevanza dei presupposti del contratto, si rinvencono in F. Martorano, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Jovene, Napoli 1959, ed ivi in particolare i passaggi a pp. 51-52, p. 70, p. 178. L'Illustre A. ritiene che alla presenza di vizi della cosa, si verifica «un'incongruenza tra scopo pratico perseguito dal compratore ed il mezzo prescelto, incongruenza che ha alla sua radice una falsa rappresentazione della condizione dell'oggetto sotto il profilo qualitativo» (p. 180). Emerge chiaramente, tuttavia, come l'A. mantenga la propria impostazione su un piano di vizi originari propri dell'atto, senza accedere ad una dimensione di vizio funzionale. Impostazione quest'ultima certamente prevalente nel corso dell'elaborazione successiva.

¹⁶² La diversità di modelli è sottolineata da M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2006, in part. p. 231 sgg. (ma già prima Id., *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e Dir. Privato*, Milano 2003, pp. 467-501). In particolare ritiene l'A. che si possa distinguere due regimi di regolazione sulla base della diversa natura dello scambio: un primo tipo, definito «integrativo» o «conservativo» e, aggiungiamo, con terminologia che sarà ripresa più oltre, «relazionale», cioè «la cui esecuzione presupponga o comporti una rilevante integrazione delle sfere patrimoniali dei contraenti o un rilevante condizionamento reciproco della loro programmazione economica», p. 236; un secondo tipo, «puntuale» (di «tipo consensualistico»), e appropriato per uno scambio, «la cui esecuzione non presupponga e non comporti alcuna duratura interferenza delle sfere patrimoniali dei contraenti ed alcun reciproco condizionamento dei loro ulteriori programmi economici», p. 235). I due modelli sarebbero individuabili in due plessi normativi: l'art. 1664 c.c., dettato in materia di appalto, sarebbe incentrato sul modello integrativo, finalizzato alla «più efficiente allocazione delle risorse» (p. 232) che giustificerebbe le regole di conservazione/modificazione del contratto; l'art. 1467 c.c. invece costituirebbe base per il modello consensualistico, che rispetto alla efficienza,

logia contrattuale di riferimento e, soprattutto, in relazione alla complessità dello scambio e alla durata nel tempo del contratto¹⁶³.

La logica che guida queste recenti interpretazioni differenziatrici risente dell'impostazione dell'analisi economica del diritto. In particolare, si ritiene che più una relazione giuridica sia intrecciata e complessa, più il rimedio per i fattori che sopraggiungono e la mettono in crisi debba cercare prioritariamente di conservare in vita il rapporto. La mera e semplice risoluzione del contratto, con le diseconomie che presenta la *restitutio in integrum*, non è infatti considerato strumento efficiente per questi scambi 'integrati' o di relazione.

Rinviano più oltre ad un'analisi più approfondita di questi aspetti, per il momento può essere sufficiente concentrare l'attenzione sulle due ipotesi generali di sopravvenienza previsti dal Codice civile: l'evoluzione interpretativa e applicativa a cui sono state soggette, consente di trarre numerosi spunti di riflessione per meglio tratteggiare gli argini e il corso nel quale sembra debba essere iscritta anche la teoria della inutilizzabilità della prestazione.

2. Il ricorso alle regole sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione. L'impossibilità di ricevere la prestazione. Evoluzione interpretativa e diversità di piani tra impossibilità e inutilizzabilità

Un primo passaggio fondamentale per procedere nell'analisi è quello di prendere in considerazione la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, regolata in generale dagli artt. 1256-1259 e 1463-1466 del Codice Civile.

Come si è già avuto modo di ricordare, l'interpretazione tradizionale in materia di impossibilità sopravvenuta insegna che l'impossibilità della prestazione è caratterizzata da assolutezza e obiettività¹⁶⁴. Inoltre, in quanto relativa alla 'prestazione',

«privilegia le ragioni della volontà individuale» (p. 231), col che «risulterà del tutto adeguato un regime delle sopravvenienze che si limiti a neutralizzare il rischio sinallagmatico attraverso l'esonero del debitore dall'obbligo di effettuare la prestazione divenuta eccessivamente onerosa» (p. 236). Certamente può osservarsi che l'art. 1664 c.c., laddove prevede che se circostanze imprevedibili abbiano determinato aumenti o diminuzioni di valore superiori al decimo del prezzo concordato (*recte*: 'prezzo complessivo convenuto') sia consentita una revisione quantitativa del contratto (per la parte che eccede il decimo), pone l'interprete di fronte ad un dato regolatorio di innegabile interesse ricostruttivo: da una parte la fissazione di un limite di rilevanza della sopravvenienza, stabilito nei suoi effetti economici (il decimo del prezzo complessivo convenuto); dall'altra la previsione di un solo rimedio conservativo e non caducatorio, come invece stabilito dall'art. 1467 c.c. L'individuazione dei due modelli proposta da M. Barcellona (e nel testo citato, è presente ampia bibliografia, anche storica, di supporto argomentativo), è apprezzata da F. Macario, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, Addenda, 2008, pp. 1056-1057, il quale tuttavia non risparmia alcune osservazioni critiche sulla visione riduttiva del rilievo dello scambio 'integrato', proposta dall'A. (spec. p. 1028, nota 16 e 1056). Cfr. anche Id., *Soprapvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del "terzo contratto": regole di condotta e rimedi correttivi*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008.

¹⁶³ In ordine alla rilevanza dell'aspetto della durata nel tempo del rapporto e dell'accordo contrattuale, oltre alle considerazioni svolte sopra nel testo, si v. quanto riportato nel Cap. 3, specialmente par. 9.

¹⁶⁴ Per assoluto si intende, l'impedimento «che non è superabile in nessun modo, qualunque sia lo sforzo applicato»; per oggettiva, si intende l'impossibilità «che concerne la prestazione in sé» in contrapposizione a quella soggettiva che «attiene alla persona del debitore o alla sua economia». Per queste definizioni v. C.M. Bianca, *L'obbligazione*, cit., p. 531. L'endiadi «oggettiva ed assoluta» riferita

dev'essere arginata agli eventi sopravvenuti incidenti nella sola sfera debitoria¹⁶⁵ e, dunque a quelle incidenti sulla prestazione in sé.

Frequente è, ancora oggi, il riferimento all'endiadi di assolutezza ed obiettività nella nostra giurisprudenza al fine di escludere la rilevanza di impedimenti alla prestazione che si iscrivono nella mera *difficultas praestandi*¹⁶⁶.

Tale impostazione, come noto, dettata anche da ragioni assiologiche volte a individuare un alto livello di 'tenuta' del vincolo obbligatorio¹⁶⁷, è stata sottoposta a revisioni e letture correttive che hanno evidenziato il rilievo di altre regole idonee a conformare il contenuto dell'obbligazione, in particolare mettendo in risalto

all'impossibilità della prestazione si trova ricondotta principalmente alle posizioni di Betti e di Osti, come ricorda C.M. Bianca, op. loc. ult. cit. Si v. infatti G. Osti, voce *Impossibilità sopravvenuta*, in *Nov. Dig. It.*, Utet, Torino, 1957, p. 296, che equipara la impossibilità relativa alla mera 'difficoltà' di prestazione, «grave, eccessiva, enorme, quel che si vuole, ma non impossibilità». Si badi però che alla formulazione dei caratteri dell'impossibilità, così ristretti, faceva fronte, nella concezione dell'A., la ricostruzione della clausola *rebus sic stantibus* come immanente ai contratti caratterizzati dall'elemento della durata nel tempo: cfr. Id., voce *Clausola "rebus sic stantibus"*, cit. Per una ricostruzione delle varie posizioni, v. A. Lombardi, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 27 sgg. Sulla distinzione tra impossibilità soggettiva ed oggettiva, efficace è la sintesi di V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 1009 sg. Afferma invece che l'impossibilità soggettiva sia quella relativa alla possibilità di utilizzare (o godere del-) la prestazione da parte del creditore, S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, cit., p. 1211. Tale accezione, a ben vedere, implica che sia già risolto, in senso positivo, il dubbio circa la assimilabilità della impossibilità della prestazione alla ipotesi della sua inutilizzabilità.

¹⁶⁵ Il concetto di 'sfera' – del creditore e del debitore – sarà in seguito meglio precisato. Intanto può ricordarsi che, secondo l'impostazione tradizionale, gli eventi che ricadono e concernono la sfera creditoria, in quanto relativi sostanzialmente alle possibilità di ricevere o impiegare la prestazione offerta, non potrebbero rilevare quale causa di estinzione dell'obbligazione e del contratto, potendo rilevare tutt'al più ad altri fini (si pensi in particolare alle norme sulla *mora credendi*). Sul punto, v. fin da adesso L. Cabella Pisu, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Art. 1463-1466, cit., pp. 113, e 121 sgg.; Id., *L'impossibilità della prestazione e la "sfera" del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, in «Contr. e Impresa», 1988, p. 547 sgg.

¹⁶⁶ Sulla c.d. *difficultas praestandi*, come criterio di decisione delle controversie concrete, v. A. Lombardi, op. ult. cit., p. 36 sgg.

¹⁶⁷ L. Cabella Pisu, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in G. Visintini (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Cedam, Padova, 2009, pp. 201-202 e nel medesimo *Trattato*, Id. *La nozione di impossibilità come limite della responsabilità del debitore*, p. 201 sgg.; A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 210 sgg. Tale visione sarebbe confermata anche dalle norme sulle sopravvenienze c.d. 'economiche', rappresentate dalla disciplina della eccessiva onerosità sopravvenuta di cui agli artt. 1467 c.c. sgg. In esse, come si potrà apprezzare oltre nella trattazione, si sottolineano, ancora oggi, i caratteri della 'imprevedibilità assoluta' e 'straordinarietà' dell'evento sopraggiunto perturbatore 'eccessivo' dell'equilibrio economico del contratto, quale sintomo della irrilevanza di ogni turbativa prevedibile non assolutamente eccezionale. La problematica del rapporto tra impossibilità e adempimento è in parte comune all'esperienza tedesca, che tuttavia ha avuto una maggior facilità di superare una visione rigorosamente obiettiva, grazie alle norme del BGB, in part. il § 275, che, insieme alla regola della impossibilità liberatoria, prevedevano l'eccessiva onerosità sopravvenuta per il debitore in relazione all'interesse creditorio alla prestazione. La riforma dello *Schuldrecht* ha chiarito meglio il funzionamento di queste regole, come mettono bene in evidenza le ricognizioni di C.W. Canaris, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungstörungen*, in «Riv. Dir. Civ.», 3/2003, p. 23 e G. Cian, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in «Riv. Dir. Civ.», 3/2003, p. 1.

l'aspetto dei limiti dell'adempimento¹⁶⁸. Lo stretto collegamento tra impossibilità e sforzo del debitore doveva in sostanza scindersi lasciando margini di distanza tra l'impossibilità assoluta ed obiettiva e la responsabilità del debitore.

Nota è il richiamo, *in primis*, al criterio della 'diligenza' nell'adempimento, nel rapporto tra art. 1176 e 1218 c.c.¹⁶⁹, laddove in certe prestazioni sia possibile ritenere il debitore adempiente al dovere di diligenza e perciò non responsabile dell'eventuale insoddisfazione creditoria.

Sulla stessa scia si colloca anche il criterio – strettamente connesso ancorché concettualmente diverso – volto a valorizzare il ruolo svolto dalla 'buona fede' nell'ambito del rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.)¹⁷⁰. Sotto l'evidente influsso dell'esperienza germanica, viene così ricostruita l'esistenza di un principio-limite di 'inesigibilità' della prestazione (secondo buona fede) quando la prestazione, pur possibile, comporti uno sforzo per il debitore eccessivo rispetto a quanto pattuito per contratto¹⁷¹.

I sopraccennati correttivi al criterio della impossibilità sopravvenuta quale canone di responsabilità del debitore si sono sviluppati tenendo presente e accentuando gli aspetti specifici delle tipologie di obbligazioni cui riferire l'impossibilità. È infatti evidente che non tutte le tipologie di obbligazioni si prestano ad un medesimo grado di rilevanza del parametro di diligenza, né del medesimo ruolo delle regole di correttezza. Ad esempio, mentre nelle prestazioni di dare, specialmente con oggetto generico, i menzionati criteri correttivi sono grandemente limitati per non dire esclusi¹⁷², nelle obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni di fare, soprattutto infungibile,

¹⁶⁸ Per la ricostruzione di questa evoluzione, v. le pagine chiarissime di L. Cabella Pisu, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in G. Visintini (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I cit., p. 204 sgg.; cfr. anche M. Bessone, *Adempimento e rischio*, cit., p. 390 sgg.

¹⁶⁹ M. Giorgianni, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1975, *passim* e spec. p. 228 sgg. I manuali di istituzioni di diritto privato più moderni mettono bene in evidenza questa evoluzione: cfr. V. Roppo, *Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2014, *passim*; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2009, *passim*. Di interesse risulta osservare che già G. Cottino, *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore*, cit., pp. 447-448 (in nota), aveva messo in evidenza i limiti della distinzione tra obbligazione di risultato e obbligazione di diligenza, nella valorizzazione della diligenza del debitore in ogni obbligazione, sia pure differenziando tra le diverse ipotesi di obbligazione.

¹⁷⁰ L. Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1083; A. Di Majo, *artt. 1173-1176 c.c.*, cit. (1988), p. 361.

¹⁷¹ Le norme del Codice Civile mostrano che, in certe ipotesi, la prestazione si considera impossibile anche quando la cosa non è tale *in rerum natura*. Ciò accade quando la cosa è smarrita senza che possa esserne provato il perimento (1257, c. 1 c.c.). Il debitore qui è liberato, ma ben potrebbe un terzo rinvenire la cosa senza che perciò l'obbligazione torni in vita. Il tema della inesigibilità ha formato oggetto di attenzione degli studiosi anche nella cornice ordinamentale interna, a partire dalle note elaborazioni di L. Mengoni, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in «Riv. Dir. Comm.», 1954, I, p. 185, poi riprese in Id., *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1089. V. anche M. Bessone, *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione. In margine al ruolo delle valutazioni di diligenza e buona fede*, in «Giur. it.», 1972, I, 1, p. 125; D. Castrovinci, *Il problema della inesigibilità della prestazione*, in «Giust. Civ.», 1988, 10, p. 346 sg.

¹⁷² Si pensi al noto brocardo *genus numquam perit* che ancora ricorre nella nostra giurisprudenza (si v. di recente Tribunale Roma, 17-09-2014, n. 18390, in *De Jure*, e Corte di Cassazione, 15-11-2013, n. 25777, in *De Jure*). Sono fatte salve le ipotesi descritte da L. Cabella Pisu, op. ult. cit., p. 219 e p. 487 sgg., di sopravvenuto divieto di circolazione dei beni appartenenti al genere, e di perimento dell'intero

gli impedimenti, anche di tipo soggettivo, sembrano avere maggior possibilità di operare¹⁷³. Dunque, un'accezione almeno in parte anche 'soggettiva' e 'relativa' della impossibilità ha iniziato a farsi strada, oltre che nella dottrina, nello strumentario operativo utilizzato dalla giurisprudenza¹⁷⁴.

L'evoluzione interpretativa si è poi spinta a considerare anche l'impossibilità che colpisce la posizione del creditore, ferma restando la possibilità di prestare del debitore.

Si pongono, in quest'ultimo caso, problemi ulteriori: non è più qui questione di un limite al dovere di adempiere e dunque alla responsabilità del debitore; si tratta piuttosto di considerare alcune circostanze che sopravvengono nella sfera del creditore e che rendono la prestazione del debitore 'priva di concreta giustificazione'. Da questo punto di vista, si comprendono le resistenze manifestate avverso tale ipotesi: si è infatti obiettato che se la prestazione è possibile oggettivamente, quel che accade nella sfera creditoria dovrebbe ritenersi irrilevante perché riguarderebbe un impedimento che, al più, potrebbe rilevare quale giusta causa di rifiuto della prestazione, con esclusione della *mora credendi*; non dovrebbe, invece, estinguersi l'obbligazione con i conseguenti effetti riflessi sul contratto a prestazioni corrispettive. Includere tale ipotesi tra le cause estintive del dovere di adempiere del debitore (con effetti sulla sua eventuale qualità di creditore di un rapporto contrattuale corrispettivo), equivarrebbe ad estendere al debitore stesso un rischio (quello di verifica dell'evento sopravvenuto) che attiene eminentemente alla sfera creditoria e che ricade, in quanto tale, sul creditore¹⁷⁵.

genere nel cui ambito si sarebbe dovuta operare l'individuazione (*genus limitatum*). Il riferimento più frequente è quello che interessa i debiti pecuniari, per i quali è costante l'interpretazione che esclude ogni rilevanza dell'impossibilità sopravvenuta. Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 635 sgg. e P. Trimarchi, *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, in «Riv. Dir. Civ.», 3, 2008, p. 10341, il quale sottolinea come in tal modo si incentri la responsabilità su un criterio di ripartizione legale del rischio. Si deve tuttavia rilevare come, anche in tal caso, il principio non sia assoluto, potendo essere temperato per quanto attiene il profilo di tempestività dell'adempimento (Corte di Cassazione, 18-05-2007, n. 11593, in *De Jure*).

¹⁷³ In materia può dirsi ricca la casistica nei rapporti di lavoro, ove, tuttavia, la rilevanza anche normativa della malattia del prestatore di lavoro facilita l'interprete nella attribuzione di rilevanza ad eventi normalmente ricadenti nella impossibilità tipicamente 'soggettiva' di prestare. Per alcuni riferimenti si v. G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965. Un caso di scuola che si trova spesso citato a proposito della impossibilità soggettiva è quello della prestazione del cantante, ammalatosi la sera dello spettacolo, e impossibilitato a rendere la prestazione canora. In assenza di regolazione di fattori simili, il rischio di tale evento non può che restare a carico del creditore della prestazione. Cfr. anche G. Travaglino, *Art. 1174*, in V. Cuffaro, *Delle obbligazioni, artt. 1173-1217*, cit., p. 68 sgg. Valorizza le obbligazioni caratterizzate da un termine essenziale (*Fixcharacter*), S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, cit., par. 2.

¹⁷⁴ Si riscontra ancora, nell'argomentare delle sentenze, anche se sempre più di rado, il riferimento all'endiadi della 'assolutezza e obiettività' come valore di fondo, quale canone di diligenza che impone di ritenere senz'altro irrilevante una 'mera difficoltà' di esecuzione. Si v. un'ipotesi esemplificativa in Corte di Cassazione, 27-02-2004, n. 4016, in *De Jure* (avente ad oggetto la compravendita di una azienda alberghiera di 19 posti letto, successivamente rideterminati in base alle vigenti norme urbanistiche, in 13) // Ritiene che in giurisprudenza, nonostante le diverse 'formule sacramentali' in senso assolutizzante (nell'endiadi della impossibilità 'assoluta ed obiettiva'), si faccia applicazione della impossibilità in una accezione relativizzante, C.M. Bianca, *L'obbligazione*, cit., p. 533.

¹⁷⁵ Per questi dubbi v. l'esposizione di L. Cabella Pisu, *Dell'impossibilità sopravvenuta, Art. 1463-1466*, cit. p. 126 sgg. Del resto, l'impostazione tradizionale, come in parte ricordato, assegnava alle re-

Eppure, anche in questo caso, la dottrina ha, già da tempo, fatto riferimento alla possibilità di includere tra i meccanismi rimediali per la gestione delle sopravvenienze, quella definita della «impossibilità di ricevere la prestazione»¹⁷⁶. In alcune occasioni¹⁷⁷ anche la giurisprudenza ha ammesso che potessero realizzarsi fatti impossibilitanti nella ‘sfera creditoria’¹⁷⁸.

Sarebbe un errore di prospettiva, si affermava già nella metà del secolo scorso¹⁷⁹, ritenere che la posizione del creditore sia priva di rilievo nell’ambito della disciplina dell’adempimento. Il debitore deve adempiere la prestazione; ma il creditore, da parte sua, ha un dovere di cooperazione all’adempimento¹⁸⁰. I fatti che rendo-

gole sulle sopravvenienze contrattuali un preciso ruolo in ordine alla ripartizione dei rischi contrattuali: il debitore resta vincolato all’obbligazione e al contratto fino a che la prestazione resta oggettivamente possibile, salvo il limite dello sforzo esigibile ex art. 1176 c.c.; il creditore, da parte sua, si fa carico di quanto accade nella propria ‘sfera giuridica’.

¹⁷⁶ G. Cottino, op. ult. cit.; L. Cabella Pisu, *L’impossibilità della prestazione e la “sfera”* cit., p. 562; e, non senza il consueto approccio critico-analitico, S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, cit.

¹⁷⁷ La giurisprudenza lavoristica e quella resa in materia di contratti di viaggio, soprattutto degli anni ‘80/’90 del secolo scorso, hanno cominciato a porre problemi di questo tipo. Un caso interessante, e da molti citato, è quello deciso da T. Milano 10/04/1989, in «Giur. Merito», 1991, I, p. 99, in cui accadde che il vento eccessivo impedì ad una nave da crociera di attraccare al porto. Per tale ragione non fu possibile ai crocieristi e alla compagnia di crociera ricevere la prestazione degli operatori turistici locali che agirono per l’adempimento. Il tribunale milanese respinse la domanda proprio sulla base dell’equiparazione tra impossibilità della prestazione e impossibilità di ricevere la prestazione. Quale archetipo negativo, invece, si è dato il noto caso di Corte di Cassazione, 26-03-1947, n. 432, (in «Riv. Dir. Comm.», 1947, II, p. 286) in cui un soggetto non poté imbarcarsi sulla nave da crociera, a causa dell’ordine dell’Autorità che impediva agli Ufficiali di complemento della classe, cui egli apparteneva, di imbarcarsi per località straniere. Sempre in senso negativo, si v. Coll. Arb. 08/08/1985 n. 59, («Arch. Giur. oo. pp.», 1986, p. 1313), nel caso di ritardata consegna dei lavori da parte del committente per colpa del ritardo degli appaltatori di precedenti lotti dalla cui esecuzione dipendeva la consegna dei lavori stessi.

¹⁷⁸ Sul significato di ‘sfera creditoria’, illuminanti le pagine di L. Cabella Pisu, *Dell’impossibilità sopravvenuta*, Art. 1463-1466, cit. (2002), p. 113, e p. 121 sgg.; Id., *L’impossibilità della prestazione e la “sfera” del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, in «Contr. e Impresa», 1988, p. 547 sgg. L’A. Chiarisce (op. ult. cit., p. 549), che la ‘sfera del creditore’ in cui incide l’impossibilità sopravvenuta, può essere intesa in due sensi: 1) impossibilità provocata da un fatto imputabile al creditore; 2) impossibilità non imputabile a nessuna delle parti, e relativa al ricevimento da parte del creditore dell’attività dovuta dal debitore o la collaborazione ad essa: «un conto è parlare di sfera di organizzazione e controllo, per valutare l’imputabilità al creditore (o al debitore) dei fatti impeditivi della prestazione; un altro conto è parlare di sfera del creditore per significare che è divenuta impossibile la sua attività di collaborazione o ricevimento della prestazione [...] Si potrebbe allora dire che l’impossibilità di ricevere la prestazione riguarda la sfera giuridica del creditore, ma è determinata da fatti estranei alla sua sfera di controllo e organizzazione».

¹⁷⁹ La posizione di colui che riceve, e dunque l’impossibilità di ricevere «non è a sé concettualmente separabile dall’impossibilità di prestare». Si tratta di «due aspetti di un’unica realtà giuridica»: così G. Cottino, op. ult. cit., p. 452.

¹⁸⁰ Sul «concorso integrativo necessario» del creditore, configurabile nelle obbligazioni il cui adempimento richiede necessariamente la com-partecipazione attiva del creditore, v. G. Stella, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 45. e S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, cit., p. 1213, che estende il ragionamento ai già menzionati *Verträge mit Fixcharakter*. Colpiscono le parole di P. Rescigno, voce *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 182 sgg., che rileva come non sia né utile né necessario riferirsi al modello proprietario e ‘dominativo’ tipico dei diritti reali nella ricostruzione di ogni rapporto giuridico, essendo per converso, la «cooperazione tra i soggetti» il vero modello di diritto comune (così si esprimeva l’Illustre A.: «da struttura e la funzione del rapporto, inteso come una relazione tra soggetti che si

no il creditore impedito, senza sua colpa, nell'adempiere una tale obbligazione (o onere) di cooperazione, possono certamente incidere sulla possibilità stessa della prestazione. Ciò che viene messo in evidenza dagli interpreti è la necessità di distinguere tra categorie di obbligazione, per valutare la rilevanza e sostituibilità della posizione creditoria. La constatazione è che una visione eccessivamente astratta e statica del rapporto obbligatorio impedisce di cogliere la concreta disciplina dei difetti di funzionalità che colpiscono la vita e la funzionalità del rapporto¹⁸¹.

La valorizzazione dei caratteri 'specifici' del singolo rapporto obbligatorio è un dato che mostra di emergere a più riprese nel corso della elaborazione giuridica del secolo appena trascorso. Molte delle ricostruzioni proposte concordano nell'assegnare rilievo al tipo di obbligazione di cui si tratta¹⁸² che, a seconda dei ca-

traduce nel sacrificio della volontà e della libertà dell'uno per la soddisfazione dell'interesse dell'altro soggetto, si ritrovano con puntuale esattezza soltanto nel rapporto obbligatorio, costruito sulla esigenza della cooperazione tra gli uomini e su vincoli che derivano in linea di principio dalla volontà dei soggetti ed hanno carattere temporaneo». Sul punto anche G. Travaglini, op. ult. cit., p. 53 sgg. Sulla natura del dovere di cooperazione all'adempimento, le posizioni sono le più varie e ancora oggi non all'unisono. Per un inquadramento generale, si può ricordare G. D'Amico, voce *Liberazione coattiva del debitore*, in Enc. Dir., Giuffrè, Milano, 1998, par. 5, al quale A. «sembra indubitabile, innanzitutto, che la "cooperazione" del creditore non dia luogo ad una "prestazione" (obbligazione) rispetto alla quale il debitore risulti – a sua volta – titolare di un (diritto di) "credito" (nel significato ordinario del termine)». Limitandosi alle opinioni più autorevoli, D'Amico ne riporta i contenuti essenziali, tra chi ritiene che la cooperazione del creditore formi oggetto di una (vera e propria) obbligazione, e che dunque la *mora accipiendi* altro non sia che una forma di *mora debendi* – così, fra gli altri, Allara (1958) e Rubino (1962) –. Diversa la posizione di A. Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 56 sgg., il quale ritiene possibile ricostruire un concetto ampio di obbligo, nel cui ambito ricomprendere sia gli obblighi facenti capo al creditore sia gli obblighi facenti capo al debitore, quest'ultime le obbligazioni in senso stretto. È alla luce di questa nozione ampia che va altresì intesa l'affermazione di Falzea, secondo cui all'obbligo (di cooperare) del creditore corrisponderebbe al debitore un diritto di natura creditoria. A proposito della posizione di Falzea, si v. ancora G. D'Amico, op. loc. ult. cit., il quale ritiene che non «si attagliano, pertanto [...] le critiche che la dottrina [tra cui Cicala, Romano, Cattaneo,] giustamente rivolge alla configurazione (in via generale) del creditore come debitore della "prestazione" della cooperazione. Questa configurazione "carica", infatti, l'"interesse ad adempiere" del debitore di contenuti impropri (rilevanti – di regola – solo sul piano economico, ma non anche su quello giuridico: interesse a porre in luce la propria capacità, alla diffusione dei propri prodotti ecc.): ma questo rilievo non può muoversi – si ripete – alla ben più avvertita posizione di Falzea, che non a caso usa la formula dell'"interesse a liberarsi mediante adempimento", formula nella quale è chiaro che la tutela giuridica del "diritto ad adempiere" è configurata come strumentale solo rispetto all'interesse alla liberazione». Per questi aspetti, v. anche L. Cabella Pisu, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, cit., 508, e spec. ivi nota 60.

¹⁸¹ E. Ferrante, *Causa concreta e impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in «Contratto e impresa», 1/2009; e L. Cabella Pisu, *La causa non imputabile*, in Visintini G. (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, Cedam, Padova, 2009, p. 266 sg. che osserva altresì che «solo riducendo la nozione di prestazione alla sola condotta, o meglio alla disponibilità di agire del debitore» potrebbe ritenersi che la prestazione sia possibile in certi casi nei quali il creditore non possa riceverla (p. 265).

¹⁸² L. Cabella Pisu, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Art. 1463-1466, cit. assegna rilievo, «secondo il tipo di rapporto», alla collaborazione del creditore «che nel programma d'obbligazione delle parti può avere un ruolo essenziale per rendere possibile in concreto l'adempimento del debitore», (p. 123). Concetti che riprendono quanto già elaborato da Id., *L'impossibilità della prestazione e la "sfera" del creditore*, cit. (1988), p. 562. Similmente, G. Cottino, op. ult. cit., pp. 447-448 (ed ivi spec. nota 20), fa riferimento al tipo di obbligazione, ritenendo che nei casi di obbligazioni a contenuto particolarmente generico sarebbe più difficile configurare un'impossibilità di ricevere o cooperare del creditore. V. anche A.

si, assegna maggiore o minore rilevanza del contributo del creditore ai fini del corretto adempimento¹⁸³: debitore e creditore non possono considerarsi ‘atomi’ del rapporto obbligatorio senza che il loro rapporto ne condizioni, in fondo, lo statuto giuridico¹⁸⁴.

Si è venuta dunque a reputare ammissibile, in certi casi, un'impossibilità della prestazione di tipo ‘sogettivo’, non solo *ex latere debitoris*, ma anche *creditoris*. Così si sono fatti il caso dell'allievo, creditore della prestazione professionale del docente privato, che si ammala ed è impossibilitato a ricevere la prestazione¹⁸⁵; ovvero la distruzione del teatro prima del concerto che ne impedisce la sua messa a disposizione da parte dell'impresario teatrale all'orchestra conduttrice¹⁸⁶. In queste fattispecie viene in evidenza un vero e proprio impedimento alla prestazione: il maestro privato non può eseguire la sua prestazione di insegnamento, perché non ha la possibilità di renderla al creditore; l'orchestra non può prendere spazio nel teatro perché il teatro è inagibile.

Tuttavia, in tali ipotesi, e in generale nella c.d. impossibilità soggettiva *ex latere creditoris* (ovvero ‘di ricevere’) sfugge la reale differenza tra impossibilità che si verifica nella sfera creditoria e debitoria: si tratta pur sempre, a ben vedere di una impossibilità della prestazione¹⁸⁷, che, rispetto alla obbligazione concreta, assume tratti invero più oggettivi che soggettivi. Pur se ‘di ricevere’, e dunque propria del creditore, l'impossibilità che si verifica nelle suddette ipotesi resta strettamente aderente ad una impossibilità di eseguire la prestazione in sé considerata.

Lombardi, op. ult. cit. Per un recente esempio di applicazione giurisprudenziale di questa impostazione ‘differenziatrice’ cfr. Tribunale Milano, 12-02-2014, n. 2106, in *De Jure*.

¹⁸³ Per l'ipotesi del «concorso integrativo necessario» del creditore, cfr. gli Autori citati supra, alla nota 180.

¹⁸⁴ L'obbligazione, quale categoria e concetto giuridico generale, consente di individuare il minimo regolatore di una relazione giuridica (v. U. Breccia, *Le obbligazioni*, cit., p. 1 sgg.; C.M. Bianca, *L'obbligazione*, cit. 14; P. Rescigno, voce *Obbligazioni*, cit.). È però evidente che quando l'art. 1173 c.c., in esordio al Libro IV del Codice, procede ad elencare le fonti delle obbligazioni, pone l'accento sul fatto che proprio la fonte colora l'obbligazione e influisce in modo determinante sul suo regime giuridico. Così come un'obbligazione derivante da fatto illecito troverà una sua disciplina specifica e diversamente articolata sul bisogno di tutela sotteso a tale vincolo giuridico, parimenti un'obbligazione contrattuale non potrà disciplinarsi se non alla luce della considerazione della natura contrattuale e dunque del contratto cui essa si inserisce. In passato il riferimento era al ‘tipo’ astratto; oggi tale riferimento, andrebbe probabilmente riportato al concreto rapporto in cui l'obbligazione si inserisce. Non peregrino appare il riferimento a R. Nicolò, *Scritti giuridici*, Milano, 1990, p. 1382, il quale, con riferimento alla obbligazione contrattuale affermava che «una contrapposizione tra causa del negozio e causa dell'obbligazione, come due entità omogenee con diversi punti di riferimento, è logicamente insostenibile, perché qualsiasi rapporto obbligatorio [contrattuale] trova la sua giustificazione obiettiva esclusivamente nel negozio dal quale deriva e di cui costituisce elemento».

¹⁸⁵ Balza agli occhi la vicinanza sostanziale fra questo caso di scuola e il nostro caso della inutilizzabilità del corso-pilota, discusso *supra*, Cap. 1, par. 3.

¹⁸⁶ L. Cabella Pisu, *L'impossibilità della prestazione e la “sfera” del creditore*, cit., p. 562. Il caso descritto è tratto dalla prassi giudiziaria inglese: si tratta di *Taylor vs. Caldwell*, (1863, Queen's Bench, 3 B.S. 826), su cui v. A. Burrows, *A casebook*, cit., p. 674 sg.; e M. Bessone, *Adempimento e rischio*, cit., p. 190 sgg. (e cfr. altresì *supra*, nota 98, Cap. 1, par. 8).

¹⁸⁷ Sul punto, già G. Cottino, op. ult. cit., *passim* e spec. p. 452.

Volendo provare ad instaurare un parallelo con la figura – «concettualmente diversa»¹⁸⁸ – dell'inutilizzabilità della prestazione, si osserva che questa richiede un ulteriore passaggio. Viene assegnato rilievo giuridico, in tale ipotesi, ad una impossibilità che incide pur sempre nella 'sfera del creditore' (la prestazione è infatti inutilizzabile dal creditore); ma si tratta di un impedimento che attiene non alla prestazione in sé, ma alla sua utilizzazione. È dunque una 'impossibilità' che attiene, a rigore, ad un momento diverso e ulteriore rispetto a quello della esecuzione della prestazione in sé stessa, che resta di per sé possibile, giuridicamente e naturalisticamente^{189 190}.

Probabilmente non priva di senso è una precisazione linguistica, essendo i due termini, quello di impossibilità e quello di inutilizzabilità, simili, ma pur sempre diversi. L'impossibilità attiene, letteralmente, al non poter compiere una certa azione o attività pur volendo¹⁹¹, e non è un caso che, tradizionalmente, gli si ascrivano i caratteri di absolutezza e obiettività: per l'una qualità, ciò che è impossibile è impossibile in sé, e ciò che è tale per Tizio, dev'essere parimenti per Caio; per l'altra qualità, lo sforzo per comprovare la (im-)possibilità della prestazione deve essere massimo, e finanche estremo, poiché l'eventuale possibilità di agire, in quel caso dimostrerebbe

¹⁸⁸ Come ha cura di precisare la giurisprudenza: cfr. Corte di Cassazione, 24-07-2007, n. 16315, cit.

¹⁸⁹ In questo senso, non sembra conferente il richiamo all'impossibilità di utilizzazione da parte di Corte di Cassazione, 04-05-2015, n. 8867, cit. Il caso concreto concerneva un corso di lingue di lunga durata (sedici mesi). Accadde che dopo aver versato l'acconto, e in concomitanza con l'inizio delle lezioni, la figlia del corsista si ammalò di una malattia grave, che la condurrà dopo pochi mesi alla morte. La Corte di Cassazione ritenne il contratto non risolubile, con salvezza dell'acconto e condanna al saldo, quantunque non fosse stato fruito il corso. Diverso, ritiene la Corte, sarebbe stato il caso «in cui la malattia della figlia avesse determinato uno squilibrio fisio-psichico del M. tale da impedire l'utilizzabilità della prestazione della Società.» Prosegue la Corte: «nonostante la gravità dell'evento che ha colpito il signor M., non può predicarsi l'impossibilità di fruire della prestazione, ma solo il sopravvenuto disinteresse, il disagio psicologico e la difficoltà verosimilmente di apprendimento conseguente ad un evento così sconvolgente come quello che ha colpito la figlia e che è sfociato poi nell'esito letale». Si confondono però, come nel caso del corso-pilota già discusso *supra*, i piani della prestazione (possibilità) e del suo utilizzo (utilizzabilità). Il problema che si poneva nel caso di specie era quello della possibilità stessa di ricevere la prestazione da parte del creditore, non anche del suo utilizzo.

¹⁹⁰ Un antecedente significativo di questa apertura, si è avuto in materia di contratti di lavoro, dove un'ampia casistica ha messo in luce la rilevanza di un interesse del creditore della prestazione (datore di lavoro) ad una integrità delle prestazioni dei debitori, ritenendosi che uno sciopero attuato con modalità in grado di impedire il funzionamento ordinario della produzione e protratto nel tempo, legittimasse il creditore a sospendere i debitori che volevano effettuare la prestazione. Il ragionamento era incentrato proprio sulla inutilizzabilità della prestazione da parte del creditore, in mancanza delle prestazioni rese dagli altri. Per fare un esempio, si pensi al caso dello sciopero 'a scacchiera' (avente proprio il fine di rendere inutile la prestazione possibile dei lavoratori) che, secondo alcune pronunce, rende il datore di lavoro legittimato a sospendere la prestazione dei lavoratori non scioperanti, in quanto è impossibile (nel senso che è inutilizzabile) per lui, ricevere la prestazione di costoro senza ricevere al contempo quella degli scioperanti (Corte di Cassazione, 04-03-1987, n. 2282, in *De Jure*). In relazione a queste fattispecie concrete, si v. L. Cabella Pisu, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, cit., pp. 510-510, con dovizia di precedenti giurisprudenziali citati. Per la materia giulavoristica si v. le indicazioni bibliografiche *supra* alla nota 173.

¹⁹¹ Impossibilità: «condizione che esclude il compimento o all'attuazione di qualcosa; che procede da ostacoli contro cui nulla può la volontà», G. Devoto, G.C. Oli, *Dizionario della lingua Italiana*, Firenze, 2009 (*ad vocem*).

al contrario la sua natura di azione possibile¹⁹². L'inutilizzabilità¹⁹³, invece¹⁹⁴, implica una valutazione della destinazione d'uso della cosa: la cosa esiste (ovvero la prestazione è materialmente possibile), ma è inutilizzabile dal creditore 'rispetto all'uso cui era destinata'. È dunque solo rispetto alla destinazione d'uso che può dirsi se la cosa è allo stesso adatta oppure no. Mentre la possibilità della cosa o dell'azione è concetto di per sé assoluto e generico, l'utilizzabilità non può che essere riferita all'uso, alla destinazione che, per quanto ampia, è necessariamente specifica rispetto all'oggetto di analisi.

Ritornando da un piano linguistico ad uno giuridico, ci sembra che il tema dell'utilizzabilità confermi la rilevanza dei due aspetti che anche il piano linguistico consente di far emergere. Ed infatti, l'inutilizzabilità pone in rilievo sia la concretizzazione del rapporto rispetto a cui è dato il problema sia, sotto altro contiguo aspetto, il piano dell'interesse di colui che deve utilizzare la prestazione: se una prestazione ha una certa specifica destinazione, anche l'interesse creditorio viene a caratterizzarsi in relazione a tale potenzialità. Senza il riferimento all'interesse creditorio non sembrerebbe quindi possibile, come mostra del resto la giurisprudenza da cui si è preso le mosse, fare ricorso ad una valutazione in termini di utilizzabilità della prestazione. E viceversa, il riferimento alla inutilizzabilità della prestazione consente di far rilevare l'interesse creditorio sotteso all'adempimento della prestazione.

Ciò posto, mette conto rilevare come a fronte dell'attenuazione dei caratteri più rigidi della disciplina dell'impossibilità sopravvenuta, il confine con le ipotesi di riconosciuta inutilizzabilità diviene molto labile. Il dubbio che l'inutilizzabilità possa risultare una categoria meramente descrittiva è corroborato dal fatto che la disciplina richiamata dalla giurisprudenza per la regolazione del conflitto sia proprio quella della impossibilità sopravvenuta.

3. Segue: La disciplina dell'impossibilità sopravvenuta e l'ambito contrattuale

Si è già avuto modo di rilevare che l'assegnazione di rilevanza giuridica all'interesse creditorio nell'ambito del rapporto obbligatorio, fissata positivamente

¹⁹² V. infatti le già ricordate parole di G. Osti, voce *Impossibilità sopravvenuta*, cit. (1957), p. 296, che equipara la impossibilità relativa alla difficoltà, «grave, eccessiva, enorme, quel che si vuole, ma non impossibilità».

¹⁹³ Inutilizzabile: «che non può essere utilizzato, che è escluso da qualsiasi possibilità di impiego funzionale, inservibile, inutile». Utilizzare: «impiegare con profitto, usare, sfruttare». Entrambe in G. Devoto, G.C. Oli, *Dizionario della lingua Italiana*, Varese, 2009 (*ad voces*). Nella radice stessa di 'utilizzabile' si dà già quella di *utilitas* e di *uti*, usare, e *utilis*, usabile. Da *Vocabolario etimologico della lingua italiana on-line* (consultabile all'indirizzo web: <www.etimo.it> (01/16)), *ad vocem*, e da A. Gianni (diretto da), *Dizionario Italiano Ragionato*, D'Anna-Sintesi, Firenze, 1988, *ad vocem*.

¹⁹⁴ Pur contenendo in sé un riferimento al significato di 'possibilità' dato dal suffisso in «-abile»: [dal lat. *-abilis*]. – Suffisso derivativo di aggettivi tratti da verbi della coniug. in *-are*. I derivati hanno senso passivo ed esprimono la possibilità o la necessità di quanto predicato dal verbo», da *Dizionario Treccani Online*, consultabile alla pagina web: <http://www.treccani.it/vocabolario/abile_res-e99f1252-000b-11de-9d89-0016357ee51/> (01/16)

dall'art. 1174 c.c., non determina automaticamente la sua rilevanza sul piano della relazione contrattuale.

Le norme codicistiche riflettono questa diversità di piani, valorizzando essenzialmente il dato del sinallagma contrattuale, e articolando un diverso meccanismo rimediale per il caso dell'impossibilità parziale e per quello dell'impossibilità totale. Sul piano della singola obbligazione, l'art. 1256 c.c. disciplina quel modo di estinzione dell'obbligazione 'non soddisfacitorio' dell'interesse creditorio in cui consiste l'impossibilità sopravvenuta (totale) della prestazione che forma oggetto dell'obbligazione¹⁹⁵.

L'eliminazione totale della prestazione incide sul contratto sinallagmatico determinando l'alterazione, o meglio, la vanificazione dello scambio (una prestazione viene ad essere priva di contropartita). Di fronte a tale grave evento, la disciplina legale del rimedio è semplicemente quella della risoluzione retroattiva del vincolo (art. 1463 c.c.), salvi solo gli effetti già prodottisi e le prestazioni già effettuate nelle relazioni di durata (contratti a prestazioni continuate o periodiche)¹⁹⁶.

Viceversa, l'impossibilità sopravvenuta parziale (art. 1258 c.c.) non ha effetti liberatori totali. Infatti, sul piano atomistico (e più astratto) della singola obbligazione, questa non si estingue e il debitore si libera eseguendo la prestazione rimasta possi-

¹⁹⁵ Oltre alla letteratura già citata nel corso della precedente trattazione, si v. anche i contributi di: O. Cagnasso, voce *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, *Diritto Civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVI, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1989; C. Marchesini, *L'impossibilità sopravvenuta, nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2008; B. Inzitari, *Inesigibilità della prestazione, impossibilità della prestazione*, in «NGCC», 1993, I, p. 857; R. Sacco, voce *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1998. La distinzione classificatoria tra modi soddisfattori e non soddisfattori di estinzione della prestazione è la più accreditata: A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit. p. 679 sgg.; G. Amadio, F. Macario, *Diritto civile*, cit., p. 436 (che danno conto delle possibili classificazioni alternative, meno convincenti e più frammentarie, incentrate sulla struttura, sulle modalità di produzione degli effetti, sulla tipologia di effetti); C.M. Bianca, *L'obbligazione*, cit., p. 430 (si riferisce terminologicamente alla distinzione tra «satisfattivi» e «non satisfattivi»).

¹⁹⁶ Di particolare interesse risulta la precisazione che l'art. 1463 c.c. pone rispetto al proprio ambito applicativo, consistente nei contratti a prestazioni corrispettive. Tale precisazione risulta di particolare importanza in quanto presuppone che, nell'operatività del rimedio sia implicata una valutazione della sinallagmaticità dello scambio (originario) e degli effetti (sopravvenuti) della sua alterazione. Una prestazione impossibile infatti estingue l'obbligazione cui la prestazione si riferisce. Ma la prestazione ancora possibile potrebbe essere oggettivamente adempiuta e dunque richiesta. Ciò che rende inesigibile la prestazione, ed anzi, ne determina l'estinzione a seguito di risoluzione del contratto, è la considerazione del difetto di giustificazione della prestazione stessa, che era nata in considerazione della esistenza della altrui prestazione. Non v'è chi non veda che questo meccanismo giustificativo riproponga un ragionamento assimilabile alla *consideration* di diritto anglosassone. In fondo, la considerazione atomistica dello scambio, fondata sull'analisi del singolo rapporto obbligatorio, implica la considerazione, sul piano funzionale, proprio della esistenza di una contropartita. Per alcuni spunti di riflessione in tema di «giustificazione della promessa», v. le ancora attuali riflessioni di G. Gorla, *Il contratto*, I, cit., p. 185 sgg. e p. 338 sgg.; M. Tamponi, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in E. Gabrielli (a cura di), *I Contratti in generale*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Vol. I, Utet, Torino, 1999-2008, p. 1793 sgg. Testualmente L. Cabella Pisu, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 488: se «l'obbligazione è inserita in un contratto a prestazioni corrispettive, il suo venir meno fa venir meno anche la giustificazione della controprestazione, che non sarà più dovuta o, se già eseguita, dovrà essere restituita».

bile¹⁹⁷. Dunque, normalmente, l'impossibilità parziale non produce effetti caducatori di per sé. La regola generale richiede, dunque, che la prestazione rimasta possibile, anche solo in parte, dev'essere adempiuta.

Sul piano contrattuale la regola conservativa conosce un correttivo. Nell'impossibilità parziale contrattuale (art. 1464 c.c.) il criterio distintivo tra impossibilità caducante e non caducante è individuato nell'«interesse creditorio», a cui corrisponde l'utilità – oggettiva – della prestazione rimasta possibile: il contratto non si scioglie se il creditore ha un interesse alla prestazione parziale.

In questo aspetto si ravvisa una differenza rilevante con la disciplina della risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta totale. La logica che guida le due ipotesi è assai diversa, affrontando e gestendo in modo distinto il contrapposto principio di vincolatività del contratto¹⁹⁸. Nel caso dell'impossibilità totale, il contratto è considerato 'presuntivamente'¹⁹⁹ inutile e non più giustificato, e come tale è considerato non già risolubile, ma risolto con risoluzione automatica al momento del verificarsi della impossibilità. L'art. 1463 c.c. è chiarissimo²⁰⁰ nel riferirsi ad una azione dichiarativa dell'effetto giuridico conseguente ad un evento impossibilitante. Tale effetto giuridico incide sull'obbligazione e, senza soluzione di continuità, sul rapporto contrattuale.

Nel caso dell'impossibilità parziale, la regola generale è improntata alla conservazione dello scambio, fintanto che esso conservi una sua apprezzabile utilità. Infatti, in primo luogo, l'impossibilità sopravvenuta parziale della prestazione schiude all'altro contraente un diritto potestativo di riduzione della propria controprestazione per riequilibrare l'assetto contrattuale alterato dalla sopravvenienza²⁰¹. In secondo

¹⁹⁷ L'ipotesi dell'art. 1258 costituisce dunque in tal senso una delle ipotesi previste dall'art. 1181 c.c. in cui la legge impedisce al creditore di rifiutare legittimamente la prestazione. Alla parzialità quantitativa, che implica la divisibilità della prestazione ed è quella regolata dal tenore letterale della norma, la dottrina suole ricondurre anche altre ipotesi di impossibilità qualitativa, ovvero l'inesattezza (ad es. il deterioramento della cosa determinata) o altre difformità, purché non imputabili al debitore: così C.M. Bianca, *L'obbligazione*, cit. pp. 539-540. M. Giorgianni, *L'inadempimento*, cit., p. 50, riconduce in via analogica l'ipotesi del deterioramento all'art. 1464 c.c. Il punto però non può dirsi pacifico, e sarà ripreso più oltre (in questo Cap., spec. par. 3.3.). V. anche il riferimento di L. Cabella Pisu, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, cit., pp. 524-525, all'impossibilità di frazionamento temporale in un contratto di durata (malattia nel contratto di lavoro), che incide sul valore economico che deriva dal contratto al creditore. Si tratterebbe di fattispecie disciplinata dagli artt. 1258 e 1464 c.c., anziché dall'art. 1256 c.c. (dedicato alla impossibilità temporanea) e 1463 c.c. Tramite questa interpretazione si perviene all'applicazione di soluzioni conservative del vincolo giuridico, laddove una stretta interpretazione delle norme condurrebbe alla risoluzione (ovvero alla irrilevanza).

¹⁹⁸ In tema di 'risoluzione parziale', quale chiave di lettura critica delle regole ad effetti non caducatori previste nel Capo XIV dedicato invece alle risoluzioni cfr. A. Gentili, *La risoluzione parziale*, Jovene, Napoli, 1990, spec. p. 37 sgg.

¹⁹⁹ Con una 'presunzione', sembra, di tipo assoluto.

²⁰⁰ Così testualmente recita l'art. 1463 c.c. («Impossibilità totale»): «Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito».

²⁰¹ L'auto-riduzione di cui all'art. 1464 c.c. è stata descritta come volta «a mantenere l'equilibrio del sinallagma contrattuale impedendo lo scioglimento del vincolo». Così F. Panarello, in R. Tomassini (a

luogo, la risoluzione del contratto, che avviene col recesso, è possibile solamente quando non vi sia «un interesse apprezzabile all'adempimento parziale» (art. 1464). L'interesse creditorio è dunque l'elemento che permette di distinguere tra impossibilità risolutoria e impossibilità non risolutoria (ma correttiva tramite *reductio ad equitatem* unilaterale²⁰²).

Tutta l'attenzione è, in tale meccanismo, rivolta al creditore: è il suo interesse che determina se il rapporto ha o non ha da essere mantenuto in vita, e questa è l'interpretazione che si ritiene maggiormente condivisa anche in giurisprudenza²⁰³.

3.1 La possibile rilevanza dell'interesse debitorio

Stante la vicinanza tra inutilizzabilità e impossibilità sopravvenuta, ci si chiede se vi possa essere un qualche ruolo anche per l'interesse debitorio. Senza dubbio, l'interesse debitorio è implicitamente tenuto presente nella sua accezione, generica e costante, di interesse alla conservazione del vincolo. Sostanzialmente esso costituisce un contraltare, per così dire, permanente alle ipotesi legali di risoluzione del vincolo, e non appare significativo spendere ulteriori osservazioni al riguardo. Ci si chiede invece se oltre a tale interesse costante, vi sia spazio per una ulteriore valorizzazione dell'interesse e della posizione del debitore.

La questione può assumere un qualche rilievo se si intende valorizzare proprio il piano della funzione del contratto come propria della operazione economica che entrambe le parti hanno programmato.

Dalla disciplina legale dell'impossibilità emerge un'ipotesi di rilievo all'interesse debitorio: si tratta della disciplina della impossibilità sopravvenuta temporanea (i.e. non definitiva)²⁰⁴.

L'impossibilità temporanea, normalmente, non estingue l'obbligazione (art. 1256, c. 2 c.c.), lasciandola 'in sospeso', salvo che l'impossibilità perduri «fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla».

In questa diversa fattispecie, il criterio per individuare se e quando l'obbligazione si estingue è, quindi, alternativamente connesso a due ipotesi, che corrispondono a due punti di vista (o di interesse) della sopravvenienza: da una parte, anche qui vi è il creditore e il suo interesse, frustrato dal protrarsi della impossibilità di adempiere; dall'altra parte, ed è il profilo differenziale della disciplina della impossibilità temporanea rispetto a quella definitiva, viene in rilievo la posizione del debitore, che 'non può più ritenersi obbligato' ad adempiere.

cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, cit., p. 36.

²⁰² Sulla *reductio ad equitatem* prevista dall'art. 1464 c.c., si v. le osservazioni di R. Tomassini, voce *Revisione del rapporto (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989; S. Pagliantini, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in E. Navarretta, A. Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale, artt. 1425-1469-bis e leggi collegate*, in Gabrielli E. (diretto da), *Comm. del Cod. Civ.*, Utet Giuridica, Torino, 2011, p. 547 sgg.

²⁰³ Lo ricorda L. Cabella Pisu, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 521.

²⁰⁴ A. Lombardi, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 131

L'ambito applicativo della norma, quando richiama il punto di vista debitorio, sembrano ristretti all'ipotesi dell'impossibilità temporanea. La sede regolativa, quella dell'impossibilità temporanea, infatti, conduce a circoscrivere l'interesse debitorio nell'ambito dell'interesse alla certezza dei rapporti giuridici sotto il profilo della delimitazione temporale del vincolo²⁰⁵.

Ci si chiede se questa ricostruzione possa dirsi tuttavia l'unica plausibile oppure possa ipotizzarsi un'interpretazione estensiva, quantomeno rispetto alla casistica dell'inutilizzabilità, che, in fondo, viene ricostruita con applicazione analogica delle norme sull'impossibilità sopravvenuta²⁰⁶.

In dottrina, e in giurisprudenza, si ritiene che l'interesse debitorio possa venire in rilievo anche nell'ipotesi di impossibilità definitiva quando l'alterazione che colpisce il sinallagma sia tale da stravolgere l'economia del rapporto.

La giurisprudenza offre il caso del contratto di locazione nel corso del quale il bene locato sia parzialmente distrutto²⁰⁷. Il caso risulta eloquente di come possa essere presa in considerazione, verrebbe da dire 'di fatto', la rilevanza dell'interesse debitorio anche nell'ambito di una disciplina che invece sembra collocarlo fuori dai criteri rilevanti.

Nell'ipotesi della locazione, il conduttore-creditore della prestazione avrebbe diritto non già ad una riduzione del canone (ex 1464), ma, utilizzando le norme speciali del rapporto (artt. 1575 n.2, e 1576 c.c.)²⁰⁸, alla ricostruzione dell'immobile tale da consentirgli il pacifico godimento del bene locato. Si intenderà come in certe ipotesi, la ricostruzione del bene possa implicare un costo per il debitore-locatore che può non essere sopportabile, soprattutto se messo in relazione al contratto di locazione (e ai suoi effetti incrementativi del patrimonio) che si intende far rispettare. Il criterio della inesigibilità del rimedio ha quindi finito per trasformare un'impossibilità temporanea – e parziale – in un'impossibilità definitiva – e totale. Ciò che è stato valorizzato però, non è il tempo di quiescenza tollerabile, oltre il quale il debitore è ritenuto liberato ex art. 1256 c.c., ma lo sforzo necessario per superare l'impossibilità

²⁰⁵ Si può ad esempio considerare, in ottica comparativa, che il § 275 BGB prende in considerazione l'impossibilità sopravvenuta (comma 2) e la inesigibilità (comma 3) in entrambi i casi con riferimento allo sforzo occorrente per eseguire la prestazione. Su tale previsione, così come modificata a seguito della riforma del 2001, ed in particolare alla rilevanza della predeterminazione normativa degli interessi da prendere in considerazione per la strutturazione del rimedio, v. il contributo di C.W. Canaris, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali* cit., p. 23 sgg.

²⁰⁶ Negativa l'opinione di C.W. Canaris, op. ult. cit., p. 22 sgg. che valorizza il dato normativo del BGB novellato, che specifica quale sia l'interesse cui debba aversi riguardo nel valutare i caratteri della impossibilità/inesigibilità. L'A. ritiene infatti «di fondamentale importanza» che nel caso del § 275 comma 2 BGB (impossibilità per sforzo creditorio eccessivo) «non si attribuisca alcun rilievo all'interesse del debitore». In quel caso tutta l'attenzione deve essere incentrata sulla posizione del debitore. Invece, nel caso del § 275, comma 3 BGB (inesigibilità nella realizzazione di una prestazione a carattere personalissimo), vengono in rilievo diversi elementi di giudizio, quali la natura e la tipologia dell'impedimento, nonché l'entità del sacrificio che esso comporta per il debitore; e anche questa predeterminazione da parte del legislatore è condivisa dall'A. per ragioni di certezza.

²⁰⁷ Corte di Cassazione, 10-04-1995, 4119, in *De Jure*. Per alcune note – non solo – giurisprudenziali si v. l'interessante ricostruzione di G. Chiodi, *Inadempimento, responsabilità contrattuale e rischio d'impresa nel primo novecento*, in «Contr. e Impr.», 4-5, 2015, p. 885.

²⁰⁸ Si tratta peraltro norme comunque riconducibili all'esatto adempimento contrattuale.

temporanea²⁰⁹. Ma non solo. Per valutare l'impossibilità sopravvenuta è stato necessario considerare l'utilità residua del bene locato che, nella specie, non era più congruente con quanto originariamente pattuito. L'impossibilità parziale, dunque, ai sensi dell'art. 1464 c.c., non era più confacente alla soddisfazione dell'interesse creditorio e legittimava lo scioglimento del contratto.

In questo caso è proprio la grave alterazione che l'evento sopravvenuto produce sull'economia del contratto che finisce per alterare e comprometterne l'equilibrio, facendo rilevare dunque sia interessi creditori che debitori, in quanto entrambi interessi dei contraenti giuridicamente rilevanti in relazione al programma contrattuale concordato. La compromissione dell'equilibrio contrattuale richiama direttamente un equilibrio di tipo quantitativo, che però non può essere considerato da un punto di vista solamente economico. La gravità dell'alterazione quantitativa finisce, infatti, per incidere sulla qualità dello scambio ovvero sulla idoneità del contratto al raggiungimento dello scopo contrattuale alle condizioni pattuite.

Se dunque la disciplina della impossibilità parziale potrebbe lasciar presupporre che la sopravvenienza operi in senso economico-quantitativo²¹⁰, la maggioritaria e condivisibile opinione ritiene che l'impossibilità (della prestazione) sia un concetto da leggersi anche dal punto di vista qualitativo. È il ruolo dell'interesse del creditore nella sua stretta connessione con il profilo della funzionalità contrattuale che viene primariamente in rilievo, in ciò differenziandosi della vicina figura della sopravvenuta onerosità della prestazione, incentrata, essa sì, espressamente e prevalente sull'aspetto quantitativo²¹¹.

Così, se l'impossibilità di realizzazione del contratto colpisca un suo aspetto essenziale, le parti, ove possibile, dovrebbero provvedere a una modifica del programma stesso. Se questo non è possibile si potrà far uso dell'azione di riduzione ex art. 1464 c.c. sempre che sia identificabile una corrispettività tra le prestazioni²¹² e il

²⁰⁹ L. Cabella Pisu, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 522, ed ivi ampi riferimenti giurisprudenziali. La regola del caso di specie non è stata dettata probabilmente in considerazione della previsione del meccanismo di conservazione-riduzione risoluzione-recesso previsto dall'art. 1464, che, così, pone l'unica regola applicabile in materia di impossibilità parziale. Mentre l'impossibilità temporanea viene disciplinata dall'art. 1463, nel caso di superamento dei criteri di interesse creditorio e debitorio ora visti, altrimenti essendo priva di rilievo sul rapporto contrattuale.

²¹⁰ A tanto farebbe pensare sia l'ambito applicativo dei contratti a prestazioni corrispettive, e quindi l'aspetto della sinallagmaticità; sia il riferimento al diritto di *reductio* della propria prestazione, dunque da un punto di vista meramente quantitativo. Non sarebbero ammesse richieste di modifiche di tipo qualitativo, quali una modifica globale delle condizioni contrattuali, ovvero sostituzioni di clausole od oggetto del contratto, o altro ancora. Si rinvegono queste statuizioni nella giurisprudenza riportata in P. Cendon (a cura di), *Commentario al Codice Civile Artt. 1343-1469 bis*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 1843 sgg.

²¹¹ Cfr. O. Cagnasso, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit., par. 4.2. (p. 4). Per G. Amadio, F. Macario, *Diritto civile*, cit., p. 908, l'impossibilità parziale in generale può essere ricondotta ad un problema di sopravvenienza misto, sia quantitativo che qualitativo, distinguendo a tal proposito tra la funzione delle due forme rimediali di cui all'art. 1464 c.c.: «la riduzione della controprestazione fungerebbe [...] da rimedio di tipo [...] manutentivo risolvendo il problema dello squilibrio tra le prestazioni. Il recesso, invece, risponderebbe ad una logica (soggettiva) di valutazione dell'utilità della prestazione attesa».

²¹² La limitazione prevista dall'art. 1463 c.c. per le regole che stiamo vedendo ai soli «contratti a prestazioni corrispettive», impone di valutare se in concreto esista questa corrispettività.

programma negoziale possa essere comunque portato a termine fruttuosamente, nonostante la riduzione. Quando questa operazione non è possibile perché nessun interesse residua rispetto al negozio, la soluzione è lo scioglimento del vincolo tramite il recesso unilaterale (c.d. 'impugnativo' o di 'autotutela'²¹³).

3.2 I criteri di valutazione dell'interesse creditorio e la conservazione del vincolo nella disciplina dell'impossibilità. Confronto con norme e principi in materia di inadempimento risolutorio

La norma dell'art. 1256 cpv. offre un ulteriore spunto ricostruttivo, dato dagli elementi attraverso i quali ricostruire la rilevanza dell'interesse creditorio e di quello del debitore. Si tratta infatti di elementi di valutazione oggettivi quali il 'titolo' o la 'natura dell'oggetto'. Da questi elementi, come si è visto, è possibile ricavare se l'impossibilità temporanea di adempiere debba essere considerata definitiva.

La legge pone un criterio intrinsecamente di ordine soggettivo, quale l'interesse creditorio, mostrandone però la sua necessaria connotazione oggettiva, nella indicazione dei canali attraverso cui tale interesse fa mostra di sé, ovvero il titolo contrattuale e la natura dell'oggetto²¹⁴. Si tratta di elementi oggettivi che, nell'ambito regolativo dell'art. 1256 c.c., consentono di verificare quando l'obbligazione, superato un certo limite temporale, perda la sua utilità. L'interesse dovrà dunque essere valutato prioritariamente in relazione ai dati oggettivi del contratto, dell'intero suo contenuto, così come ricostruito in sede interpretativa.

In materia di impossibilità sopravvenuta, il requisito dell'essenzialità viene implicitamente in rilievo, oltre che nel caso dell'impossibilità temporanea, anche in quello dell'impossibilità parziale. In questa ipotesi, lo si è potuto considerare, l'essenzialità si correla all'oggettiva inutilità della prestazione rimasta possibile rispetto al soddisfacimento dell'interesse creditorio.

In materia di impossibilità sopravvenuta totale, l'essenzialità risulta *in re ipsa*, specie accogliendo l'impostazione tradizionale dell'impossibilità oggettiva ed assoluta. Viene, invece, ad avere un qualche rilievo applicativo, laddove anche le ipotesi di impossibilità definitiva totale sia intesa in senso più relativo. In questi casi, infatti, è la rilevanza essenziale rispetto alla realizzazione dell'interesse creditorio che consente di qualificare un certo evento come evento impossibilitante.

L'essenzialità gioca, dunque, un ruolo fondamentale in materia di impossibilità sopravvenuta. È l'essenzialità che la prestazione sia eseguita entro un certo momento che schiude la via alla risoluzione del contratto prevista dell'impossibilità temporanea; ed è sempre una valutazione in termini di essenzialità di ricevere una prestazio-

²¹³ Per la qualifica di «recesso impugnativo», G. Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., p. 674 sgg.; per la denominazione di «recesso di autotutela», V. Roppo, *Il contratto*, cit. (2001), p. 1011 e pp. 551-553. La natura del recesso di cui all'art. 1464 c.c. è discussa in dottrina, ma la tesi dominante ritiene che si tratti di un recesso in senso proprio.

²¹⁴ Così chiaramente V. Roppo, op. ult. cit., p. 1011: «la mancanza di interesse apprezzabile non dipende dall'arbitrio soggettivo del creditore, ma si iscrive in una dimensione di oggettività, riconducibile alla regola della buona fede».

ne completa e non monca, che consente il recesso nell'impossibilità parziale, altrimenti impedito per la regola della sopravvivenza dell'obbligo di prestazione parziale.

Quello di essenzialità è un concetto che, letto nel senso di sopravvenuta perdita di funzionalità del contratto a soddisfare l'interesse dell'altra parte, si ritrova anche in materia di risoluzione per inadempimento:

Anche l'art. 1457 c.c.²¹⁵, nel disciplinare il 'termine essenziale' nell'ambito della disciplina dell'inadempimento, fa riferimento all'interesse dell'altra parte per individuare il carattere essenziale dello stesso termine; qualifica che, sola, gli attribuisce forza risolutoria. Anche in questo caso, il riconosciuto carattere essenziale conduce ad un effetto risolutorio automatico (salvo il 'recupero' del contratto tramite la tempestiva dichiarazione del creditore di 'avere interesse' alla prestazione tardiva).

Oltre l'ipotesi, specifica, del termine essenziale, il sistema normativo generale della risoluzione per inadempimento fissa una regola di rilevanza minima: non ogni inadempimento contrattuale ha forza risolutoria, ma solo quello che, ai sensi dell'art. 1455 c.c., sia «di non scarsa importanza»²¹⁶. Non è dunque necessario che l'inadempimento sia essenziale, ma occorre, ciò nonostante, che lo stesso non sia minimo. Si tratta dunque di un parametro di rilevanza diverso da quello di essenzialità, come confermato anche dalla giurisprudenza che ammette la risoluzione per il superamento del termine non essenziale, quando intollerabile²¹⁷, o quella in materia di scarsa importanza in re ipsa in caso di prestazioni ritenute essenziali o primarie²¹⁸.

L'essenzialità è quindi, normativamente un *quid pluris* rispetto al canone della non scarsa importanza.

A fronte della soluzione sposata dal nostro diritto positivo, le fonti transnazionali, sia persuasive che vincolanti, sembrano adottare un criterio di rilevanza più rigoroso, richiedendo la 'essenzialità' dell'inadempimento a fini risolutori. Si distingue, quindi, tra mero inadempimento (con conseguenze solo risarcitorie) e inadempimento 'fondamentale' o 'essenziale' (con conseguenze anche risolutorie). Tale dizione ('*fundamental*'), si ritrova ad esempio, nel par. 9.301 dei PECL e nel par. 3:502 del DCFR, nel cui sistema, peraltro, il carattere *fundamental* del *breach*, consente alla controparte di impedire al creditore di sanare l'inadempimento così come previsto dai parr. 3.201 sgg.²¹⁹.

²¹⁵ Art. 1457 c.c. («Termine essenziale per una delle parti»): «Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale nell'interesse dell'altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l'esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia all'altra parte entro tre giorni. In mancanza, il contratto si intende risolto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione».

²¹⁶ Avuto peraltro «riguardo all'interesse dell'altra» parte, aggiunge l'art. 1455 c.c. Sono fatte salve le pattuizioni specifiche volte ad assegnare valore determinante ad un certo tipo di inadempimento, in particolare tramite clausole risolutive espresse o condizioni di adempimento. Per l'applicazione del canone della 'non scarsa importanza' in giurisprudenza si v. P. Polito, *art. 1455*, in C. Ruperto (diretta da), *La giurisprudenza sul Codice Civile coordinata con la dottrina*, Giuffrè, Milano, 2011.

²¹⁷ Corte di Cassazione, 29-03-1995, n. 3688, ne «I contratti», 1995, 3, p. 277.

²¹⁸ P. Polito, *op.ult.cit.*

²¹⁹ Per un primo approccio alle regole di *breach of contract* nelle fonti persuasive di matrice europea, v. G. Wagner, *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Monaco, 2009, p. 21

Prima ancora, il requisito si ritrova nella Convenzione di Vienna sulla vendita di beni mobili (CISG), seppure con formula non chiarissima, definito come inadempimento «che causa all'altra parte un pregiudizio tale da privarla sostanzialmente di ciò che essa aveva diritto di aspettarsi dal contratto» (art. 25)²²⁰. La dottrina²²¹ giunge ad affermare che il requisito dell'essenzialità dell'inadempimento sia richiesto più o meno ampiamente da pressoché tutti i sistemi giuridici occidentali, sia di *civil* che di *common law*, tanto che tale requisito può definirsi come il 'fulcro' su cui ruota il predetto rimedio. Pur nella diversità dei due concetti, in dottrina si osserva come nella prassi vi sia un avvicinamento tendenziale tra l'«essenzialità» citata dalle fonti transnazionali e persuasive, da un lato, e la non scarsa importanza dell'art. 1455 c.c.²²².

Un dato resta insuperabile: la prospettiva della risoluzione per inadempimento e quella della risoluzione per impossibilità sopravvenuta resta diversa. Il punto di maggiore divergenza risiede nel fatto che, nell'ambito dell'impossibilità sopravvenuta, l'essenzialità riguarda un impedimento che deriva da un fatto indipendente dal comportamento della parte²²³ o comunque del quale nessuna delle parti può dirsi re-

sgg.; per un'analisi della quantificazione del danno, A. Soler Presas, *Damages for fundamental breach of Contract in PECL/D-CFR*, in «InDret», 2/09, Barcellona, 2009, consultabile all'indirizzo <<http://ssrn.com/abstract=1418034>> (01/16). Spunti preziosi provengono anche dalle concise ma dense osservazioni di A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 197 sgg. (e, con particolare riferimento alle norme transnazionali e ai principi europei, spec. p. 210 sg.).

²²⁰ Alcuni contributi di certo interesse, in relazione all'analisi della disciplina dell'inadempimento e del *fundamental breach* nella CISG, possono considerarsi quelli di: R. Koch, *The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, in «Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)» 1998, pp. 177-354; F. Ferrari, *Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention, 25 Years of Article 25 CISG*, in «Journal of Law and Commerce» (Spring 2006) pp. 489-508, consultabile all'indirizzo <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html>> (01/16); L. Graffi, *Case Law on the Concept of 'Fundamental Breach' in the Vienna Sales Convention*, in «Rev. de droit des affaires internationales / International Business Law Journal» (2003), 3, pp. 338-349, consultabile all'indirizzo <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>> (02/16).; G. Lubbe, *Fundamental breach under the GISC: A source of fundamentally divergent results*, in «Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law», Hamburg, 2004, pp. 444-472 // In relazione all'applicazione dell'art. 25 CISG, si v. l'ampio e aggiornato database organizzato anche per articolo (sub «art. 25») e per tema (sub «*fundamental breach*») all'indirizzo web <<http://www.cisg.law.pace.edu>> (01/16). Sulla CISG, in generale, si v. A. Frignani, M Torsello, *Il contratto internazionale, Diritto comparato e prassi commerciale*, Cedam, Padova, 2010, p. 437 sgg.

²²¹ A Di Majo, op. loc. ult. cit.

²²² V. Putorti, *Inadempimento e risoluzione anticipata*, Milano, 2008, 143. L'A. mette in evidenza, oltre a un «sostanziale parallelismo» tra art. 25 CISG e art. 1455 c.c. anche l'interpretazione ampia che è stata fatta, dai vari giudici del sistema della CISG, delle norme dettate in materia di risoluzione. Il requisito della essenzialità risulta infatti essere stato inteso come frustrazione di un'aspettativa di utilità propria del contratto, legata al rapporto di fiducia tra le parti (pp. 145-146). Si tratta, come l'A. mette chiaramente in luce, di aspettative da identificare con «gli interessi penetrati nel contratto, ossia ricavabili in modo oggettivo dalle clausole negoziali, dalle regole poste dalla prassi, dagli usi del commercio, dalle abitudini invalse tra i contraenti o dalle trattative tra di loro intercorse e dalle concrete circostanze esistenti in sede di attuazione».

²²³ Rispetto alla impossibilità sopravvenuta, è testuale il riferimento nell'art. 1218 c.c. Per un'analisi concreta della applicazione del requisito, A. Lombardi, op. ult. cit., p. 321 sgg. In giurisprudenza, risalente ma ancora autorevole è Corte di Cassazione, 17-05-1949, n. 1221, in «Riv. Dir. Comm.», 1951, II, p. 77, secondo cui «gli artt. 1463 e 1464 c.c. si riferiscono esclusivamente a una impossibilità della pre-

sponsabile. In caso di impossibilità (parziale o temporanea) ad adempiere, il contratto tende alla preservazione, e, per il suo legittimo scioglimento, deve dimostrarsi che quel che ancora può adempiersi non è idoneo a soddisfare l'interesse creditorio. Invece, nella diversa ipotesi dell'inadempimento imputabile, questo costituisce il punto di partenza, e si cerca di comprendere se il contratto possa ancora svolgere la sua funzione se lasciato in vita.

Questa diversità di prospettiva giustifica un diverso canone normativo di rilevanza del carattere dell'essenzialità: particolarmente rigoroso in caso di impossibilità sopravvenuta; più ampio in materia di inadempimento, dove il fatto che turba il rapporto è da ricondursi ad un comportamento o ad una posizione di responsabilità dell'altra parte.

3.3 Impossibilità parziale e inutilizzabilità della prestazione

I dubbi che concernono l'impossibilità parziale, per i margini di valutazione che la sua disciplina consente in punto di interesse e di sua essenzialità, non dovrebbero venire in rilievo nell'ipotesi di inutilizzabilità sopravvenuta della prestazione, ricondotta tendenzialmente, all'art. 1463 c.c.²²⁴.

La giurisprudenza, a tal proposito sembra essersi mossa in questa direzione. Oltre ad affermarlo in diritto, una delle due pronunce della Corte di Cassazione del 2007²²⁵ (resa nel caso del contratto di viaggio con destinazione in luogo colpito da epidemia) ha proceduto alla riforma in diritto della pronuncia d'appello sul punto, che aveva ritenuto di ricondurre l'inutilizzabilità sopravvenuta proprio alla norma di cui all'art. 1464 c.c. Dunque l'inutilizzabilità non sarebbe riconducibile ad un'impossibilità parziale e alle regole positive per essa previste.

La ragione di tale incompatibilità sembrerebbe primariamente di ordine logico: se la prestazione è utilizzabile, ancorché solo in parte, è evidente che non di inutilizzabilità della prestazione si tratta, ma solo di una minore utilità. Trattando di inutilizzabilità, effettivamente, sembra emergere anche per il tramite dell'argomento della frustrazione della causa negoziale, che la frustrazione della utilità contrattuale debba essere totale. Il contratto deve aver perso totalmente la sua utilità. È tale perdita – totale – di utilità che porta l'interprete a paragonare l'inutilizzabilità a quella

stazione determinata da fatti di cui nessuno dei contraenti può e deve rispondere». Mentre è pacifico che l'impossibilità sia imputabile al debitore, lo è meno per l'impossibilità derivante da fatto del creditore, soprattutto in relazione alle conseguenze giuridiche e all'inquadramento giuridico più conferente. Sulla fattispecie si rinvia alla approfondita elaborazione di G. Stella, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, cit., e A. Pontecorvo, *La impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007. Riferimenti all'ipotesi sono presenti anche in C. Chessa, *La sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore*, in «Contr. e Impresa», 1991, p. 523, e G. Santoro, *Crisi del Golfo e impossibilità sopravvenuta imputabile al creditore*, ivi, p. 497, oltre che in A. Lombardi, op. ult. cit., p. 308 sgg. Riporta le varie tesi elaborate sul punto, in maniera sintetica ed efficace, B. Izzi, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*, in «Giur. it.», 2008, p. 1135.

²²⁴ Tale aspetto è stato rilevato a conclusione del Cap. 1. Come già riportato, più attenta alle esigenze di flessibilità del rimedio si era mostrata Cass. 16315/07, con un'impostazione poi abbandonata dalle pronunce successive, rivolte verso l'applicazione (degli effetti) dell'art. 1463 c.c.

²²⁵ È Corte di Cassazione, 24-07-2007, n. 16315, cit.

della impossibilità totale della prestazione. Come non rileva un'inutilità parziale, tale cioè da non privare il contratto della sua funzionalità *in toto*, parimenti il regime giuridico applicabile – per analogia – non potrà essere quello dell'impossibilità parziale di cui all'art. 1464 c.c. Sarebbe, altrimenti, una contraddizione in termini.

Vi sono, tuttavia, rigidità ricostruttive che non convincono, per una semplice ragione: anche le norme invocate, dettate in materia di impossibilità sopravvenuta totale, non sono state previste per i casi di inutilizzabilità. Non può dunque essere un criterio meramente (sil-)logi(-sti-)co, né un criterio letterale quello che guida l'interprete alla applicazione delle norme in questione. Se si assegna rilievo a certi interessi sottesi al contratto, si dovrà pur valutare come la sopravvenienza incide su di essi. Se il fatto sopravvenuto vanifica completamente gli interessi di uno dei contraenti, la soluzione potrebbe anche essere quella della applicazione analogica di cui all'art. 1463 c.c., pur con la difficoltà di distinguere tale fattispecie da un'autentica impossibilità. In tutte le altre ipotesi in cui un fatto incida in maniera meno radicale, frustrando il contratto ma mantenendo in piedi una qualche possibile utilità residua, la prospettiva offerta dall'art. 1464 c.c. non sembra incompatibile con l'inutilizzabilità della prestazione.

Come si è avuto modo di osservare, il contratto può soddisfare una pluralità di interessi; anzi, si tratta di condizione normale del contratto quella di essere volto alla attuazione di una pluralità di funzioni, cui si riconnettono altrettanti interessi, nel loro reciproco intreccio. Sembra dunque che l'argomento che fa leva sulla 'esclusività/totalità' dell'interesse non abbia ragione di essere, dovendosi piuttosto fare riferimento al già richiamato requisito dell'essenzialità dell'interesse inciso.

Questa prospettiva trova un addentellato nella ricostruzione dottrinale del requisito oggettivo del contratto in chiave funzionale, come 'contenuto del contratto'²²⁶.

²²⁶ Per alcuni riferimenti: G. Alpa, R. Martini, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, XIII, Utet, Torino, 1995, p. 36; E. Gabrielli, *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, in «*Riv. Dir. Civ.*», 2004, I, p. 327; e Id., *Il contenuto e l'oggetto*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, cit. (2006), p. 711; R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., 6; C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 320 sg. per il quale l'oggetto è il «contenuto in senso sostanziale» del contratto; A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 34; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 129; G. Gitti, *Problemi dell'oggetto*, in G. Vettori (a cura di), *Regolamento, II*, in V. Roppo (diretto da), *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 10. Per una rassegna dei corsi e ricorsi della storia, in materia di correnti causaliste ed anti-causaliste, R. Sacco, voce *Causa*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Addenda, Utet, Torino, 2014, che incidono inevitabilmente sulla ricostruzione della nozione, che, per la sua astrazione, appare senz'altro controversa. C. Camardi, *Economie individuali*, cit., p. 443 sgg., riporta la difficoltà di astrazione in questi termini: «la nozione di oggetto del contratto, in quanto nominata e non definita dall'art. 1346, ed in quanto diversa dalla nozione di oggetto della prestazione [...] appare non solo fluida ed oscura, ma fondamentalmente insuscettibile di essere definita a prescindere dalla considerazione degli altri cosiddetti requisiti del contratto. A prescindere cioè dalla unitaria considerazione del contratto come atto di autonomia privata destinato alla regolamentazione di specifici interessi patrimoniali». Aggiunge V. Roppo, p. 336, che «la nozione di oggetto del contratto deve non già occultare o appiattare, bensì cogliere e esplicitare le differenze fra contratti differenti». Danno ampio conto della evoluzione dell'interpretazione dottrinale sul punto G. Alpa, R. Martini, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1995. Gli AA. da ultimo citati sembrano condividere (ma la formulazione è ambigua, probabilmente dalla neutralità richiesta dalla natura scientifica della pubblicazione) che, nella difficoltà di sciogliere ogni dubbio in relazione alla nozione di oggetto, e parimenti nella difficoltà di ammettere la equiparazione oggetto-contenuto, possa sporsarsi la ricostruzione di oggetto

Nonostante la che vanno di pari passo con la difficoltà di offrire un significato univoco ai singoli requisiti del contratto previsti dall'art. 1325 c.c., si tratta di un tipo di ricostruzione che certamente conduce ad ampliare il campo applicativo dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

In generale, si può riscontrare una scarsa soddisfazione della dottrina rispetto alla elaborazione di una nozione unica di oggetto del contratto, considerato che esso si modella sulle diverse situazioni, sempre più tenendo conto di un intervento normativo esterno. Anche gli impulsi anti-causalisti propri di altri ordinamenti e frutto del confronto transnazionale tra i diversi sistemi giuridici portano a valorizzare l'elemento oggettivo del contratto che viene così a prestarsi a letture in chiave anche funzionale.

Per tale ragione, alla nozione di oggetto del contratto si è andata sostituendo quella di 'programma negoziale', inteso generalmente come ciò che le parti hanno fissato nell'accordo. In dottrina²²⁷ si richiama l'attenzione, contro gli eccessi analitici, la sostanziale unitarietà del fatto giuridico contrattuale. I diversi elementi essenziali fissati dalla legge sarebbero non parti del tutto, ma diversi angoli prospettici dai quali osservare il fenomeno contrattuale. Dunque un'analisi statica del programma negoziale, rischia di essere carente e non coerente ai fatti, se non è espletata anche nella sua dimensione dinamica-funzionale, tenendo conto delle combinazioni che le diverse obbligazioni producono le une verso le altre.

Il riferimento a un programma negoziale concordato facilita l'enucleazione di ipotesi di sua frustrazione e inattuabilità. Si può così più chiaramente distinguere la prestazione materialmente possibile ma funzionalmente inutile.

Vi sono, dunque, alcuni spunti importanti che provengono dalle ricostruzioni dottrinali, che mostrano come nelle lacune normative vi sia spazio per interpretazioni volte a gradare ed estendere gli effetti dei rimedi tipici e ad aprire nuovi spazi di riflessione.

come di «regolamento contrattuale» (attribuita a Roppo). Così viene espresso il concetto: «vi è allora differenza fra accordo e regolamento contrattuale, nel senso che il contenuto dell'accordo non coincide con gli effetti del contratto, mentre con gli effetti coincide il contenuto del regolamento contrattuale. In questa ottica, viene condivisa come utile semplificazione la tesi che identifica oggetto e contenuto sostanziale del contratto (che pure andrebbero tenuti distinti); nella prospettiva dell'assimilazione fra contenuto ed effetti del contratto entro la nozione di regolamento contrattuale, si può quindi affermare che oggetto del contratto è l'insieme dei suoi effetti, ovvero equivale a parlare di regolamento contrattuale». Risulta comunque particolarmente diffuso in dottrina il ricorso alla identificazione dell'oggetto con il 'programma negoziale', inteso come somma di contenuto ed effetti giuridici (ex multis G. Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., pp. 255-256). Svolge un'attenta analisi ricostruttiva della posizione dottrinale diffusa che qualifica l'oggetto come «rappresentazione programmatica del bene», E. Gabrielli, *Il contenuto e l'oggetto*, cit., spec. pp. 710-711.

²²⁷ A. Cataudella, *I contratti, Parte Generale*, cit., p. 28.

4. La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta

Un'altra fattispecie di regolazione normativa della sopravvenienza di ordine generale è l'eccessiva onerosità sopravvenuta²²⁸. Come la impossibilità sopravvenuta, anche l'eccessiva onerosità sopravvenuta, è collocata sistematicamente tra le ipotesi di risoluzione del contratto di cui al Capo XIV del Titolo sul contratto in generale²²⁹.

L'introduzione nel vigente codice degli innovativi²³⁰ artt. 1467-1469 fu presentata dal legislatore storico²³¹ ed in seguito accolta come un recepimento formale della teoria della *clausola rebus sic stantibus*²³² da parte sia dei nostri giudici²³³, sia dei primi commentatori²³⁴, e anche oltre confine²³⁵, e ancora oggi costituisce un impor-

²²⁸ In materia, rinviando alle opere trattatistiche ed enciclopediche per una più vasta bibliografia, si v. i contributi di P. Gallo, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, VII, Utet, Torino, 1991; A. Gambino, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in «Riv. Dir. Comm.», 1960, I, p. 416; F. Macario, *Eccessiva onerosità, riconduzione a equità e poteri del giudice*, nota a Corte di Cassazione n. 3347 del 18-07-1989, in «Foro It.» 1990, I, p. 564 sgg. A. Gentili, *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza*, nota a Corte di Cassazione n. 3074 del 9 maggio 1981, in «Giur. it.», 1983, 11, p. 1173; C.G. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Comm. al c.c. Schlesinger*, Milano, 1995; E. Gabrielli, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, Giappichelli, Torino, 2012. Che i problemi di regolazione sottesi alla eccessiva onerosità sopravvenuta prevista dall'art. 1467 c.c. travalichino la figura specifica è ritenuto da Id., op. ult. cit., p. 6. Per un'analisi approfondita delle ipotesi specifiche di eccessiva onerosità sopravvenuta nei singoli contratti, C.G. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 109 sgg.

²²⁹ La varietà di ipotesi e risolutorie e di questioni sostanziali riconducibili alle diverse fattispecie è rilevata da A. Gentili, *La risoluzione parziale*, cit. Precisazioni in merito si possono leggere anche in G. Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., p. 668 sgg. e in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 613 sgg.

²³⁰ Sul carattere innovativo della codificazione degli artt. 1467 sgg., v. tra i tanti, M. Zaccheo, *Rischio e sopravvenienza*, Sezze, Angeletti, Roma, 1994, pp. 255-256; C. Castronovo, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, in «Eur. Dir. Priv.», 1999, p. 796.

²³¹ V. Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale – Libro delle Obbligazioni 1941 n. 245: «Ho accolto il principio della revisione dei contratti per eccessiva onerosità della prestazione (art. 266). Esso risponde alla nostra tradizione giuridica che, nel diritto comune, trova affermata la implicita soggezione alla *clausola rebus sic stantibus* di ogni rapporto convenzionale».

²³² Chiaro sul punto R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 693 e sgg. e forse ancor più chiaro M. Bessone, *Adempimento e rischio*, cit., p. 48: «È sicuramente esatto dire che l'introduzione dell'art. 1467 ha tradotto in norma il principio tradizionalmente espresso dalla *clausola rebus sic stantibus*».

²³³ Corte di Cassazione, 12-05-1943, n. 1149 (solo massima), in «Mass. Foro it.», 1943, c. 284, ove si legge che, in contrapposizione alla cornice normativa e alla interpretazione giurisprudenziale formatasi sotto il c.c. 1865 si era affermato il principio che «la *clausola rebus sic stantibus* dovesse risultare da un patto espresso o, in modo inequivoco, da elementi estrinseci del contratto, il nuovo codice, innovando rispetto al precedente, ha introdotto all'art. 1467 in modo espresso e in via generale, il principio della implicita soggezione dei contratti corrispettivi alla *clausola* anzi detta». Più recentemente, la particolare connessione tra art. 1467 c.c. e *clausola rebus sic stantibus*, è ribadita da Corte di Cassazione, 03-12-1991, n. 12921, in *De Jure*.

²³⁴ Si v. ad esempio G. Osti, voce *clausola rebus sic stantibus*, cit. (1957), p. 359.

²³⁵ Tale nesso, unitamente al carattere innovativo della codificazione, sono rilevati ancora oggi. V. ad es. R.A. Momberg Uribe, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts*, cit., p. 36 sgg. e p. 69 sgg.; E. Hondius, H.C. Grigoleit, *Unexpected circumstances in European Contract Law*, cit., p. 118 sgg.; C. Reiter, *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*, Tübingen, 2002, p. 116 sgg.

tante dato normativo di confronto per i rimedi avverso le sopravvenienze perturbative.

In breve, quattro²³⁶ sono i presupposti applicativi della norma: i primi due attono al momento nel quale può essere possibile invocare il rimedio, ammissibile solo in quanto almeno una delle prestazioni sia differita rispetto al tempo di conclusione del contratto e comunque la prestazione divenuta onerosa non sia esaurita²³⁷. Questi primi due presupposti mostrano che la regolazione giuridica prevista dalle norme sulla sopravvenienza attiene alla fase dinamica del rapporto contrattuale, non essendo legislativamente richiesto di gestire o modificare ciò che ormai appartiene al passato e su cui la sopravvenienza non è più in grado di incidere²³⁸.

Gli altri due presupposti, terzo e quarto, mostrano bene la cautela con cui il legislatore ha voluto regolare la fattispecie: il terzo presupposto coincide coi caratteri dei fattori sopravvenuti alla stipula che intervengono dall'esterno ad alterare economicamente la prestazione dovuta, descritti come eventi «straordinari e imprevedibili». Il quarto, infine, concerne il *quantum* della alterazione, posto che l'onerosità deve essere 'eccessiva', dunque grave in modo economicamente insostenibile²³⁹.

In posizione trasversale tra tali due ultimi presupposti, e quasi a limite generale di applicazione della norma si colloca il requisito negativo della alea normale del contratto (art. 1467, c. 2 c.c.)²⁴⁰, inteso come ambito di rischio normale (e dunque irrilevante ai fini delle norme in questione) del verificarsi di certi eventi, e, altresì, di un certo *quantum* di alterazione dell'onerosità della prestazione²⁴¹. Quale sia l'ambito di rischio 'normale', come si è avuto modo di osservare²⁴², dovrà determi-

²³⁶ Oltre un quinto requisito negativo, per così dire trasversale agli ultimi due: v. *infra* nel testo. V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 1017 sgg. ne indica quattro, riconducendo l'esclusione di ciò che rientra nell'alea normale del contratto al carattere eccessivamente oneroso della alterazione.

²³⁷ Salvo il caso dello svilimento della controprestazione, ritenuto riconducibile alla previsione di cui agli artt. 1467 sgg. c.c. L'inclusione per analogia dell'ipotesi di svilimento della controprestazione nell'alveo applicativo della disciplina dell'eccessiva onerosità è costante in giurisprudenza. Cfr. R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., pp. 677-678. Corte di Cassazione, n. 11947, del 08 agosto 2003, in *De Jure*, ricollega comunque la rilevanza sia dello svilimento, che dell'eccessiva onerosità della propria prestazione, all'alterazione «dell'equilibrio economico raggiunto dalle parti al momento della conclusione del contratto». La stessa sentenza però afferma che l'azione ex art. 1467 c.c. in via indiretta (cioè per svilimento della controprestazione), possa essere fatta valere solo se chi agisce per la risoluzione abbia ancora qualcosa da eseguire. Un'ipotesi applicativa di questo principio (della necessità di «qualcosa da eseguire»), cfr. Corte di Cassazione, 14 agosto 2007, n. 17698, in *De Jure*.

²³⁸ R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., 707; E. Gabrielli, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 54 sg.

²³⁹ Sulla interpretazione e sulle questioni che sorgono in relazione al carattere 'eccessivo' dell'onerosità, si rinvia a F. Macario, *La risoluzione per eccessiva onerosità. Principi e regole generali*, in V. Roppo (a cura di), *Rimedi, II*, in Id. (diretto da), *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 630 sgg.

²⁴⁰ V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 1016, riconnette al requisito della eccessività quello negativo della alea normale del contratto, previsto dall'art. 1467 c. 2. Più coerente, per l'incidenza che può avere l'alea contrattuale, non solo in relazione al *quantum*, ma anche in relazione alle tipologie di eventi in grado di produrre una alterazione, ci sembra una collocazione 'trasversale' del requisito negativo dell'alea contrattuale. Per un'interpretazione di questo tipo, ci sembra, F. Macario, op. ult. cit., p. 637 sgg.

²⁴¹ La questione attiene primariamente all'analisi della ripartizione dei rischi contrattuali, come rileva Id. op. loc. ult. cit.

²⁴² Cfr. par. 1.1. in questo Cap.

narsi in relazione allo specifico assetto negoziale voluto dalle parti²⁴³, come integrate dalle regole legali di ripartizione del rischio. Ciò implica che solo quei fattori di rischio che siano stati regolati espressamente (ad es. mediante clausole limitative di responsabilità) o tacitamente (ad es. mediante la scelta di un tipo contrattuale²⁴⁴) dalle parti, o che siano altrimenti disciplinati dall'ordinamento come effetti naturali di un certo atto negoziale (e non modificate, ove possibile, dalle parti), possono portare ad escludere il rimedio dell'art. 1467 rientrando nell'alea normale del contratto²⁴⁵; non anche gli eventi che da quell'alea fuoriescono, in quanto imprevedibili per consistenza ed effetti²⁴⁶.

In presenza di tali presupposti, è dato rimedio al debitore per liberarsi dal vincolo tramite la risoluzione del contratto, ovvero di offrirne la modifica secondo equi-

²⁴³ In un'ottica di completezza l'art. 1469 c.c. esclude che la risoluzione per eccessiva onerosità possa domandarsi rispetto ai contratti aleatori «per loro natura o per volontà delle parti» così ribadendo che nei contratti in cui il rischio è maggiore per una delle parti, e ciò per sua natura o nella impostazione convenzionale, la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta è inapplicabile. Non sembra che tale precisazione fosse essenziale: l'art. 1467 comma 2, nel prevedere che solo le circostanze imprevedibili e straordinarie che non rientrano nell'alea normale del contratto possano legittimare la risoluzione, avrebbe già portato ad escludere il rimedio nei casi di contratti aleatori. Interessante è invece il riferimento normativo alle modalità di manifestazione della aleatorietà contrattuale, che può aversi per natura, nella sua ricostruzione tipica legale, ovvero per volontà delle parti, nella particolare impostazione data al programma negoziale dalle parti stesse. Si tratta di un'ipotesi applicativa dell'art. 1322 comma 2 c.c. che imporrebbe ben altre riflessioni sui limiti dell'autonomia contrattuale in materia di contratti aleatori atipici. Per un riferimento, si v. F. Delfini, *Autonomia privata e contratto: tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 254 sgg.

²⁴⁴ Sul criterio interpretativo e ricostruttivo di una certa volontà di ripartizione di rischi insito nella scelta del tipo contrattuale, v. le riflessioni di E. Gabrielli, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 28 sgg.

²⁴⁵ Interessante il riferimento alla formula della «area aleatoria voluta» utilizzata dal T. di San Remo, 27 ottobre 1982, in *De Jure*, e ripresa da G. Capaldo, *Contratto aleatorio e alea*, Giuffrè, Milano 2004, p. 304, per significare il legame tra atto di autonomia e ripartizione volontaria e legale dei rischi contrattuali.

²⁴⁶ Ad es. l'emblematico caso di Corte di Cassazione, 29-06-1981, n. 4249, in «*Giur. it.*», 1982, I, 1, 672, dove l'evento straordinario del conflitto arabo-israeliano del 1973 aveva causato una inadeguatezza della pur presente clausola di indicizzazione dei prezzi. Non c'è dunque un'astratta incompatibilità tra disciplina contrattuale delle sopravvenienze e risoluzione ex 1467 e sgg., se gli eventi sopravvenuti fuoriescono dall'alea normale, pur se essa sia regolata dalle parti. Come è stato notato (G. Capaldo, op. ult. cit., pp. 302-303), «l'alea in senso tecnico non può mai consistere nell'assunzione del rischio di una sopravvenienza, poiché questa è evento imprevedibile che sopraggiunge nel corso del rapporto contrattuale e può valutarsi soltanto in relazione alle peculiarità del negozio che le parti hanno posto in essere». Si rileva che nella sentenza citata, si fa riferimento a un criterio di 'ragionevolezza', come misura dell'alterazione sostenibile (e, di converso, aggiungiamo, come misura e *an* della prevedibilità della sopravvenienza). A tal proposito sarebbe interessante valutare la possibile rilevanza della clausola generale di ragionevolezza, oltre che nella eccessiva onerosità sopravvenuta, nelle sopravvenienze in genere. Alcuni spunti interpretativi provengono da S. Patti, voce *Ragionevolezza (diritto civile)*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Addenda, Utet, Torino, 2014 (e ivi ampia bibliografia citata), che si occupa da qualche anno di questa clausola generale nella sua dimensione (per vero non tradizionalmente propria) civilistica; e soprattutto, con il più ampio respiro proprio della vasta monografia, da S. Troiano, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 2005.

tà²⁴⁷, o, ancora, nel caso di contratti con prestazioni di una sola parte (1468 c.c.), di ridurre unilateralmente la propria prestazione²⁴⁸.

Da sempre discussa la questione del fondamento²⁴⁹ della tutela: ai sostenitori della ‘teoria atomistica’, o dell’attuabilità della singola prestazione²⁵⁰, si sono contrapposti i – più numerosi – sostenitori della ‘teoria dell’equilibrio’ economico del contratto, ovvero della conservazione del sinallagma esistente nel contratto a prestazioni corrispettive²⁵¹. La norma dell’art. 1467 c.c., affermando che solo colui il quale deve la prestazione divenuta onerosa può agire per la risoluzione (o tramite gli altri rimedi manutentivi), tutela certamente in via principale un ‘debitore’, e non in

²⁴⁷ La natura giuridica dell’offerta è da lungo tempo dibattuta, nella alternativa tra natura sostanziale e processuale. Sulle diverse argomentazioni e prese di posizione, e per la prevalente posizione della natura processuale, v. E. Gabrielli, *L’eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 72 sgg.

²⁴⁸ Si tratta, secondo C.M. Bianca, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 401, di un «diritto potestativo giudiziale» o meglio di un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, secondo la qualificazione chiovendiana. Similmente E. Gabrielli, *L’eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 95. Sulla ricostruzione attuale del diritto potestativo giudiziale, A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2006; sull’evoluzione storica, prendendo le mosse dall’azione di annullamento, G. Marini, art. 1441, in E. Navarretta, A. Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, artt. 1425-1469-bis e leggi collegate, in E. Gabrielli (diretto da), *Comm. del Cod. Civ.*, Utet Giuridica, Torino, 2011, p. 219 sgg.

²⁴⁹ V. in proposito le osservazioni di R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 696 sgg., il quale ritiene che il fondamento della norma sia da considerarsi trasversale, partendo dall’ottica dell’eccessivo peso debitorio, considerandosi però il valore economico, e la prevedibilità delle sopravvenienze: «il legislatore, cioè, ha compiuto una normale distribuzione dei rischi, e l’ha compiuta in modo “equo”, cioè integrando una bilancia di prestazioni, individuate dalle parti secondo il loro contenuto, con una bilancia delle prestazioni, misurate secondo i loro valori» (p. 698).

²⁵⁰ Tra di essi, ad es. A. Gambino, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 416 sgg.

²⁵¹ Per questa impostazione, già – tra le righe – F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit. (1954), p. 166, p. 238 sgg. Si v. inoltre, per fare qualche esempio: C. Camardi, *Economie individuali*, cit., p. 399 sgg.; R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 679; E. Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 1824. Sul dibattito si possono leggere le considerazioni di: V. Roppo, *Il contratto*, cit. (2001), p. 1018, e, in maniera assai puntuale, L. Cabella Pisu, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 550 sgg., laddove riporta le due teorie, rispettivamente denominate della attuabilità e dell’equilibrio, ritenendo più conferente la seconda. In particolare, l’A. mette in evidenza le incongruità della teoria della attuabilità, che deve in qualche modo recuperare l’aspetto della sintesi delle posizioni delle parti, e così facendo, rischia di scivolare nel terreno della impossibilità sopravvenuta, sia pure come ‘impossibilità attenuata’ (p. 551). L’A. nota che le due teorie abbiano mostrato di essere tributarie l’una dell’altra (cosa che è effettivamente ritenuta anche da altra autorevole dottrina: cfr. R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 668; V. Roppo, *Il contratto*, cit. p. 1017) finendo tuttavia per ritenere che l’adesione da parte della giurisprudenza recente alla concezione teoria dell’equilibrio contrattuale «non può [...] essere contestata: si tratta di una regola effettivamente operativa, perlomeno con riferimento agli effetti dell’inflazione sul mercato immobiliare e probabilmente suscettibile di estendersi ad altri mercati in virtù dell’efficacia persuasiva delle massime consolidate» (p. 553). Tale adesione (e dunque segno di ‘contaminazione’ tra le due teorie) viene manifestata persino nel caso di contratto con obbligazioni di una sola parte, ove la teoria dell’attuabilità dovrebbe avere certamente uno spazio applicativo pressoché esclusivo. A proposito del contratto di opzione, a prescindere dai legittimi dubbi sulla qualificazione dell’opzione come contratto unilaterale, v. Corte di Cassazione, 9-03-1954, n. 671, in «Foro it.», 1954, I, p. 1276. A conferma della attualità di questa impostazione, si può vedere il caso, abbastanza recente, deciso da Corte di Cassazione, 19-10-2006, n. 22396, in *De Jure*, ove si ritiene requisito necessario per l’applicazione dell’istituto dell’eccessiva onerosità «un intervenuto squilibrio tra le prestazioni, non previsto al momento della conclusione del contratto».

generale un 'contraente'²⁵². La lettura 'atomistica' volta a interpretare restrittivamente la norma, evidentemente consentirebbe di riconoscere tutela ex art. 1467 c.c. ad uno solo dei contraenti: il debitore. La diversa lettura, più ampia, della norma, ha invece consentito di includere nel suo ambito applicativo anche il caso dello svilimento della controprestazione²⁵³. In questo ultimo caso, si tratterebbe di una onerosità sopravvenuta indiretta, ma pur sempre rilevante in base alle norme di cui agli artt. 1467 c.c. e sgg. poiché, si spiega, «in entrambi i casi si colpisce l'alterazione del rapporto di equivalenza, o, più correttamente, di corrispettività fissato in origine dai contraenti»²⁵⁴. In tal modo, tramite l'attribuzione di rilevanza all'ipotesi della onerosità indiretta, anche il creditore può avere accesso alla tutela prevista dall'art. 1467 c.c., sulla base del nesso di corrispettività tra le due prestazioni del rapporto, così da garantire una parità di tutela tra le parti contrattuali che la norma, nella sua formulazione letterale, sembrava escludere.

L'interpretazione delle norme sulla eccessiva onerosità mostra così una tendenza prevalente ad interpretare e prendere in considerazione l'intero contratto, onde valutare come abbia inciso la sopravvenienza non sulla singola prestazione, ma sulla prestazione, alla luce dello scambio complessivo²⁵⁵. Con una lettura ancora più 'creativa', si giunge a riconnettere a tale disciplina una più generale «esigenza di proporzionalità nella disciplina degli atti di autonomia privata», da tenere in debito conto al momento in cui l'interprete sia chiamato a giudicare su quali siano i più appropriati criteri di amministrazione del rischio delle sopravvenienze²⁵⁶.

²⁵² «[...] il che è diverso». Così R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 662.

²⁵³ C. Camardi, *Economie individuali*, cit., p. 399 sgg.; R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 679 (che usa la formula di «onerosità rovesciata», p. 707); E. Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 1824 e Id., *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit. (2012), p. 55 sgg., ove ripercorre le conseguenze dogmatiche dell'adesione alla impostazione estensiva ovvero a quella restrittiva, riconducibili alle già *supra* citate teorie della attuabilità o dell'equilibrio. Chiarissimo anche F. Macario, op. ult. cit., p. 630, che ricorre alla formula di «onerosità indiretta».

²⁵⁴ F. Macario, op. ult. cit., p. 631.

²⁵⁵ Volendo provare ad instaurare un parallelo anche in questa sede con la risoluzione per inadempimento, un tale giudizio complessivo risulta effettuato dal Giudice anche allorché si trovi a valutare la «non scarsa importanza» dell'inadempimento stabilita dall'art. 1455 c.c. ai fini della risoluzione ex art. 1453 c.c. Ed infatti si osserva in dottrina che vi sia «necessità di ponderare l'inadempimento» nella sua dimensione pattizia, il cui nucleo centrale è costituito «dalla mancata realizzazione dell'interesse allo scambio». Così G. Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., p. 699. Cfr. anche G. Amadio, *L'inadempimento risolutorio: L'importanza*, in V. Roppo (a cura di), *Rimedi, II*, in Id. (diretto da), *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 123. È del resto la stessa giurisprudenza (cfr. Corte di Cassazione, 18-02-2008, n.3954, in *De Jure*) che afferma che la valutazione ex art. 1455 debba essere svolta su un piano oggettivo («l'inadempimento abbia inciso in misura apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto, in astratto per la sua entità, e in concreto, in relazione al pregiudizio causato all'altra parte sì da creare uno squilibrio sensibile del snallagma contrattuale»), oltre che su un piano soggettivo dovendosi valutare il comportamento di entrambe le parti e gli interessi coinvolti. Cfr. anche P. Polito, *art. 1455*, cit., *passim*.

²⁵⁶ Così E. Gabrielli, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 6. Qualsiasi trattazione del tema dell'equilibrio contrattuale e della esistenza di un principio di proporzionalità nei contratti, che non sia fatta in maniera frontale e diretta, risulterà inevitabilmente insufficiente. Su tali aspetti non può dunque che farsi rinvio a chi si è occupato del tema, sia pure sotto angoli prospettici e su profili diversi: P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in «Rass. Dir. Civ.», 2001, p. 334 sgg.; G. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in «Riv. Dir. Priv.», 2000, p. 21 sgg.; G. Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Cedam, Padova, 2002; R. Lanzillo, *La proporzione tra*

Se questo è certamente uno degli aspetti che fondano il rimedio, non può però non sottolinearsi la cautela con cui il legislatore introduce nel sistema la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta²⁵⁷. Gli elementi di cautela che traspaiono chiaramente dai requisiti fissati dalla legge possono individuarsi soprattutto, come detto, nella natura straordinaria e imprevedibile dei fattori sopravvenuti e nel carattere eccessivo della onerosità sopravvenuta. Si tratta di elementi che presidiano il valore della stabilità del contratto, e come tali non dovrebbero consentire margini di manovra al di là del disposto testuale. L'applicazione concreta del rimedio mostra bene come tali caratteri accentuino la voluta marginalità applicativa della norma²⁵⁸.

Tuttavia, non renderebbe onore al vero l'argomentazione *ubi lex tacuit noluit* per ritenere che le prescrizioni dell'art. 1467 non abbiano dato luogo a un costante lavoro interpretativo per estendere i margini applicativi dell'istituto, ovvero per restringerli e così giustificare il ricorso a rimedi non codificati per le 'sopravvenienze c.d. atipiche'. Numerose sono infatti le controversie concrete hanno riproposto il problema di gestire sopravvenienze non riconducibili alla predetta norma. In primo luogo, le sopravvenienze prevedibili, o persino previste, che però non siano state considerate un fattore sufficiente di rischio per la previsione autonoma di una clausola²⁵⁹. Da qui la ricerca volta ad individuare i criteri di rilevanza di fattori sopravvenuti atipici.

Alcuni tentativi volti ad ampliare il portato dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, si propongono sulla base dell'art. 1374, ovvero delle norme di interpretazione o esecuzione secondo buona fede²⁶⁰. Come si vedrà nel prosieguo della trattazione,

le prestazioni contrattuali, cit.; F. Galgano, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in «Contr. Impr. Europa», 2005, p. 509 sgg.; V. Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in «Riv. Crit. Dir. Priv.», 4/2007, pp. 599-609.

²⁵⁷ Su questo carattere, *ex multis*, G. Amadio, F. Macario, *Diritto civile*, cit. p. 910;

²⁵⁸ Cfr. *Ibid.*, op. ult. cit., p. 910 sgg.; R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 710 sgg., e in part. p. 712. Ampia casistica, in cui si è avuta discussione e talvolta – raramente – anche applicazione del rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, si ha in materia di inflazione e svalutazione della prestazione pecuniaria in genere. Per una rassegna in materia v. F. Macario, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 648 sgg.; L. Cabella Pisu, *I rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in G. Afferni *et al.*, *Inadempimento e rimedi* in G. Visintini (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, Vol. I, Cedam, Padova, 2009, p. 554 sgg. Si v. anche i contributi specifici di E. QUADRI, *Congiuntura economica e svalutazione monetaria*, in *Studi per L. Coviello*, 1978, *passim*; G.B. Ferri, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadr.*, 1988, p. 54, *passim*.

²⁵⁹ Cfr. le riflessioni svolte *supra*, in questo Cap. ancora una volta il par. 1.1. Tramite l'art. 1467 c.c., o quantomeno tramite la sua lettura più rigorosa, anche l'abbassamento del livello d'acqua di un canale a causa dell'erosione del letto del fiume rischierebbe di non potersi tutelare, in quanto chi può dire che, in astratto, l'erosione di un fiume sia un fenomeno imprevedibile e, soprattutto, straordinario? Per l'interessante decisione (nel senso della imprevedibilità concreta e la rilevanza dell'utilità contrattuale che determina lo scioglimento del contratto), cfr. Corte di Cassazione, 24 marzo 2006, n. 6631, cit. (già citata *supra*, Cap. 1, nota 57).

²⁶⁰ R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 686, che propone il ricorso equitativo all'art. 1467 c.c. o all'art. 1366 c.c. Come si è già avuto modo di osservare, in dottrina (M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit. p. 231 sgg.) si è proposto di ricostruire, per l'art. 1467 c.c., una possibile portata generale, quale modello di disciplina per lo scambio 'puntuale' (distinguendolo così dall'altro modello dello scambio di durata, ricondotto dall'A. all'art. 1664 c.c., disciplinante alcune sopravvenienze in materia di appalto). Per una più estesa esposizione del pensiero dell'A., v. *supra*, in questo cap., nota 162.

l'applicazione dell'art. 1467 c.c. è stata proposta anche in ipotesi e casistiche nelle quali la giurisprudenza ha fatto ricorso alla figura della presupposizione, emblema delle sopravvenienze atipiche²⁶¹. Si è cioè valorizzato lo «spirito dell'art. 1467», più che il suo disposto formale²⁶², in tal modo superando gli stretti requisiti di legge.

Ancora, l'art. 1467 c.c. è stato più recentemente utilizzato come base normativa per la ricostruzione di un dovere di rinegoziazione ricostruendo un obbligo secondo buona fede di formulare un'offerta modificativa del contratto²⁶³.

Un ulteriore tentativo di questa interpretazione evolutiva concerne le ipotesi di alterazioni di tipo 'qualitativo', laddove, come si è detto, l'art. 1467 c.c. sarebbe deputato a regolare vicende incidenti direttamente o indirettamente sul piano quantitativo²⁶⁴. Tuttavia, la rigida qualificazione della norma in chiave meramente quantitativa non è del tutto condivisa, specialmente da alcune recenti attente letture²⁶⁵. Proprio tramite l'indagine sull'alea contrattuale si afferma essere recuperabile un piano di indagine di tipo qualitativo. Infatti la ricerca volta ad individuare i limiti dell'alea contrattuale, e dunque la titolarità del rischio dello specifico evento sopravvenuto, fa sì che sia riduttivo e non congruo considerare, anche in relazione all'art. 1467 c.c., il solo aspetto quantitativo. Tramite l'indagine sull'alea si potrebbe quindi recuperare un'analisi del piano qualitativo, concernente l'equilibrio non (solo) economico ma (anche) giuridico tra le prestazioni²⁶⁶. E per compiere questo tipo di analisi, e per

²⁶¹ Ciò anche di recente: Cass. 17 maggio 2005, n. 10340, in *De Jure*; Cass. 24 marzo 2006, n. 6631, in «I contratti», 2006, pp. 1085-1087. Per la questione e il rapporto tra art. 1467 c.c. e presupposizione, si rinvia ai par. 5 e 6 di questo Cap. oltre che alle precisazioni contenute nel par. 10 del Cap. 3.

²⁶² Così R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 723

²⁶³ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 292 e p. 312 sgg. Critico rispetto a questa interpretazione risulta M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 217 sgg., nella valorizzazione già cennata dei due modelli normativi di gestione del rischio.

²⁶⁴ L'art. 1467 c.c. sarebbe «testualmente deputato a disciplinare solo il rischio quantitativo» per M. Barcellona, op. ult. cit., p. 213. Similmente anche M. Zaccheo, *Rischio e sopravvenienza*, cit., p. 236; e O. Cagnasso, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit., p. 4.

²⁶⁵ V. in part. E. Gabrielli, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit. Osserva l'A. che anche nella disciplina dell'offerta di riconduzione ad equità emerge chiaramente un aspetto di qualità del rapporto sinallagmatico che il riferimento alla sola eccessiva onerosità rischia di oscurare. La legge prevede infatti che il contraente contro cui è chiesta la risoluzione può offrirsi di modificare non la prestazione, ma le «condizioni del contratto» per ricondurlo ad equità (p. 29 sgg.). Dunque non si tratta necessariamente di una mera riduzione quantitativa, ma potrebbe anche essere modificato qualitativamente il contenuto complessivo del sinallagma anche in senso quantitativo. L'art. 1467 conterrebbe dunque già chiaramente un aspetto qualitativo che, invece, non sarebbe presente nell'altra offerta di riduzione equitativa prevista dalle norme generali sulle sopravvenienze (art. 1464), dove è fatto espresso riferimento ad una «riduzione». In tal caso, solo l'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza, facendo leva sull'aspetto qualitativo, hanno esteso la portata della legge, altrimenti costretta ad applicarsi alle sole ipotesi di obbligazioni divisibili.

²⁶⁶ Id. Op. ult. cit., pp. 30-31: «non a caso negli orientamenti della giurisprudenza, per un verso, il concetto di eccessiva onerosità viene identificato con lo squilibrio delle prestazioni dedotte nell'ambito del singolo rapporto contrattuale non previsto al momento della conclusione del contratto; per un altro verso, sembra possibile rinvenire la tendenza a considerare, ai fini dell'ammissibilità dell'azione per la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, quegli squilibri che vadano oltre un normale criterio di prevedibilità delle fluttuazioni e delle variazioni dei costi che rientrano nelle normali oscillazioni dei prezzi di mercato».

comprendere se «il contratto [sia] suscettibile di essere risolto per eccessiva onerosità», si afferma essere necessaria un'analisi della «funzione concreta del negozio»²⁶⁷.

Il riferimento alla causa concreta ('funzione concreta'), conduce, dunque, ad ammettere la rilevanza dell'interesse creditorio anche in un complesso regolativo, quello della eccessiva onerosità sopravvenuta, apparentemente indifferente a tale aspetto.

Ci sembra tuttavia, che anche accogliendo un'analisi che riguardi l'intero complesso dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto, e dunque anche il piano qualitativo del programma contrattuale, la norma dell'art. 1467 c.c. abbia dei limiti costitutivi insuperabili, essendo deputata a presidiare essenzialmente la proporzione fissata dalle parti del contratto tra le loro reciproche prestazioni.

Tenendo fermo questo carattere, risulta peraltro meglio possibile cogliere la differenza tra l'art. 1467 e l'art. 1464, che, invece, prevede come elemento discriminante la sopravvenienza caducatoria da quella non caducatoria proprio l'interesse creditorio, criterio eminentemente qualitativo. Ciò potrebbe voler dire che il criterio discriminante tra le due fattispecie, nella evoluzione interpretativa che le ha interessate, dovrebbe essere costituito dalla prevalenza dell'aspetto qualitativo ovvero quantitativo della alterazione.

Inoltre, così operando, si consente un ragionamento ulteriore. Stanti i rigorosi presupposti applicativi che l'art. 1467 c.c. pone alle sopravvenienze di tipo (prevalentemente) quantitativo, sarebbe un'interpretazione *contra legem* operare direttamente aggirando i requisiti posti dal legislatore. Dunque, potrebbe ritenersi che le norme sulle sopravvenienze (prevalentemente) qualitative delineino uno spazio più ampio per una loro interpretazione di tipo estensivo e/o analogico, per la maggiore ampiezza dei loro concetti base (la prestazione) maggiormente idonei ad accogliere al loro interno l'idea dell'interesse creditorio come elemento inscindibile della prestazione.

5. Le sopravvenienze c.d. atipiche e la presupposizione

Considerate le ipotesi di sopravvenienza tipica previste in via generale dall'ordinamento, sembra a questo punto inevitabile instaurare un confronto più serrato con la categoria giuridica che è servita nel corso di tutto il secolo passato, a qualificare e a rendere operative la maggior parte delle sopravvenienze 'atipiche'²⁶⁸. Tramite il riferimento alla presupposizione, infatti, nelle sue varie ipotesi ricostruttive, gli interpreti, e soprattutto le pronunce delle Corti, hanno dato ingresso nel sistema a ipotesi di sopravvenienze giuridicamente rilevanti, ma 'atipiche' rispetto a quelle regolate nelle norme vigenti.

²⁶⁷ Id. op. ult. cit., p. 29.

²⁶⁸ Su cui R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 722 sgg.; F. Macario, *Le sopravvenienze e i rimedi*, in V. Roppo (diretto da), *Trattato del contratto*, cit., spec. p. 508, p. 732.

Nelle ricostruzioni più accreditate – e fermo restando che in dottrina si riconosce la pluralità di fenomenologie e interessi sottesi alla presupposizione²⁶⁹ – è dato distinguere normalmente le ‘presupposizioni’ in senso stretto, assimilabili a veri e propri errori ‘comuni’ o ‘bilaterali’ (c.d. falsa presupposizione), dalle autentiche sopravvenienze (c.d. sopravvenienza perturbativa), anche se la distinzione è stata messa in discussione nella valorizzazione dell’aspetto, comune ad entrambe, della sopravvenienza. Anche la sopravvenienza meramente conoscitiva farebbe sorgere il problema della gestione di un rapporto che si mostra successivamente turbato nel suo svolgersi rispetto a quanto pattuito²⁷⁰. La peculiarità e atipicità normativa dell’ipotesi dell’errore comune, e dunque la non riconducibilità immediata alla disciplina codicistica dell’errore unilaterale (artt. 1428 sgg. c.c.), consente ragionamenti di questo tipo che sarebbero altrimenti ostacolati dal contrasto con un’esatta previsione di legge.

La produzione ed elaborazione scientifica sul tema è particolarmente ampia²⁷¹, soprattutto se si tiene conto dei riferimenti che ad essa sono fatti nelle diverse tratta-

²⁶⁹ Tra di esse, certamente merita menzione quella di A. Belfiore, *La presupposizione*, cit., p. 3 sgg., ed in part. p. 34 sgg., laddove l’A. ritiene che «l’identità della vicenda della presupposizione [...] si è andata svolgendo [...] con riferimento ad una pluralità di questioni che risultano talora affrontate attraverso un segmento o, addirittura, un frammento. In altri termini, la verità è che non esiste ‘il’ problema della presupposizione, e già per la ragione che la molteplicità di opinioni, che si riscontra circa la figura in esame, costituisce funzione non solo della pluralità delle risposte date alla stessa domanda, ma altresì della diversità delle domande in concreto affrontate sotto la stessa etichetta, cioè delle modificazioni, più o meno marcate, via via apportate all’oggetto dell’indagine o, comunque, della costruzione». Similmente, M. Costanza, *Profili dell’interpretazione*, cit., laddove ritiene che la presupposizione si sostanzia in un «metodo ermeneutico» (p. 179) e, più in generale, la constatazione che la varietà di rimedi prospettabili dipende «dalla diversa incidenza che il presupposto può assumere nel singolo contratto» (p. 182). «Molteplicità» ed «eterogeneità» di problematiche sono riconosciute anche da F. Macario, op. ult. cit., p. 521.

²⁷⁰ È quanto affermato da Corte di Cassazione, 25-05-2007, n. 12235, cit., seppur in un *obiter*, nella affermazione della utilizzabilità del recesso, tanto in caso di sopravvenienze quanto in caso di false presupposizioni. Tale profilo, che possiamo indicare come ‘sopravvenienza conoscitiva’ (che, secondo le categorie codicistiche, dovrebbe considerarsi come un vero e proprio errore o vizio originario dell’atto), sembra ricorrere anche nel caso del corso professionalizzante già discusso nel Cap. 1, trattato nella specie come sopravvenienza. Sul punto si tornerà più diffusamente *infra*, nel prossimo capitolo.

²⁷¹ Se non ‘sterminata’ – come ritiene F. Astone, *art. 1366*, in E. Navarretta, A. Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale, artt. 1350-1386*, in E. Gabrielli (diretto da), *Comm. del Cod. Civ.*, Utet Giuridica, Torino, 2011, p. 541 in nota –. Per citare alcuni fra i contributi il cui oggetto è principalmente rivolto allo studio della presupposizione, limitando i riferimenti alla letteratura italiana, e non considerando integralmente le pur copiose e talora dense note a sentenza e le trattazioni generali in materia di contratto che saranno richiamate alla bisogna: P. Cogliolo, *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti* cit., p. 417; L. Ferrara, *Accenni sulla presupposizione*, in «Foro It.», 1939, I, p. 83 sgg.; W. Bigiavi, *In materia di presupposizione*, in «Giur. it.», 1948, I, p. 173 sgg.; F. Martorano, “*Presupposizione ed errore*”, cit., pp. 69-108; M. Comperti, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla teoria della presupposizione*, in *Studi senesi*, 1960, III, p. 492; G. Branca, *Considerazioni pratiche sulla presupposizione*, in «Foro it.», 1962, I, p. 239; F. Girino, voce *Presupposizione*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, Utet, Torino, 1957, p. 780; V.E. Cantelmo, *La presupposizione nella giurisprudenza italiana*, Giuffrè, Milano, 1969; A. Gentili, *Presupposizione, eccessiva onerosità*, cit.; M. Bessone, A. D’Angelo, voce *Presupposizione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1986; V. Pietrobbon, voce *Presupposizione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1991; A. Pontani, *La presupposizione nella sua evoluzione, con particolare riferimento all’errore ed alla causa*, in «Quadr.», 1991, p. 833 sgg.; V. Santarsiere, *Ricerca sui motivi del contratto*, in *Il nuovo diritto*, 1994, p. 601; M.

zioni aventi ad oggetto temi diversi, ma contigui o collegati²⁷². La ragione di ciò risiede probabilmente nella difficoltà di giustificare in maniera certa l'affermarsi di un rimedio che non trova un univoco appiglio normativo, ma viene ricondotto ora ad una, ora ad un'altra norma o istituto (o principio) ritenuto prevalente, fino talvolta ad assegnare alla presupposizione stessa la natura giuridica di 'principio'²⁷³.

In via generale, la stratificazione delle pronunce in materia, ha portato al consolidarsi di una formula con cui i giudici amano richiamarsi alla presupposizione, ricordandone a un tempo i suoi requisiti. La definizione offerta dalla giurisprudenza, già menzionata, ma che conviene qui ricordare, può ritenersi ormai stabile: la presupposizione consisterebbe in «una situazione, di fatto o di diritto»²⁷⁴, passata, presente, futura, di carattere obiettivo (il cui verificarsi o venir meno si presenti come indipendente dall'attività dei contraenti e non costituisca oggetto di una loro specifica obbligazione) che possa, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, ritenersi prospettata dai contraenti come presupposto comune avente valore determinante ai fini del permanere del vincolo contrattuale, o di una specifica clausola»²⁷⁵.

Ciò che molti autori danno ad intendere, ed alcuni esprimono apertamente, è il riconoscimento dell'istanza di 'giustizia sostanziale'²⁷⁶ più o meno velatamente sot-

Serio, voce *Presupposizione*, in *Dig. disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino 1996; C. Camardi, *Economie individuali*, cit.; A. Belfiore, *La presupposizione*, cit.; F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo Diritto dei contratti: dalla Presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in «Riv. Dir. Civ.», Padova 2002; A. Nicolussi, *Presupposizione e Risoluzione*, cit.; C. Caccavale, *Giustizia del contratto*, cit.; N. Bertotto, *Alcune riflessioni sulla presupposizione*, cit., pp. 309-327; A. Riccio, *La Presupposizione è dunque causa di recesso dal contratto*, in «Contr. e Impr.», 2008, I, pp. 11-32; F. Degl'Innocenti, *Teoria della presupposizione*, cit., pp. 79-94; G.B. Ferri, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in «Eur. Dir. Priv.», 2, 2009, pp. 331-378.

²⁷² Per alcuni esempi, si sono autorevolmente occupati di 'presupposizione': M. Costanza, *Profili dell'interpretazione*, cit., in part. p. 77 sgg.; A. Lanotte, *La causa: uno, nessuno e centomila*, in «Riv. Crit. Dir. Priv.», 2007, III, pp. 541-551; F. Martorano, *La tutela del compratore*, cit.; P. Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Giuffrè, Milano 1962; V. Pietrobon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Cedam, Padova 1963; A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, cit.; M. Bessone, *Adempimento e rischio*, cit.; S. Piraino, *La presupposizione negli accordi in tema di espropriazione per pubblica utilità*, Giuffrè, Milano, 1971; C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto*, cit.; P. Gallo, *Sopravvenienza contrattuale*, Cit.; M. Barcellona, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., pp. 467-501.

²⁷³ Scelgono il 'principio della presupposizione': Corte d'Appello Firenze, 26-04-1966, in «Il Foro padano», 1968, I, pp. 675-677; Corte di Cassazione 06-07-1971, n. 2104 (solo massima), in «Rep. Gen. della Giur. it.», 1971, II, p. 3023; Corte di Cassazione 19-04-1974, n. 1080, in «Il Foro padano», 1974, I, pp. 267-270; Corte di Cassazione 02-01-1986, n. 20; Corte di Cassazione 13-05-1993, n. 5460; Corte di Cassazione 25-05-2007, n. 12235 (come «principio dogmatico»), cit.

²⁷⁴ Fino a qualche tempo fa era dato di ritrovare sentenze che non facevano riferimento alla situazione 'di diritto' oltretutto 'di fatto' (ad es. Corte di Cassazione, 09-02-1985, n. 1064, in «Arch. civ.», 1985, I, pp. 319-321). La definizione riportata nel testo sembra idonea a rappresentare il punto di arrivo della giurisprudenza in fatto di requisiti dell'istituto (o 'figura', o 'principio') della presupposizione.

²⁷⁵ Così Corte di Cassazione, 05-08-1997, n. 7197, cit. Per la giurisprudenza (e la dottrina) che a tale definizione fanno espresso riferimento, si v. al Cap. I, la nota 58.

²⁷⁶ Il collegamento tra presupposizione e l'idea di - una qualche - 'giustizia sostanziale' è rilevato dalla dottrina a più riprese. Si v. ad es. M. Ambrosoli nota Cass. n. 6631 del 24 marzo 2006, in «I Contratti», 2006, p. 1090, e, in precedenza, Id. *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, in part. p. 289, ribadito da ultimo in Id., *Presupposizione e gravità della turbativa*, in «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 2, 2014, p. 437 sgg. Anche M. Bessone parla di «esigenze di giustizia sostanziale» in *Adempimento e rischio*, cit.,

tesa alla maggior parte delle controversie concrete, ove il mantenimento in vita del contratto sarebbe risultato eccessivamente 'pregiudizievole' per una delle parti. Nell'assegnare rilevanza a tali sopravvenienze atipiche, se da un lato, la dottrina italiana è stata sicuramente avvantaggiata dall'avvenuta codificazione dell'art. 1467 c.c., da un altro lato, è stata anche ostacolata dalla previsione di limiti espressi per il riconoscimento delle stesse sopravvenienze. Ecco, dunque, che la dottrina ha cercato a più riprese di proporre un appiglio normativo, pur se estensivamente interpretato.

Le diverse ricostruzioni, come si è potuto in parte apprezzare e come si osserva anche di recente²⁷⁷, si sforzano di giustificare la rilevanza della presupposizione sulla base ora dell'atto di autonomia, come suo contenuto implicito comunque insito nella stessa pattuizione; ora delle regole di integrazione ordinamentale, come conseguenze che l'ordinamento giuridico prevede per la gestione delle sopravvenienze che alterano il contratto. In tale distinzione, da non considerare come un rigido schematismo, ma come una semplice tendenza – o prevalenza – nella tensione tra autonomia negoziale, da un lato, ed eteronomia ordinamentale, dall'altro lato, trovano appiglio le diverse ricostruzioni dottrinali proposte.

Così, la prevalenza accordata all'atto di autonomia, fa sì che si portino avanti ragionamenti fondati su clausole o condizioni implicite del contratto²⁷⁸ o sulla vo-

p. 346, considerando, più generalmente, che «la legge non può mancare di tutelare le economie individuali contro impoverimenti che siano contrari a giustizia» (p. 241). Significativo il titolo del lavoro di C. Caccavale, *Giustizia del contratto*, cit., ove, infatti, si ritrova un diretto collegamento tra 'idea di giustizia' e presupposizione (par. XI, p. 182 e p. 187 sgg.). Imposta il discorso su una ricerca del «giusto assetto di interessi» nella ricostruzione del rimedio anche C. Camardi, *Economie individuali*, cit., pp. 19-20. F. Degl'Innocenti, *Teoria della presupposizione*, cit., p. 91. In giurisprudenza il riferimento espresso all'ingiustizia anche nella sua dimensione di proporzionalità in tema di presupposizione è recessivo, mentre è richiesto all'interprete di ricostruirne l'effettiva capacità di influire sulla decisione finale. In passato si è espressamente negato tutela a un «ingiusto profitto», facendo riferimento alla «funzione di riequilibrio delle posizioni dei contraenti» (Corte di Cassazione, 17-05-1976, n. 1738, in «Foro it.», 1976, I, pp. 2399-2406), o si è fatto riferimento alla necessità di «correggere situazioni abnormi o inique non altrimenti superabili» (Corte d'Appello Trieste, 16-07-1962, in «Corti di Brescia, Venezia, Trieste», 1962, XV, p. 711 sg.).

²⁷⁷ A. Belfiore, *La presupposizione*, cit., p. 35 sgg., che conviene citare per esteso: «se si vuole rappresentare per grandi linee la vicenda della presupposizione si può soltanto dire che essa ha ruotato attorno al tema generale dei criteri di giuridicizzazione o selezione degli interessi (delle situazioni o circostanze) puntualmente non regolati né in via pattizia né in via normativa, e si è andata confusamente svolgendo attraverso due itinerari essenzialmente diversi, rispettivamente incentrati, l'uno sul profilo dell'autointegrazione del regolamento pattizio e, l'altro, sul profilo dell'autointegrazione delle discipline legali». Si darà conto di seguito di alcuni passaggi in cui si sostanziano questi due itinerari, tratteggiati dall'A.

²⁷⁸ Nota è l'impostazione di colui che è considerato 'padre' della presupposizione, B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, trad. it. a cura di C. Fadda, P.E. Bensa, 1930-VIII, I, pp. 333-334, il quale così si esprimeva: «chi manifesta un volere sotto una presupposizione vuole, al pari di chi emette una dichiarazione di volontà condizionata, che l'effetto giuridico voluto abbia ad esistere soltanto dato un certo stato dei rapporti». Abbandonato il fulcro volontaristico della costruzione windscheidiana, sempre riconducibile all'oggetto del contratto, sembra la posizione di A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 231 sgg. laddove fa riferimento alla presupposizione come «enunciativa contrattuale incompleta», in grado di determinare la struttura del regolamento. Deve tuttavia rilevarsi come la stessa concezione di oggetto del contratto viene da Cataudella vista in un'ottica funzionale-dinamica (p. 232 sgg.). Col che, sembra che si possa accogliere una collocazione della teoria dell'A. sotto una chiave – anche – causale. In relazione alla teoria di Cataudella, conviene riportare il pensiero di C. Camardi, op. ult. cit., p. 360 sgg., che mette in evidenza come la indicazione di una 'enunciativa', sia pure incompleta, determinereb-

lontà presunta dei paciscenti²⁷⁹ enucleando un oggetto implicito del contratto. A tali impostazioni, con un'accezione definibile 'volontaristica', si riconducono inoltre le teorie che qualificano la falsa presupposizione come errore essenziale comune o bilaterale²⁸⁰. A metà strada, pur con baricentro spostato sull'atto di autonomia, si collocano le teorie imperniate sull'interpretazione del contratto, che riflettono la duplice natura di ricerca del contenuto contrattuale (ancorandosi all'atto di autonomia e al suo contenuto implicito) con quello del contenuto 'normale' del contratto²⁸¹. Nella ricerca di canoni di interpretazione oggettiva, con particolare riferimento al ruolo della buona fede contrattuale, tanto nella sua dimensione interpretativa, quanto in quella esecutivo-integrativa del (*recte*: degli effetti del) precetto di autonomia, trovano linfa le teorie più sbilanciate verso la integrazione del contratto. Queste posizioni conducono a interpretare la presupposizione in una dimensione prevalentemente oggettiva²⁸².

L'analisi della funzione del contratto²⁸³, dell'equilibrio del sinallagma²⁸⁴, della ripartizione (legale) dei rischi contrattuali²⁸⁵, ovvero, in generale, dell'integrazione

be dei limiti a priori di configurabilità del fenomeno: la presupposizione, in sostanza, potrebbe risolversi già «sul piano interpretativo», senza dover scomodare argomenti *praeter-legali* (p. 361); ovvero, in caso di incompletezza effettiva della enunciativa, la stessa potrebbe risolversi sul piano della integrazione del contenuto del contratto (363-364), senza dover fare i conti con il problema della presupposizione, che si porrebbe, per l'A. da ultimo citata, in assenza di enunciativa.

²⁷⁹ Le teorizzazioni otto-primonovecentesche sulla clausola *rebus sic stantibus* collegavano tale elemento, certamente non previsto concretamente dalle parti, al contenuto – tacito o implicito – del contratto. Cfr. G. Osti, *Clausola "rebus sic stantibus"*, cit., ove si utilizza ampiamente la denominazione di «clausola tacita» (pp. 353, 354, 359; 360) e si fa chiaramente riferimento alla «volontà presunta» (p. 360). Similmente P. Cogliolo, *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti* cit., p. 424 (con riferimento al «venir meno dello stato di fatto presunto dalle parti»). Significativa può essere anche la collocazione sistematica della trattazione. Ad. es. in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 542 sgg., la presupposizione (originaria) è collocata nel capitolo intitolato alla 'volontà' (accanto ai vizi del volere); mentre le 'sopravvenienze atipiche' non fanno espressa menzione della presupposizione e sono trattate nel tomo secondo, in materia di rimedi per le sopravvenienze.

²⁸⁰ Per cui note sono le posizioni di F. Martorano, "*Presupposizione" ed errore*, cit. spec. p. 69; sostanzialmente analogo è l'esito delle analisi di V. Pietrobon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, cit., p. 508 sgg. Criticamente rispetto a tali costruzioni, ovvero per una irriducibilità del presupposto contrattuale alla falsa rappresentazione comune, P. Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, cit., essendo lo stesso apprezzabile essenzialmente su un piano oggettivo (p. 163).

²⁸¹ Può cogliersi questa duplicità di natura nell'articolata costruzione di C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto*, cit., *passim*, e spec. p. 256 sgg., e p. 380 sgg.

²⁸² V. infatti, oltre alla dottrina citata alla nota precedente, F. Macario, *La dottrina della presupposizione*, in V. Roppo (diretto da), *Trattato del contratto*, cit., p. 549 sgg. Una posizione di questo tipo, di valorizzazione della «interpretazione integrativa», sembra riscontrabile già nell'interpretazione di E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 451-454; pp. 526-530. Seguendo percorsi propri, di valorizzazione delle clausole generali in un'ottica unitaria (soggettivo-oggettiva), giunge ad un simile risultato anche M. Bessone, *Adempimento e rischio*, cit., spec. p. 325 sgg. e p. 340 sgg.

²⁸³ Alla presupposizione, come momento di possibile emersione della funzione economico-individuale, ha dedicato attenzione, non a caso, G.B. Ferri, *Causa e tipo*, cit., p. 203 sgg. Ritiene invece che i presupposti causali e quelli oggettivi (in cui si sostanzia la presupposizione) debbano essere tenuti ben distinti, C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 435 sgg. Similmente anche F. Girino, *Presupposizione*, cit., p. 780.

²⁸⁴ Si tratta di una concezione diffusa soprattutto negli enunciati giurisprudenziali, laddove si fa riferimento ad un «principio generale di conservazione dell'equilibrio contrattuale, che trova specifica espressione nell'art. 1467 c.c.» (Corte di Cassazione, 17-12-1991, n. 13578, in *De Jure*; Corte di Cassa-

del contratto da parte dell'ordinamento, costituiscono altre vie battute per l'individuazione di un soddisfacente fondamento del rimedio.

Tra i diversi passaggi dell'evoluzione interpretativa su cui conviene porre l'accento, uno di essi risulta particolarmente rilevante e concerne il progressivo abbandono della teoria volontaristica della presupposizione, intesa quale volontà ipotetica dei paciscenti, in favore di una teoria più oggettiva dei presupposti contrattuali²⁸⁶. Pur mantenendosi evidentemente un legame con il contenuto del contratto, e con il 'voluto negoziale', viene sempre più valorizzato il dato oggettivo ricavabile sia dal testo che dal contesto nel quale si è formato il contratto. Si è visto infatti che, da una parte, proprio il 'contesto contrattuale', nella sua portata oggettiva, è ciò che viene ad assumere grande rilevanza nelle controversie in cui si lamenta una presupposizione mancante.

A ciò si aggiunge il ricorso a canoni oggettivi di razionalità e correttezza in grado di guidare l'interprete nell'applicazione del rimedio.

Nelle più recenti posizioni si ritiene assorbito dalla analisi del ruolo della buona fede l'intero spettro dei problemi ricondotti tradizionalmente alla figura della presupposizione. Ed infatti, sia dal punto di vista interpretativo che della esecuzione del contratto, il riconoscimento di un presupposto essenziale passa attraverso il rispetto dei canoni di correttezza. Lo stesso requisito di essenzialità del presupposto viene così letto come fattore determinante del quale non può disconoscersene la rilevanza secondo buona fede. Un'essenzialità valutabile *ab externo*, oggettivamente appunto, in grado di giustificare la rilevanza di circostanze fondamentali della contrattazione ma non espressamente regolate.

Questa progressiva oggettivazione delle analisi in tema di presupposizione, e la valorizzazione del ruolo delle clausole generali, in particolare di buona fede, sembra richiamare in maniera piuttosto evidente l'elaborazione della dottrina tedesca in materia di 'alterazione del fondamento negoziale'²⁸⁷. Un breve cenno a tale esperienza è illuminante, soprattutto per la mancanza in quell'ordinamento, almeno fino al 2001, di una norma espressamente deputata in via generale alla disciplina del fenomeno delle sopravvenienze non sfocianti nella impossibilità²⁸⁸. In Germania²⁸⁹, in-

zione, 03 dicembre 1991, n. 12921, cit.). Con un 'salto' in altro ordinamento, P. Krebs, in B. Dauner Lieb *et al.*, *Anwaltkommentar, Schuldrecht*, Deutscher Anwalt, Bonn, 2002, p. 465, ricorda come il principio dell'equivalenza tra prestazione e controprestazione sia presupposto dalla giurisprudenza in materia di alterazione del fondamento negoziale, anche in assenza di espressa pattuizione in tal senso (si cita BGH NJW 1962, p. 250). Mette conto sottolineare fin da subito l'assenza, nell'ordinamento tedesco, fino alla riforma dello Schuldrecht del 2001, di una norma analoga all'art. 1467 c.c. Sull'evoluzione germanica in materia di presupposizione si tornerà a breve più estesamente in questo paragrafo.

²⁸⁵ Per quest'ottica – oltre a quanto già esposto nel corso dell'esposizione in materia di rischio contrattuale, a cui è fatto espresso rinvio – cfr. M. Bessone, *Adempimento e rischio*, cit., 268.

²⁸⁶ Cfr., fra gli altri Autori sopra citati, anche in M. Costanza, *Profili dell'interpretazione*, cit., p. 181. In tale senso, come si vedrà subito, si è mossa anche la evoluzione dell'interpretazione tedesca.

²⁸⁷ Traduzione letterale della formula di *Geschäftsgrundlage*.

²⁸⁸ Che resta regolata nel § 275 BGB.

²⁸⁹ Nell'ordinamento giuridico tedesco, il punto di partenza dell'analisi è solitamente ricondotto alla elaborazione di Windscheid che, a metà del 1800, ebbe modo di pubblicare la sua «Teoria del diritto romano della presupposizione» (1850). Si veniva così a costruire l'idea che fossero le stesse parti che vincolavano sé stesse a un vincolo giuridico che tiene sì la forza della legge, ma solo in quel determinato complesso di circostanze che la stessa volontà delle parti ha potuto considerare: «l'obbligo contrattuale

[...] termina laddove anche la volontà delle parti termina» (così sintetizza il pensiero di Windscheid, in uno con il dogma volontaristico, C. Reiter, *Vertrag und Geschäftsgrundlage*, cit., p.18). Gli effetti, come si evince, sono analoghi a quelli di una clausola condizionale risolutiva e il Windscheid parla infatti al riguardo anche di una «condizione non sviluppata» (*Unentwickelte Bedingung*) (cfr. il già citato B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, loc. ult. cit.). Con le critiche al dogma volontaristico, arrivano ben presto le critiche alla teoria della «presupposizione», in particolare per la confusione tra motivi individuali e «presupposizione», con un'inaccettabile compromissione dei valori di certezza del diritto e dei rapporti giuridici contrattuali e con effetti negativi sui traffici giuridici in genere (*Vertragstreue*). Queste le principali critiche (su cui in part. è nota la disputa del Lenel, *AcP*, 74, 1889 e 79, 1892), incentrate storicamente sulla valorizzazione della dichiarazione contrattuale in senso oggettivo e sulla necessità di tutelare l'affidamento della controparte e dei terzi. Nonostante qualche sporadica applicazione della 'presupposizione' sia rinvenibile nella Germania pre-unitaria (ne dà conto C. Reiter, *Vertrag und Geschäftsgrundlage*, cit., p. 36 in nota), la posizione più critica al riguardo di tale teoria avrà la meglio in sede legislativa: con la revisione del primo progetto del codice civile tedesco, venne eliminata la norma di portata generale sulla presupposizione proposta dal Windscheid in sede di Commissione. Furono inserite alcune norme disciplinanti specifici casi di difficoltà sopravvenute nel corso della prestazione, dalle quali però, come ammonì il *Reichsgericht* (RGZ 50, 255, 257), nei primi anni di vigenza del Codice, non era possibile ricavare un principio generale di previsione della *clausulam rebus sic stantibus*. Il problema dell'assenza di una norma di portata generale che regolasse una difficoltà sopravvenuta della prestazione in ambito contrattuale, si fece sentire più forte con lo scoppio del primo conflitto mondiale, e soprattutto negli anni ad esso successivi, quando la perdita della guerra e le gravi condizioni di pace imposte alla Germania fecero sentire i loro pesanti effetti economico-sociali. Le prestazioni di denaro che avevano, ad esempio, come riferimento un valore nominale si svalutarono gravemente e, non essendo impossibile il reperimento sul mercato di tali oggetti di obbligazione, trattandosi di obbligazioni di genere, una regola di rigida interpretazione legale e contrattuale avrebbe costretto le parti (e soprattutto la parte svantaggiata) ad adempiere, o ad accettare l'altrui adempimento alle condizioni prestabilite dal contratto. Le prime sentenze dei giudici tedeschi in materia rinvergono la propria base normativa nel § 275 BGB (vecchia stesura), disciplinante, come si è già avuto modo di ricordare, l'impossibilità della prestazione. Nel campo applicativo del § 275, oltre all'impossibilità 'materiale' della prestazione, fu ritenuta configurabile anche la c.d. 'impossibilità economica' (*Wirtschaftliche Unmöglichkeit*). Quest'ultima riguardava casi in cui, per il sopravvenire di circostanze esterne posteriori alla conclusione del contratto, la prestazione diveniva talmente onerosa da considerarsi inesigibile, oppure finiva per mutare i suoi connotati essenziali, la sua 'natura'. Mentre in dottrina un altro autore (P. Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921), sviluppa un concetto e una terminologia destinata ad avere grande fortuna, i *Geschäftsgrundlage*, la giurisprudenza comincia a muoversi su un altro terreno normativo: il § 242 BGB, relativo all'esecuzione di buona fede. In un caso considerato da molti autori come una vera e propria pietra miliare, il Tribunale supremo del *Reich* (c.d. *Spinnerei-Fall*, RGZ 103, 328, 1922), utilizzando la definizione di nuovo conio dei «fondamenti negoziali», decide per l'intervento sul contenuto del contratto. Il caso riguardava l'alienazione di un immobile il cui pagamento era stato diviso in due rate. La seconda rata, non ancora scaduta, venne colpita da un'inflazione dell'oltre 80%. Il *Reichsgericht* procedette dunque alla modifica del contenuto contrattuale nel senso di aumentare il valore nominale della controprestazione. Fu quindi data precedenza alla modifica del contratto rispetto al suo scioglimento. La teoria di Oertmann, intanto, pur volendo approdare a una maggiore oggettivazione dell'analisi del contenuto della rappresentazione delle parti, restava comunque ancorata alla sfera soggettiva (Si rammenta che i 'fondamenti negoziali' furono definiti come un *quid* «esterno al contratto, ma avente oggettivamente forza causale per la parti, rispetto a rappresentazioni comuni delle stesse, o anche unilaterali ma riconoscibili dall'altra parte e da questa non contestate, relative alla esistenza o al futuro verificarsi di circostanze sulla base delle quali la parte (o le parti) ha(-nno) basato la loro volontà negoziale (*Geschäftswille*)»: P. Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage*, cit., p. 37). Si riapri così il dibattito sulla necessità di sganciare i fondamenti negoziali dal momento volontaristico. Mentre la giurisprudenza conosce momenti di sviluppo applicativo alternati a momenti di arresto, dovuti anche al frequente intervento del legislatore che dettava con legge regole specifiche sulle situazioni di emergenza sociale che nel frattempo avrebbero costituito terreno fertile per far governo di rimedi per le sopravvenienze, la dottrina cerca di trovare nuovi spunti per dare fondamento a quella che rimaneva un'esigenza dell'ordinamento. Viene così ripreso, ad esempio, il concetto di «scopi comuni del negozio» (E. Locher,

La inutilizzabilità della prestazione

AcP 121, 1923) talvolta con accezioni simili alla nostrana ‘causa’ (v. K. Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung “veränderter Umstände” in Zivilrecht*, München/Berlin, 1963). Viene così anche discusso un aspetto, che confluirà poi come elemento normativo nella nuova norma del 2002, attinente ad una volontà ipotetica delle parti che deve essere tale per cui se le parti avessero conosciuto il vero stato delle cose, non avrebbero concluso il contratto con quel contenuto, o non lo avrebbero concluso affatto (P. Krückmann, *AcP* 131 (1929), 1-104; e più recentemente D. Medicus, *Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage in FS Flume zum 70. Geburtstag*, Otto Schmidt KG V., Kölln, 1978.). Un ulteriore elemento, di sicura novità, è costituito dall’introduzione dell’analisi dei rischi contrattuali, che, ricollegando l’attività negoziale ad una attività che deve gestire anche i rischi che da essa conseguono, riportava la questione su un piano ancor più oggettivo (l’Autore che ha portato maggiormente avanti questo profilo di analisi è stato W. Fikentscher, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos*, München, 1971, anche se interessanti spunti erano presente già nelle opere di Kegel e di Flume, come riporta C. Reiter, *Vertrag und Geschäftsgrundlage*, cit., p. 139 sgg.; in Italia, come visto, il pensiero è stato autorevolmente argomentato da M. Bessone, *Adempimento e rischio*, cit.). Con grande interesse vengono inoltre studiati i vari aspetti della buona fede di cui al § 242 BGB, e la sua importanza sia ai fini del riconoscimento dell’essenzialità del fondamento negoziale, sia ai fini della valutazione della ‘esigibilità’ (*Zumutbarkeit*) della prestazione alla luce del nuovo stato di fatto. Proprio in relazione al collegamento con la inesigibilità (secondo buona fede), viene spesso menzionata in dottrina la statuizione del *Bundesgerichtshof* (BGH) che «il cambiamento deve essere talmente incisivo che un mantenimento dell’originario contratto porterebbe a risultati insostenibili e non corrispondenti a ciò che si è stabilito nel contratto stesso secondo una valutazione rispettosa del diritto e della giustizia oggettiva (*mit Recht und Gerechtigkeit*)» BGH (8.2.1978) in *JZ* 1978, pp. 235, 236. In generale, per il ricorso al § 242 BGB in materia di caducazione dei fondamenti negoziali, cfr. R. Zimmermann, *Remedies for Non-Performance*, in «The Edinburgh Law Review», 6/2002, pp. 282-283. Non sono mancati, d’altro canto, tentativi di ricorrere alle regole interpretative, ed in particolare al § 157 BGB (disciplinante l’interpretazione di buona fede), in base al quale sarebbe possibile ‘estendere’ il contenuto contrattuale. Si è così sostenuto anche l’idea secondo cui il contratto non avrebbe bisogno di alcuna interpolazione, essendo la sua modifica già ‘dentro’ il contratto, ricavabile con un corretto e approfondito processo interpretativo, improntato ai canoni della buona fede (D. Medicus, *Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage*, cit., p. 635 sgg. il quale riporta in tal modo il pensiero di Flume). Dal punto di vista degli effetti giuridici, si stabilizza la facoltà per il giudice di procedere a una modifica del contratto (*Anpassung*), la quale, essendo da ricollegarsi alla buona fede ex § 242 BGB, veniva ad acquistare efficacia *ex lege*, avendo quindi la relativa azione natura dichiarativa (*Feststellung*, ex § 256 ZPO). Sulla base di tale costruzione, alcuni autori hanno ritenuto che l’esistenza di una *Störung* dei *Geschäftsgrundlage*, avrebbe potuto essere fatta valere anche d’ufficio; che l’attore, nel caso fosse lui a lamentare direttamente una *Störung*, avrebbe dovuto chiedere direttamente l’accertamento del nuovo stato di fatto, cioè di accertare la nuova controprestazione dovuta, condannandosi direttamente la controparte alla sua esecuzione. *Idem* il convenuto per l’adempimento, in caso fosse lui la parte che aveva subito una *Störung*, una volta chiamato in giudizio per l’esecuzione, avrebbe dovuto chiedere non la modifica, bensì direttamente l’accertamento del nuovo stato dei rapporti contrattuali in base alla propria prospettazione. Un’azione quindi definita *aus Anpassung* (‘derivante da’) non *auf Anpassung* (‘di’), basata su una modifica, non di modifica. Questo assetto, sostanzialmente condiviso tra gli interpreti fino al 2002, viene considerato oggi «storia del diritto» (così B. Dauner Lieb, W. Dötsch, *Prozessuale Fragen rund um § 313 BGB*, in «*NJW*» 2003, p. 921 sgg.). Al di là degli aspetti più marcatamente processuali, venendo al contenuto della *Anpassung*, essa si ritiene (ancora oggi) poter consistere: in aumenti o riduzioni del valore delle prestazioni; nel fissare modalità specifiche di pagamento; nello stabilire restituzioni di beni specifici; o, ancora, in altre conseguenze che, a seconda dei casi, risultino opportune. Sostanzialmente, si afferma in dottrina, la modifica del contratto deve rispondere alla seguente domanda: cosa avrebbero (in base ad un criterio di interpretazione soggettivo-oggettiva) stabilito le parti se avessero conosciuto il reale stato di fatto, poi scopertosi o verificatosi (C. Hirsch, *Der Tatbestand der Geschäftsgrundlage im reformierten Schuldrecht*, in «*JURA*» 2/2007, p. 81 sgg., p. 87). Se questo adeguamento non appare possibile, per la difficoltà di trovare un risultato soddisfacente, si apre la via alla risoluzione del vincolo contrattuale (*Aufhebung*), normalmente ad efficacia non retroattiva. Da quest’ultima osservazione deriverebbe la conseguenza che, di regola, un’azione di questo tipo non possa essere esperita se il rapporto giuridico sostanziale si è già esaurito, anche se, su questo aspetto, la dottrina manifesta alcune ambiguità (cfr. ad

fatti, gli interpreti hanno potuto affrontare il tema senza particolari condizionamenti normativi, mentre da noi, al contrario, la presenza dell'art. 1467 c.c. ha fatto sì che la riconduzione all'oggetto, sia pur implicito, del contratto fosse predominante²⁹⁰ o comunque che fosse instaurato un collegamento con la volontà negoziale, sia pure ipotetica.

I criteri utilizzati dalla dottrina giuridica tedesca, si sono dunque incentrati su clausole generali, prima fra tutte, fino al 2001, la previsione del § 242 BGB, come noto intitolato alla buona fede nell'esecuzione della prestazione²⁹¹. Proprio sulla base della buona fede, in quell'ordinamento, si è principalmente ricostruito il trattamento giuridico dei casi di scoperta di una diversa consistenza ovvero di una modifica successiva della 'base negoziale': la buona fede obbliga i paciscenti a riconoscere il rilievo giuridico di un fondamento contrattuale, impone la rinegoziazione, consente la modifica delle condizioni contrattuali tali da riportare il contratto nell'ambito della esigibilità, apre la via alla risoluzione (*recte*: recesso), ove i rimedi manutentivi non siano possibili. Una forza precettiva, quella della buona fede nel sistema tedesco²⁹², che già da tempo mostra un carattere che il nostro sistema, invece, solo di recente ha iniziato a riconoscere²⁹³.

es. D. Medicus, *BGB-Allgemeiner Teil*, cit., p. 333, il quale afferma la 'normale' irrilevanza della *Wegfall*, se e in quanto il contratto è già stato adempiuto. Così anche Krebs, op. ult. cit., p. 467). La situazione di assenza di regole legislative e la completa rimessione alla dottrina e alla giurisprudenza della soluzione dei casi di alterazione di circostanze in corso di rapporto, ha portato il legislatore, con la riforma dello *Schuldrecht* del 2001, a introdurre una norma *ad hoc*, il § 313 BGB. All'interno di essa è confluito ciò che è stato elaborato in circa un secolo di pratica e teoria giuridica, per quanto sia possibile recepire in norme di legge una regola, come quella relativa ai *Geschäftsgrundlage*, che sembra sfuggire alla tipizzazione: la sua natura specifica, del «caso per caso», si palesa in ogni sua applicazione e il suo contrasto con la certezza di un diritto formale appariva già 'una vecchia disputa' al Windscheid. In Dottrina è stato notato – con una formula a cui la restante dottrina appare particolarmente affezionata – come la «forza della dottrina dei *Geschäftsgrundlage* risieda nella sua "debolezza", cioè nella flessibilità dei confini interni della fattispecie e delle sue conseguenze giuridiche». Così H. Köhler, *Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung*, in C. W. Canaris et al. (a cura di), *FG 50 Jahre Bundesgerichtshof*, vol. I, Verlag C.H. Beck, München, 2000, p. 296.

²⁹⁰ In giurisprudenza tale propensione non può dirsi del tutto esaurita, se ancora oggi vi sono riferimenti alla presupposizione intesa come «fatto tenuto presente nella rappresentazione delle parti» (Corte di Cassazione, 28 agosto 1993, n. 9125, cit.).

²⁹¹ Collocato nella prima sezione ('Contenuto del rapporto obbligatorio') del libro dedicato al «diritto delle obbligazioni», nel Titolo sullo «Obbligo di prestazione», così si esprime la norma: «*Leistung nach Treu und Glauben: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*». La buona fede è quindi parte del contenuto obbligatorio della prestazione, avuto riguardo, nel contenuto del precetto, agli usi del traffico giuridico ed economico. Per lo sviluppo davvero impressionante dell'interpretazione svolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza germaniche a proposito del § 242 BGB, si v. le numerose applicazioni della norma in G.H. Röth, § 242 BGB, in *Münchener Kommentar, Schuldrecht AT*, 2003.

²⁹² In generale, sulla buona fede in dottrina tedesca si v. B.S. Markesinis, W. Lorenz, G. Dannemann, *The German Law of Obligations, Vol. 1, The law of Contracts and Restitution: a comparative introduction*, Clarendon Press, Oxford, 1997 (cap. 7); J. Beatson, D. Friedman, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1995, p. 171 sgg. Cfr. anche P. Schlechtriem, *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*, (1997), consultabile all'indirizzo web <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechchtriem16.html> (02/16).

²⁹³ In giurisprudenza si ritiene diffusamente che segni un punto di svolta il noto 'caso Fiuggi' (Corte di Cassazione, 09-11-1994, n. 9304, in *De Jure*; ma v. R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 436, secondo cui il vero precedente per «un nuovo corso» in materia di obblighi di buona fede, è da

Il § 313 BGB, rubricato «Caducazione del fondamento negoziale», introdotto con la riforma dello *Schuldrecht* del 2001, codifica le precedenti acquisizioni, unificando il trattamento delle sopravvenienze reali e conoscitive (comma 2), e prevedendo quale rimedio prioritariamente l'azione volta all'adeguamento del contratto. Il limite di invocabilità dell'azione di adeguamento è duplice e consiste nella impossibilità oppure nella inesigibilità (*unzumutbarkeit*). Se il contratto non può essere adeguato si schiude dunque la via del recesso dal contratto, con effetti non retroattivi nel caso di rapporti di durata²⁹⁴. Il riferimento all'inesigibilità mostra che il fondamento della previsione resta comunque quello della buona fede²⁹⁵. Si tratta di un'impostazione che oltre a non essere isolata nell'ambito degli altri ordinamenti privati europei²⁹⁶ risulta essere fatta propria dal diritto privato europeo in formazione²⁹⁷.

ascriversi a Cass. n. 5688 del 2 novembre 1979). In dottrina, oltre alle opere trattatistiche, si possono consultare G. Villanacci, *La buona fede oggettiva*, Esi, Napoli-Roma, 2013; P. Gallo, *Contratto e buona fede: buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Utet, Torino, 2009; P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2007; L. Garofalo, A. Burdese (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea: atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001), Cedam, Padova, 2003.

²⁹⁴ § 313 BGB (Trad. a cura di S. Patti, *Il BGB tedesco*, Milano-Monaco, 2005): «Se le circostanze che sono divenute fondamento del contratto sono notevolmente mutate dopo la sua conclusione, e le parti non lo avrebbero concluso o lo avrebbero concluso con un diverso contenuto se avessero previsto questi cambiamenti, è possibile pretendere [verlangt werden] un adeguamento del contratto, fintanto, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, e specialmente della ripartizione legale o contrattuale dei rischi, non possa pretendersi da una delle parti il mantenimento del vincolo contrattuale non modificato. (comma 1) / Un cambiamento delle circostanze sussiste parimenti quando rappresentazioni essenziali delle parti che sono divenute fondamento del contratto si rivelano false. (comma 2) / Se un adeguamento del contratto non è possibile o non è [esigibile, N.d.A.] da una delle parti, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. Per i rapporti obbligatori di durata in luogo del recesso è dato il diritto di disdetta. (comma 3)».

²⁹⁵ Il legislatore della riforma dello *Schuldrecht*, conformemente alla dottrina precedente, considera la *Störung* come un caso speciale di applicazione del §242 (*BT-Drs* 14/6040, cit., p. 174).

²⁹⁶ Ad es. in Francia, il terzo comma di quello stesso art. 1134 c.c. (il cui primo comma sancisce la famosa «forza di legge del contratto») col prevedere l'esecuzione secondo buona fede del contratto secondo taluno costituisce il fondamento del rimedio per *imprévision*. Si v. J. Carbonnier, *Droit civil*, Vol. II, «Quadrige», Puf, Paris, 2004, p. 2180; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations, 2. Contrat*, V ed., Litec, 1995, p. 809; H. Mazeaud *et al.*, *Leçons de Droit civil*, Tomo II, (IX ed.), Montchrestien, 1998, p. 857, i quali ricordano la «trasformazione della stessa concezione della relazione contrattuale, nella quale la giurisprudenza considera debba regnare lo spirito di cooperazione e di dialogo». Tale impostazione ha ricevuto l'avvallo di una cauta giurisprudenza che ha valorizzato il dovere di cooperazione introducendo un dovere di rinegoziazione delle parti di un contratto la cui esecuzione sia divenuta eccessivamente onerosa (si cita Cour de Cassation, *Chambre Commercial*, 3 novembre 1992; cfr. E. Hondius, H.C. Grigoleit, *Unexpected circumstances*, cit., p. 148). Secondo J. Ghestin (diretto da), *Traité de Droit civil, Les effets du Contrat*, (II ed.), L.G.D.J., Paris, 1994, p. 326, la nozione di buona fede «permette di giustificare l'esistenza di certe obbligazioni contrattuali non previste dalle parti», così alludendo alla funzione integrativa degli obblighi di correttezza.

²⁹⁷ Se da un lato, la buona fede ha un rilievo limitato nel c.d. *acquis communautaire* (termine con cui si designa il diritto comunitario vigente, evidentemente frammentario e privo di vocazione generale), ben più pregnante risulta invece il ruolo assegnatole nel «diritto europeo in formazione», ovvero nelle raccolte di principi (in particolare PECL e D-CFR) ove, al contrario, essa sembra costituire un vero e proprio 'collante' della costruzione (così, A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 33). Nelle proposte di principi, la buona fede opera come limite assegnato alla libertà contrattuale (art. II. 1:102, comma 1 D-

6. La tripartizione delle sopravvenienze secondo Zweigert e Kötz. La interferenza dei criteri. Tendenziale prevalenza dell'aspetto qualitativo nella presupposizione

Proprio l'oggettivazione dello scambio e dei criteri di valutazione della rilevanza giuridica degli interessi dei contraenti costituisce un evidente profilo di collegamento l'inutilizzabilità della prestazione e l'evoluzione interpretativa in materia di presupposizione. Conviene, dunque, soffermarsi più specificamente a considerare un aspetto messo bene in evidenza da un'autorevole ricostruzione di tipo comparatistico.

In relazione alle diverse tipologie di sopravvenienze rilevanti in via generale, Konrad Zweigert e Hein Kötz²⁹⁸, nell'analizzare i diversi ordinamenti, riconducono le possibili qualificazioni giuridiche delle diverse ipotesi a tre gruppi²⁹⁹ riconducibili a: 1) l'autentica impossibilità; 2) la grave difficoltà di una delle parti (cui si lega la eccessiva onerosità); 3) la 'frustrazione dello scopo negoziale'.

Già si è potuto svolgere qualche riflessione sull'impossibilità della prestazione e sull'eccessiva onerosità, rilevando che nel nostro diritto positivo entrambe mostrano tendenze ad una estensione applicativa. Tale estensione trova conferma tramite quelle ipotesi che la giurisprudenza ha ricondotto alla presupposizione, mentre la figura giuridica maggiormente adatta ad accoglierle sarebbe probabilmente stata l'impossibilità³⁰⁰ ovvero la stessa eccessiva onerosità³⁰¹.

CFR e 1:102 PECL), come criterio interpretativo e standard di condotta. In proposito risultano significative le parole di Stefano Rodotà: «Le tecniche di buona fede si sono radicate e sfaccettate nelle loro funzioni, che non sono soltanto quelle di assicurare l'equilibrio contrattuale, di misurare il contenuto del contratto secondo criteri che tengano conto di valori socialmente rilevanti e costituzionalmente riconosciuti [...], ma anche di rendere possibile una maggiore economicità delle contrattazioni», e questo è ciò che si muove ad un livello più generale in un contesto europeo. E «proprio le nuove fortune del contratto, l'accresciuto suo peso economico e sociale, ne precludono una lettura chiusa, quasi che le parti, rinserrandosi nei suoi confini, potessero negare la loro appartenenza al mondo». Così S. Rodotà, nell'Introduzione alla ristampa di *Le fonti di integrazione*, cit., IX-X e XIII.

²⁹⁸ K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to comparative law*, cit., p. 517 sgg. V. anche la traduzione italiana, Id., *Introduzione al diritto comparato*, II, Istituti, cit., p. 218 sgg. La medesima tripartizione si ritrova anche in R. Cooter et. al., *Il mercato delle regole, Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 272 sgg., ove tuttavia, alla «frustrazione dello scopo» è sostituita direttamente la «presupposizione».

²⁹⁹ *Ibid.*, op. loc. cit., non mancano di rilevare come «tale distinzione [in tre gruppi] possiede solo una funzione sistematica», essendo «tutti questi casi intimamente connessi fra di loro». Risulta interessante, ma forse eccessivamente analitica, la pluripartizione proposta da E. Hondius, H.C. Grigoleit, *Unexpected circumstances*, cit., così articolata: A) distorsione del sinallagma; B) sostanziale incisione della facoltà d'uso di beni o servizi da parte del creditore; C) frustrazione di specifici scopi; D) errore comune; E) impedimenti vari ed altre ipotesi. Il testo è comunque un riferimento autorevolissimo in relazione all'analisi dei casi di sopravvenienza e alla apertura (o chiusura) dei diversi ordinamenti in relazione al riconoscimento del valore giuridico di tali eventi.

³⁰⁰ In certe ipotesi il confine con l'impossibilità risulta davvero labile, come nel caso del contratto traslativo avente ad oggetto un bene futuro di cui non si è potuto poi disporsi per eventi imprevisi: Corte di Cassazione, 03-10-1972, n. 2828, cit. la cui fattispecie concreta aveva ad oggetto un contratto di locazione per un bene detenuto da un terzo (società in scioglimento, poi non sciolta).

³⁰¹ Un caso che mette in evidenza l'incidenza della sopravvenienza soprattutto sul piano quantitativo è quello deciso da Corte di Cassazione, 24-03-1998, n. 3083, già citato, in cui una sopravvenienza di legge regionale imponeva alle parti la modifica dei progetti di costruzione di un'opera sui quali era stato trova-

Tuttavia, la terza ipotesi proposta da Zweigert e Kötz, quella della ‘frustrazione dello scopo negoziale’, sembra avere una vocazione maggiormente aderente al problema della presupposizione emergendo nella maggior parte delle ipotesi concrete un dato ulteriore³⁰².

Si pensi ai casi non infrequenti di errore su una circostanza che influisce su una qualità del bene, come l’edificabilità di un fondo vicino a quello oggetto del contratto di compravendita, qualità ricostruita come essenziale ai fini del perfezionamento del programma negoziale che includeva la realizzazione di un certo tipo di opere sul

to in precedenza l’accordo contrattuale. In tal caso, la modifica progettuale imposta per la corretta esecuzione del contratto, rendeva non impossibile, ma solo più onerosa la prestazione. Un’ipotesi sostanzialmente analoga (T. Roma, ord., n. 33821 del 24-12-2012, in «Riv. Giur. Lav.», 2013) si è data in ambito giuslavoristico a proposito della nota vicenda degli ‘esodati’ a seguito della Riforma Fornero della disciplina pensionistica (l. 214/2011), dove tuttavia si segnala una peculiarità per quanto riguarda il tipo di decisione adottato dal Giudice. In particolare, si è posto il problema del disequilibrio economico che la modifica normativa ha prodotto sulle contrattazioni per il pensionamento anticipato medio tempore intercorse tra i lavoratori dipendenti e i propri datori di lavoro. Il riferimento alla questione della presupposizione è svolto in relazione allo *status quo* normativo, soprattutto con riguardo alla ‘convenienza economica’ del contratto. La soluzione in concreto adottata incide sul contratto in maniera non caducante, ma gradando gli effetti della pronuncia: il lavoratore viene reintegrato sul posto di lavoro fino a una data successiva, idonea a vanificare gli effetti della sopravvenienza, considerando in particolare l’obbligo sottoscritto a livello contrattuale collettivo da parte del datore di lavoro di coprire l’eventuale incapacità dei Fondi di garanzia previsti dalla legge. Vengono dunque valutati gli opposti interessi economici delle parti e il ‘costo’ al quale il pre-pensionamento era stato accettato. In proposito, a commento della pronuncia, la chiarissima esposizione di L. Prospero, «*Esodati bancari, fondi di solidarietà e riforma Fornero*», in «Riv. Giur. Lav.», 2013, II, p. 274 sgg. La pronuncia sarà richiamata anche nel contesto del Cap. 3, quale ipotesi di pronuncia giudiziale di intervento del giudice sul contratto. Infine, può pensarsi al caso (Corte di Cassazione, 04-06-2009, n. 12879, in *De Jure*) del contratto di locazione il cui canone venga fissato in base a una perizia in seguito riconosciuta gravemente incongrua (valore di mercato pari a un terzo di quello determinato in base a perizia). In questo caso viene stabilita la sussistenza di un errore genetico sul valore del bene, non in quanto tale, ma in grado di incidere su una qualità essenziale del bene dedotto in contratto. In quel caso si annulla il contratto di locazione per errore essenziale ma si accorda l’indennità di occupazione per la minor somma accertata come congrua. Sembra trattarsi in tale pronuncia di un’autentica rideterminazione quantitativa del corrispettivo, se si tiene conto anche dell’interpretazione sostanziale della domanda.

³⁰² In dottrina si osserva che «il problema che la presupposizione pone al sistema non è di equilibrio del sinallagma», o meglio, non è solo di equilibrio: C. Camardi, *Economie individuali*, cit., p. 416; M. Besone, *Adempimento e rischio*, cit., p. 50 sg. Per un caso in cui si coglie la pluralità dei piani di valutazione, v. Corte d’Appello Firenze, 16 luglio 1966, in «Il Foro padano», 1968, I, pp. 674-675.), che sembrerebbe riconducibile ad un primo approccio ad una alterazione prevalentemente quantitativa del contratto. In quel caso si è fatto ricorso alla presupposizione per giustificare una incompatibilità tra due distinti contratti aventi ad oggetto la medesima fornitura (di caffè per bar), di cui il secondo era stato stipulato ‘sul presupposto’ della risoluzione del primo. A ben vedere, non vi è qui alcuna incompatibilità fra i due contratti; c’è solo una ‘inutilità’ del contratto, che si sostanzia in una diseconomia per il soggetto creditore della prestazione di fornitura, che dovrebbe duplicare le fonti di approvvigionamento, senza effettiva necessità. Si fondono dunque aspetti di tipo meramente economico (il dispendio di risorse doppio rispetto al necessario), ma con valutazioni di tipo diverso, eminentemente qualitative (l’inutilità della doppia fornitura). In generale la presupposizione ha consentito ai Giudici di far ricorso a criteri di decisione diversi e più ampi da quelli fissati da una stretta interpretazione delle norme deputate alla gestione delle sopravvenienze economiche. Significativamente Corte di Cassazione, 17-05-1976, n. 1738, cit. ammise espressamente l’esistenza di «casi di presupposizione diversi da quelli contrassegnati dalle particolari condizioni stabilite dall’art. 1467». Così anche T. Verona, 02-01-1972, in «Rep. gen. della Giur. it.», 1973, II, p. 2578. Il riferimento all’art. 1467 c.c. come principio ispiratore della presupposizione è affermato e riaffermato a più riprese in giurisprudenza: si v. Cap. 3, par. 10.

fondo compravenduto³⁰³; o il caso di chi consenta l'esercizio di un diritto su un fondo che le parti 'presuppongono' erroneamente di proprietà dell'autorizzante³⁰⁴; o ancora il caso, non infrequente, dell'acquisto di fondi a certe finalità (normalmente edificatorie) non dedotte espressamente a condizione³⁰⁵.

In queste ipotesi viene ad essere principalmente valorizzata la sostanziale lesione di un obiettivo, di un'aspettativa oggettiva connessa al contratto. Si tratta del c.d. 'motivo oggettivato', riconducibile, presso di noi, al concetto di causa concreta. La frizione con il dogma della irrilevanza dei motivi è evidentemente massima già sul piano linguistico, nelle parole utilizzate (lo 'scopo negoziale'). Eppure, è proprio lo scopo negoziale, nella sua dimensione oggettiva, che sembra cogliere nel segno la descrizione del fenomeno.

Sembra, inoltre, emergere un dato ulteriore che conferma quanto si è visto a proposito dell'interpretazione delle norme sulla impossibilità: l'ampliamento della nozione di oggetto della prestazione e del contratto. Si amplia il contenuto del contratto fino a ricomprendervi una portata anche dinamica, con valutazioni di tipo funzionale. La causa sembra entrare a far parte degli elementi caratterizzanti l'oggetto. Nonostante siano elementi distinti, la relazione tra entrambi sembra essere un dato acquisito nella giurisprudenza formatasi in materia di rilevanza dei presupposti contrattuali.

Tuttavia, pur ammettendosi che la considerazione dell'elemento funzionale ampli il perimetro dell'oggetto del contratto, non può perciò dirsi che si creino vere e proprie obbligazioni. Se questo fosse il risultato della ricostruzione, la conseguenza sarebbe quella di creare un vincolo per il contraente tenuto alla prestazione destinata a una certa utilità. Si amplierebbe in sostanza il 'dovuto' contrattuale, con l'effetto di estendere la responsabilità del contraente debitore della prestazione.

Invece, l'effetto che consegue a questa opera di ampliamento dell'oggettivamente rilevante è esattamente opposta, in quanto si opera nell'ambito delle sopravvenienze inimputabili: tramite una concezione più lata dell'oggetto del contratto, si individuano vere e proprie 'condizioni di funzionalità' del meccanismo contrattuale; accertato che tale funzionalità non può più attuarsi per circostanze sopravvenute non imputabili, il contratto non ha più ragione di essere mantenuto in vita.

Questo processo, come si è già avuto modo di considerare, non è frutto di un'elaborazione propria della sola scienza giuridica italiana. La vicinanza, e talvolta

³⁰³ Corte di Cassazione, 14-11-2006, n. 24295, cit. Di recente, ha risolto un caso di presupposizione della edificabilità del fondo T. Taranto, 16-10-2012, consultabile all'indirizzo web: <<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/9455.pdf>> (02/16). La pronuncia si segnala per aver fatto chiaramente riferimento allo «scopo pratico perseguito» dai contraenti come momento di emersione della presupposizione. Più oltre (p. 9) il Tribunale ricorre alla formula della «inutilità dell'affare diviso dalle parti». Trattandosi di bene inidoneo *ab origine* a servire allo scopo contrattuale, il giudice annulla il contratto.

³⁰⁴ Si v. Corte di Cassazione 05-01-1995, n. 191, cit., avente ad oggetto un contratto con cui un soggetto si impegnava a non immettere scarichi nell'acqua di un canale, sul presupposto che il contraente avvantaggiato fosse il proprietario del canale stesso. Tale contratto presupponeva, secondo le indagini di merito confermate in Cassazione, la proprietà in capo all'altro contraente del suddetto canale.

³⁰⁵ Per un caso recente, v. Corte di Cassazione, 14-06-2013, n. 15025, in *De Jure*.

la commistione, tra impossibilità e presupposizione sembra essere un *leit motiv* della elaborazione germanica della *Zweckvereitelung*³⁰⁶, posta sempre ai confini tra impossibilità e venir meno dei presupposti del contratto (*Geschäftsgrundlage*). Il punto di partenza è proprio il concetto di ‘scopo’ (*Zweck*) che assume in quell’ordinamento una connotazione che può, in via di prima approssimazione, ricondursi alla ricostruzione di quei motivi oggettivati cui si è fatto già cenno nel corso della trattazione. Con esso si ripropongono le questioni relative alla oggettivazione delle finalità e utilità dei contraenti e la *Begrenzung* dai semplici motivi³⁰⁷ secondo una cadenza già ricordata.

La dottrina tedesca ha tendenzialmente distinto diverse ipotesi, alcune riconducibili alla vera e propria impossibilità, altre alla presupposizione (*recte*: ai *Geschäftsgrundlage*, oggi § 313 BGB).

In particolare, i casi di raggiungimento dello scopo (*Zweckerreichung*) per motivi alternativi all’adempimento e da questo indipendenti³⁰⁸, e quelli di venir meno dello scopo (*Zweckfortfall*), sempre per fatti diversi dall’adempimento³⁰⁹ sono tradizionalmente ricondotti alla fattispecie della impossibilità³¹⁰. È presente, in questi casi, l’idea che la vanificazione totale della funzione del contratto sia una ragione autenticamente impossibilitante l’adempimento³¹¹: o manca il substrato materiale della prestazione³¹², oppure la prestazione, nel suo contenuto obbligatorio, non può essere prestata (non ci può essere, ad esempio, prestazione medico-sanitaria su paziente sano)³¹³.

³⁰⁶ Sul tema, rilevante lo studio di V. Beuthien, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1969. Per una sintesi efficace del pensiero dell’A., v. C. Reiter, *Vertrag und Geschäftsgrundlage*, cit., p. 148 sgg. In materia, deve essere ricordato anche il più recente scritto di B. Nauen, *Leistungsschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, e la più breve trattazione di V. Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, C.H. Beck, München, 2005, spec. p. 447 sgg.

³⁰⁷ I termini della questione si ritrovano, ad esempio, in V. Beuthien, *Zweckerreichung und Zweckstörung*, cit., p. 184; H. Ehmann, *Die Lehre vom Zweck als Entwicklung der Voraussetzungslehre*, in Shöpfelin, Meik, Weber e Bandt (a cura di), *Festschrifts V. Beuthien*, C.H. Beck, München, 2009, p. 3 sgg.

³⁰⁸ Ad es. il paziente, che poco prima di sottoporsi a cura guarisca da sé. Presso di noi si è occupato del tema S. Orlando Cascio, *Estinzione dell’obbligazione per conseguimento dello scopo*, cit., con ampio riferimento proprio alla (risalente) elaborazione tedesca.

³⁰⁹ Es. di scuola, la nave incagliata che, poco prima dell’arrivo dei soccorsi, affondi miseramente negli abissi marini.

³¹⁰ H. Brox, W.D. Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, C.H. Beck, Monaco, 2007, p. 302 sgg.

³¹¹ Con riferimento alla ‘funzione primaria’ (*Primärzweck*) della prestazione, sarebbe operata tale distinzione. V. M. Schollmeyer, *Selbstverantwortung*, cit., p. 222 sgg.

³¹² Il citato caso di scuola della nave rimasta incagliata è ben rappresentativo della ipotesi. Come osserva un Autore d’acuto pensiero: «solo ellitticamente, infatti, questa fattispecie è accostabile all’impossibilità subiettiva di utilizzare la prestazione: non è invero che, perito o danneggiatosi definitivamente il cd. substrato della prestazione, si abbia una mancata cooperazione del creditore, nei termini di un agire distinto ma ancillare (seu servente) al comportamento dovuto del debitore. In realtà a difettare o a risultare impedito, è, negli esempi riferiti, null’altro che il facere in sé del debitore», e dunque, aggiungiamo noi, un’autentica impossibilità: S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, cit., par. 2. L’A. rinvia, sulla *Wegfall des Leistungssubstrat*, in dottrina tedesca, a H. Titze, *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht*, Leipzig, 1900, p. 24 sgg.

³¹³ Evidentemente la costruzione risente della regola positiva del già citato § 275 BGB. L’impossibilità della prestazione come causa liberatoria del debitore e del creditore (§ 326 BGB), costituisce regola ge-

Diverso invece sarebbe il caso della *Zweckvereitelung*³¹⁴, essendo la prestazione ancora possibile, ma essendo venuto a mancare l'interesse del creditore alla prestazione³¹⁵. Sarebbe qui un problema di lesione di interessi secondari, che, dovendo essere gestiti tramite il normale rischio del creditore (*Verwendungsrisiko*), potrebbero porre tutt'al più, si afferma, questione di presupposizione (di «lesione di un fondamento negoziale»)³¹⁶. Il riferimento corre a quelle che in altra sede si sono chiamate utilità contrattuali: ove esse siano del tutto frustrate, tramite inutilità assoluta della prestazione, sembra darsi spazio all'ipotesi della impossibilità. Viceversa, laddove si lamenti che lo scopo contrattuale, inteso come funzione, sia alterato, si apre una diversa prospettiva, nella quale si deve valutare la rilevanza, la forza determinante e l'essenzialità dello scopo stesso nella sua integralità.

La distinzione ora tracciata dalla maggioritaria dottrina tedesca non sembra priva di eccessi classificatori, come mostrano le letture critiche a tali ricostruzioni. In tali letture si sottolinea come identico sia il problema di fondo, consistente nella rilevanza giuridica di un «sacrificio dell'interesse creditorio»³¹⁷. Viene valorizzato l'elemento funzionale del *Glaubigerinteresse* come aspetto da tenere distinto dalla possibilità: un conto è la (possibilità della) prestazione un conto è la sua capacità di soddisfazione (dell'interesse)³¹⁸. La figura giuridica che meglio potrebbe offrire l'appiglio con cui gestire le relative controversie dovrebbe essere individuata nella lesione del fondamento negoziale (oggi § 313 BGB), mentre l'impossibilità sarebbe da circoscriversi solo ai casi in cui lo 'scopo negoziale' sia divenuto parte effettiva dell'oggetto (*Gegenstand*), inteso come contenuto vincolante del contratto³¹⁹.

nerale e dunque è intesa come limite verso il basso alla rilevanza delle difficoltà o onerosità nell'adempimento. Tuttavia, in quel sistema è la stessa norma che già introduceva e oggi ancora più chiaramente prevede alcune fattispecie di impossibilità non oggettiva, e tuttavia rilevanti quali sottofattispecie di impossibilità: la *Unvermögen*, ovvero la eccessiva onerosità, rispetto all'interesse creditorio (comma 2) e la *Unzumutbarkeit* ovvero la inesigibilità nei contratti *intuitu personae*, tenendo conto sia degli ostacoli al debitore, sia dell'interesse creditorio (comma 3). In tutti e tre i casi le conseguenze sono quelle dello scioglimento del contratto. Cfr. V. Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., p. 16 sgg. e C.W. Canaris, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio*, cit.

³¹⁴ O *Zweckstörung*: V. Emmerich, op. ult. cit., p. 447. Sul punto cfr. anche K. Larenz, *Schuldrecht*, AT, I, C.H. Beck, München, 1987, p. 324 sgg.

³¹⁵ In maniera più diretta: il creditore «non sa più che farne della prestazione»! Così V. Emmerich, op. loc. cit.

³¹⁶ Cfr. Id. op. ult. cit., p. 370 sgg. e p. 447 sgg.; e H. Brox, W.D. Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., pp. 302-303. V. anche E Ferrante, *Causa concreta e impossibilità*, cit., p. 152 sgg.

³¹⁷ M. Schollmeyer, op. ult. cit., p. 223.

³¹⁸ La distinzione tra *Leistungsunmöglichkeit* e *Unmöglichkeit der Erfüllung* è ben sottolineata da Klein, il cui pensiero è riportato da M. Schollmeyer, op. ult. cit. p. 224. Per una posizione simile, cfr. Wieackes, citato da Id., op. ult. cit., p. 225, con riferimento alla distinzione tra *Leistungshandlung* (esecuzione della prestazione) e *Leistungserfolg* (esiti della prestazione). Brevi riferimenti anche in E. Ferrante, op. loc. ult. cit.

³¹⁹ Così M. Schollmeyer, op. ult. cit., pp. 223-224.

7. Presupposizione e inutilizzabilità, nell'ottica della causa in concreto

L'analisi svolta conferma l'inadeguatezza delle categorie giuridiche codificate a contenere al loro interno l'interesse giuridicizzato nello scopo negoziale. L'avvento della causa in concreto in giurisprudenza sembra aver segnato un punto di approdo importante, attraverso l'attribuzione di rilevanza degli interessi delle parti penetrati nel tessuto contrattuale. La valorizzazione del piano concreto dell'operazione economica ha spinto molti autori a ritenere che la causa, intesa in senso concreto, assorbita in sé il problema dei presupposti contrattuali³²⁰. La giurisprudenza sull'inutilizzabilità della prestazione sembra confermare la sensazione che questa sia, in effetti, la direzione intrapresa.

Alcuni aspetti conducono però a dubitare che questa innovazione concettuale equivalga ad una effettiva soluzione del problema.

In primo luogo, cos'è, realmente, la 'causa in concreto'? Si è già avuto modo di svolgere qualche riflessione nel primo capitolo a riguardo, e si è constatato che, sostanzialmente, si tratta di un metodo di analisi e valutazione degli atti di autonomia privata. La valorizzazione delle operazioni economiche realizzate attraverso il contratto è ciò che, in fondo, costituisce il dato di maggiore – consapevole – acquisizione da parte della giurisprudenza quando ricorre all'argomento della causa in senso concreto. Si assiste cioè al superamento del 'conforto' dell'equazione necessaria tra tipicità legale e tipicità causale, con acquisita consapevolezza della necessità di analisi del programma negoziale. Questo piano di indagine tendenzialmente impone all'interprete di superare il dato testuale e, in genere, la dimensione attizia del contratto, per concentrarsi sul rapporto che le parti hanno inteso instaurare tra loro.

L'analisi della giurisprudenza che fa applicazione in modo espresso della causa in concreto mostra proprio la tendenza, quantomeno affermata, del superamento del mero atto, e la valorizzazione della dimensione oggettiva della direzionalità del contratto alla realizzazione di certi interessi. Ciò per finalità classificatorie e di qualificazione; ma, soprattutto, nella consapevole necessità di individuare la disciplina migliore al fine di tutelare l'interesse che, rispetto alla causa in concreto, risulti pregiudicato per una qualche ragione (inadempimenti, sopravvenienze ecc.).

³²⁰ Per questa opinione, non isolata, si v. ad esempio C. Bruno, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in «Giust. Civ.», 5/2010, p. 235. Con un pronostico che tuttavia deve ancora trovare la sua dimostrazione, si afferma ivi che la presupposizione «dopo poco più di un secolo, è destinata al tramonto: l'interpretazione innovativa del ruolo della causa del contratto, che i Giudici di Cassazione hanno prospettato di recente, svisciva la presupposizione e azzerava le preoccupazioni della dottrina di trovare il varco giusto per conferirle legittimità codicistica». Come si ricorderà, M. Costanza, *Profili dell'interpretazione*, cit., p. 179, aveva espressamente connesso la presupposizione e la causa del contratto («in un certo senso la presupposizione si pone come un concetto assimilabile a quello di causa, intesa come "funzione economica individuale"»), nella sua dimensione di funzione economico-individuale, pur precisando il collegamento tra presupposizione, interpretazione e buona fede e valorizzando l'aspetto operativo, ovvero «la possibilità di utilizzare [...] una pluralità di rimedi, che, lungi dal significare una plurivocità della figura corrispondono, più semplicemente, alle varie ipotesi nelle quali può concretarsi l'inattuazione del rapporto contrattuale» (pp. 181-182).

Il ‘trionfo’ della causa in concreto³²¹ sembra così rinnovare i problemi che erano stati lasciati sul campo da quelle letture che, forti delle elaborazioni dei testi di principi di matrice europea (soprattutto PECL e D-CFR), avevano decretato una tendenza al superamento del requisito causale dai presupposti di validità del contratto³²². Una lettura più attenta delle stesse proposte di principi o quadri di riferimento, in cui effettivamente non si ritrova riferimento alla causa come requisito di struttura, ha mostrato che in realtà vi sono numerosi aspetti e profili che, presso di noi, subiscono un’attrazione verso il riferimento alla causa del contratto, primi fra tutti il sindacato sulla discrezionalità nell’uso dell’autonomia contrattuale e l’equilibrio contrattuale³²³. Essa riaffiora nella nostra giurisprudenza quale criterio di decisione nelle diverse ipotesi in cui emergono problemi di controllo della funzionalità e/o della meritevolezza del contratto³²⁴, al di là del tradizionale ambito della liceità. La causa, dunque, resterebbe ben presente³²⁵ come strumento per l’interprete, seppure con forme e modalità nuove, per un certo verso inedite³²⁶, concentrate nella individuazione di modelli operativi funzionali a posteriori e non anche rigidamente volti a costruire una astratta categorizzazione dogmatica a priori³²⁷.

Ciò detto, quel che si coglie è che la causa in concreto è, in realtà, muta rispetto al procedimento di giuridicizzazione di un interesse. Potrà dirsi che un certo interes-

³²¹ Sul trionfo della causa in concreto, e per un’analisi puntuale delle ipotesi in cui la stessa mostra di riemergere anche nel quadro di elaborazioni organiche in cui l’elemento causale risulta apparentemente assente, v. le riflessioni di R. Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 109 sgg., e p. 139 sgg. Dello stesso tenore le osservazioni di E. La Rosa, *Percorsi della causa*, cit., p. 29.

³²² Nota è la paventata «morte della causa», osservata da A. Di Majo, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell’Unidroit*, in «Contr. Impr./Europa», 1996, p. 292 e da U. Breccia, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 250 sgg. Più che di ‘morte’, oggi sembra maggiormente condivisa la ‘crisi’ della causa: così E. Ferrante, *Causa concreta e impossibilità*, cit., p. 166, in nota. V. anche C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in G. Vettori (a cura di), *Regolamento, II*, in V. Roppo (diretto da), *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 101 sgg.

³²³ Per questi ed altri spunti, R. Rolli, op. ult. cit., ove nella parte conclusiva si rinviene la proposta della possibile funzione di clausola generale della causa, nella sua dimensione concreta.

³²⁴ Si pensi ai recenti filoni giurisprudenziali in materia di contratti di intermediazione finanziaria, ove si afferma con vigore il ruolo di controllo della meritevolezza dello scambio sotto diversi profili, riconducibili al momento causale del contratto. Per alcuni spunti: G. Vettori, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 98 sgg. e spec. p. 105 sgg.; S. Pagliantini, *I derivati tra meritevolezza dell’interesse ed effettività della tutela: Quid noctis?*, in «Pers. Merc.», 2015, p. 24 sgg. Ma un vaglio di meritevolezza si ritrova anche nella materia dell’atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c., su cui, per tutti, S. Meucci, *La destinazione di beni*, cit. Critico sul ruolo della meritevolezza come categoria autonoma rispetto alla liceità, G.B. Ferri, *Motivi, presupposizione e l’idea di meritevolezza*, in «Eur. Dir. Priv.», 2009, p. 331 sgg.

³²⁵ Le suggestioni metaforiche invitano a richiamare G.B. Ferri, *L’invisibile presenza della causa del contratto*, in «Eur. Dir. Priv.», 2002, pp. 897-913. V. anche, la lettura a posteriori del dibattito fatta da R. Rolli, op. ult. cit., p. 123 sgg. e A. Lanotte, *La causa: uno, nessuno e centomila*, in «Riv. Crit. Dir. Priv.», 2007, III, pp. 541-551.

³²⁶ C. Scognamiglio, op. loc. ult. cit.; E. La Rosa, op. loc. ult. cit.

³²⁷ N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 172 sgg., il quale, proprio sulla scia dell’inversione del procedimento ermeneutico (dall’a priori dogmatico all’a posteriori operativo), sembra condividere l’interpretazione offerta da R. Rolli, op. ult. cit., della causa quale clausola generale, assimilabile a quella di buona fede.

se concorre a individuare la causa in concreto del contratto; non è tuttavia la causa in concreto che consente di indicare ‘come’ possa rilevare quell’interesse. La causa in concreto costituisce, quindi, il punto di arrivo di un’analisi interpretativa del contratto e dell’operazione economica che presenta spiccati punti di interferenza con elementi di tipo oggettivo. Al termine di tale indagine si arriva a descrivere i contorni e il contenuto della causa concreta del contratto, ma il percorso interpretativo e il criterio di giuridicizzazione di quegli interessi non può essere risolto attraverso il ricorso alla formula della ‘causa concreta’. Se si ritenesse, al contrario, che questo mutamento terminologico fosse di per sé soddisfacente, si assisterebbe ad una sostituzione linguistica alla quale rischia però di conseguire l’abbandono del bagaglio di acquisizioni teoriche e pratiche che l’elaborazione giuridica ha permesso di stratificare nel corso del tempo. Certo, i ‘riformisti’ potranno pensare che il ‘bagaglio’ è in realtà un regno di confusione, e più che di stratificazione dovrebbe parlarsi di ‘accumulo’ (per sottolinearne l’aspetto di disordine). Siamo però sicuri che la ‘rottamazione’ dei concetti possa giovare alla correttezza delle ricostruzioni giuridiche che in questa materia hanno peraltro una matrice schiettamente giurisprudenziale? A noi sembra, al contrario, che non possa sostenersi convincentemente che la causa in concreto consenta di archiviare l’elaborazione che ha interessato la presupposizione, rispetto alla fenomenologia e alle problematiche che ad essa tradizionalmente si sono ricondotte.

Si consideri peraltro un ulteriore aspetto.

Secondo un’isolata, ma autorevole voce, in dottrina si è affermata la distinzione tra presupposti causali e presupposti oggettivi³²⁸. La presupposizione, riconducibile a quest’ultima tipologia di ‘presupposti’, rilevarebbe solo in quanto risulti esterna al

³²⁸ C.M. Bianca, *Il contratto*, cit. (2004), p. 465. Si tratta di una impostazione ripresa in giurisprudenza da Corte di Cassazione, 25-05-2007, n. 12235, cit., di cui si riporta il relativo interessante passaggio: «A tale figura [la presupposizione,] può riconoscersi invero significato pregnante solamente laddove se ne individuino un autonomo e specifico rilievo, che valga a distinguerla dagli elementi – essenziali o accidentali – del contratto. A tale stregua deve pertanto escludersi che possano ad essa ricondursi fatti e circostanze ascrivibili alla causa, nel senso cioè di condizionarne la realizzazione nel suo proprio significato di causa concreta, quale interesse che l’operazione contrattuale è diretta a soddisfare (cfr. Cass., 8/5/2006, n. 10490). I cd. presupposti causali assumono infatti rilievo già sul piano dell’interesse che giustifica l’impegno contrattuale, e pertanto appunto la causa dello stesso. Ne consegue che il relativo difetto rileva in termini di invalidità del contratto (e su tale piano, diversamente che in passato, da una parte della dottrina viene ora propriamente ricondotto il classico esempio del balcone affittato per assistere alla sfilata del corteo, evento riconducibile all’interesse dalle parti concretamente inteso realizzare con la stipulazione del contratto e pertanto alla causa del medesimo, il cui mancato verificarsi depone, con la venuta meno della medesima, per la conseguente invalidità del negozio)». A proposito di tale presa di posizione, osserva significativamente Corte di Cassazione, 14-06-2013, n. 15025, in *De Jure*, una delle ultime pronunce ad aver avallato la presupposizione in giurisprudenza: «In altri termini, la presupposizione consiste in una circostanza che, se pure non specificamente dedotta come condizione, costituisce specifico presupposto di del contratto, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse – ma con riconoscimento da parte dell’altra – valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale. In tal senso si è espressa anche Cass. 25/5/2007 n. 12235, seppure discostandosi dall’orientamento che riconduce la presupposizione ad un vizio della causa del contratto, intendendosi come causa la funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto (così Cass. 8/5/2006 n. 10490, in motivazione); tuttavia, in relazione ai motivi di ricorso, ai fini di questo processo la questione non è rilevante».

contratto e dunque sia determinante il contratto ma *ab externo*; qualora invece essa penetri all'interno della struttura – causale – del contratto, si tratterebbe appunto di 'presupposti causali', destinati ad incidere sulla validità e o risolubilità del vincolo. Nonostante l'autorevolezza della ricostruzione proposta, sommessamente ci sembra che sia alquanto difficile scorgere una differenza tra le due ipotesi: i presupposti oggettivi rilevano, infatti, solo se essenziali, cioè determinanti quello specifico contratto. Rilevano dunque solo in quanto siano divenuti presupposti causali, tali da incidere sul rapporto di funzionalità tra prestazioni così come dedotte in contratto. Altrimenti, in assenza di questo legame funzionale sembra più coerente e in linea con l'evoluzione complessiva dei concetti, ritenere che i presupposti restino fuori dal contratto e con ciò anche dal rilevante giuridico. La presupposizione, in sostanza, sembra avere la possibilità di rilevare solo se e in quanto abbia avuto effetti condizionanti sulla causa del contratto. Solo gli interessi – elemento funzionale³²⁹ – che siano penetrati nel tessuto oggettivo del contratto, potranno rilevare quale presupposto del negozio, altrimenti rimanendo sul piano delle economie soggettive, destinate all'irrelevanza giuridica.

In questo contesto ricostruttivo, nella nuova definizione della causa in senso concreto, i presupposti contrattuali vengono quindi ad assumere una funzione essenzialmente descrittiva: la causa in concreto finisce per assorbire in sé la problematica dei presupposti contrattuali. Ma la problematica resta intatta per quanto attiene all'individuazione dei casi di presupposizione, ovvero di selezione degli interessi dei contraenti giuridicamente rilevanti. Il riferimento, anche in quest'ultimo caso, corre sempre al programma negoziale: è sempre il programma il riferimento attraverso cui valutare l'incidenza dei fattori sopravvenuti, in ordine alla impossibilità, eccessiva onerosità, ovvero inutilità della prestazione.

Quanto rilevato, nel rapporto tra presupposizione e causa in concreto, sembra influire in maniera determinante sul rapporto tra una (pretesa) autonoma categoria di inutilizzabilità e quella di causa intesa in senso concreto.

La presupposizione è infatti sorta quale strumento di attribuzione di rilevanza giuridica a interessi posti a base ('presupposti') del contratto, la cui frustrazione si è ritenuto influire sul ragionevole mantenimento in vita del contratto. L'inutilizzabilità sembra muoversi su un piano analogo, consentendo la valutazione dell'utilità del contratto rispetto all'interesse creditorio che viene ad essere individuato tramite l'analisi della funzione concreta del contratto.

Ma la differenza tra le due figure sembra più terminologica che altro, se si considera che la lettura in senso concreto del contratto vale per entrambe, e che, solo la lettura funzionale è in grado di mettere in evidenza l'incidenza determinante di un fondamento (o di un interesse) sul meccanismo contrattuale.

La differenza che sembra voler essere mantenuta, probabilmente, si incentra sulla qualità del fondamento negoziale: maggiormente oggettivo nella inutilizzabilità, ancorato a un piano rappresentativo/volitivo nella presupposizione. La definizione di

³²⁹ Lo stesso C.M. Bianca, *L'obbligazione*, cit., p. 41 riconosce all'interesse creditorio la qualificazione di elemento funzionale del rapporto obbligatorio.

presupposizione fa infatti riferimento alle circostanze 'prospettate' dalle parti³³⁰, rimandando ad un accertamento della volontà reale (erronea, in quanto non esistente) e presunta (per la valutazione della essenzialità del presupposto) delle parti.

Tramite l'inutilizzabilità invece, si intenderebbe valutare il contratto e la sua funzione oggettiva di soddisfazione degli interessi (concreti) dei contraenti, tenendo fuori l'aspetto rappresentativo/volitivo.

Sembra, tuttavia, trattarsi di un criterio differenziale più apparente che reale. Il contratto è, essenzialmente, accordo³³¹; e tale rimane, nonostante l'affermarsi di fattispecie tipologiche o procedurali nuove, ove il momento dell'accordo sembra sfuggire³³². Se pure può dirsi tendenzialmente prevalente la valutazione oggettiva dell'accordo contrattuale, come dimostrato anche dal mutamento terminologico insito nella stessa figura della 'causa in concreto', tale aspetto può dirsi già riconducibile alla presupposizione intesa in senso oggettivo.

Come si è potuto osservare con riguardo all'evoluzione che ha interessato l'ordinamento tedesco, la presupposizione ha fin da subito mostrato un anelito all'oggettivazione³³³, per sfuggire al duplice rischio, da un lato, di confondersi con la sfera dei motivi individuali, facilmente annidantisi nell'area della volontà implicita delle parti, e, dall'altro consentire alle parti di mantenere 'riserve mentali' in grado di invalidare lo scambio. Questo processo di crescente oggettivazione, si è svolto anche presso di noi, ed ha condotto gli interpreti a valorizzare i canoni di interpretazione oggettiva dello scambio, in uno agli altri criteri di valutazione oggettiva (quantitativo-qualitativa), in parte già ricordati.

L'ulteriore mutamento terminologico della presupposizione in causa in concreto, ovvero in interesse concreto del contraente, non sembra, tuttavia, in grado di obliettere le questioni inerenti la ricostruzione di quella causa e quell'interesse, essenzialmente interpretative e di confronto con il sistema, già poste con la figura della presupposizione.

³³⁰ Si riporta, per comodità di lettura, la definizione acquisita in giurisprudenza, già altrove ricordata. La presupposizione consiste in «una situazione, di fatto o di diritto, passata, presente, futura, di carattere obiettivo (il cui verificarsi o venir meno si presenti come indipendente dall'attività dei contraenti e non costituisca oggetto di una loro specifica obbligazione) che possa, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, ritenersi prospettata dai contraenti come presupposto comune avente valore determinante ai fini del permanere del vincolo contrattuale, o di una specifica clausola» (Corte di Cassazione, 05-08-1997, n. 7197, cit.).

³³¹ G. Amadio, F. Macario, *Diritto civile*, cit., pp. 585-588. Ancor più chiaro V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 36: «la volontà delle parti è dunque fondamento e sostanza del contratto».

³³² Nota è la prospettazione di 'scambi senza accordo', fatta da N. Irti, *Scambi senza accordo*, in «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 1998, p. 1 sgg. V. un sunto del dibattito dottrinario sul ruolo dell'accordo nel contratto in F. Di Giovanni, *Le promesse unilaterali*, Padova, 2010, p. 13 sgg.

³³³ Di cui costituisce evidente manifestazione il ricordato mutamento terminologico di *Voraussetzung* in *Geschäftsgrundlage*, proposto da Oertmann. V. *supra* in questo Cap., nota 289.

8. Ulteriori elementi di valutazione necessari: inesigibilità, buona fede. Loro rilevanza nella prospettiva dei rimedi (cenni e rinvio)

L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ha mostrato che in molti casi non sia stato sufficiente un mero argomento fondato sulla attrazione al piano della essenzialità contrattuale oggettiva del presupposto, dovendosi arricchire la regola concreta di ulteriori elementi di valutazione.

Prendiamo spunto dal caso, già ricordato³³⁴, del contratto di utilizzo di un canale, divenuto in seguito inidoneo all'uso irriguo convenuto³³⁵.

In quel caso, i gradi di merito avevano qualificato l'abbassamento del letto del fiume come una sopravvenienza causante la impossibilità della prestazione ex art. 1463 c.c. La Corte corregge la motivazione, ritenendo che tale evento non aveva causato un'impossibilità, ma, diversamente, il venir meno della presupposizione³³⁶. Emerge in motivazione che il ripristino del canale – di quel canale – sarebbe stato eccessivamente dispendioso. Vengono dunque in rilievo tanto una impossibilità (immediata) quanto una eccessiva onerosità (mediata) della ricerca di una soluzione alternativa.

Si tratta però di aspetti diversi. Da una parte, ciò che impedisce deve essere tenuto distinto dal se e come sia possibile trovare una soluzione alternativa. In quel caso, si è detto, l'impedimento c'era. Ecco che la – diversa – questione del trovare fonti alternative di approvvigionamento o eseguire le opere avrebbe dovuto essere riguardata sotto un profilo ulteriore: quello della esigibilità della prestazione e della eventuale imputabilità dei costi (tenendo sempre in considerazione la ripartizione legale o contrattuale dei relativi rischi).

Dunque, un conto è la impossibilità, un altro conto la inesigibilità della prestazione. La prestazione è dunque possibile (nella specie, l'escavazione del canale per riportarlo al livello voluto), ma è inesigibile, tenuto conto dell'assetto di interessi fissato nel contratto, e del suo equilibrio economico soprattutto in relazione al costo necessario al suo ripristino. Vi è quindi una pluralità di piani ed elementi di valutazione che concorrono alla definizione del rimedio adatto alla gestione delle sopravvenienze.

Fra questi criteri, un'ulteriore precisazione deve svolgersi rispetto alla buona fede e alla regola generale di ragionevolezza.

In materia di presupposizione, come si è visto, il ruolo delle clausole generali, e in particolare della buona fede, è venuto ad assumere una rilevanza preminente. Si può ritrovare in giurisprudenza, in linea con un'autorevole e costante filone dottrina-

³³⁴ V. *supra*, Cap. 1, nota 57.

³³⁵ Corte di Cassazione, 24-03-2006, n. 6631, cit.

³³⁶ Peraltro con un confuso richiamo ad una 'risoluzione automatica' ex art. 1467 c.c., che forse poteva trovare migliore sede proprio nell'art. 1463 c.c. Si coglie nella pronuncia la volontà del giudice di salvaguardare l'impossibilità come limite estremo del dovere di prestazione, da non edulcorare con riferimenti a 'eccessive difficoltà' superabili (ma economicamente insostenibili).

rio³³⁷, l'affermazione che proprio sulla clausola di buona fede riposa il fondamento giuridico della presupposizione³³⁸.

Assai più frequente è però il richiamo ad essa in via ausiliaria: la buona fede arricchisce e completa le motivazioni in materia, apponendo il sigillo della legge a un istituto *praeter*-legale che più volentieri è ricondotto al contratto, in un'ampia accezione del suo contenuto.

La rilevanza della buona fede si pone oggi in maniera forte e con rinnovata attenzione. In una prospettiva di effettività delle tutele giuridiche la buona fede consente di ampliare il novero dei rimedi giuridici e di gradarne il contenuto e gli effetti. Anticipando un tema che sarà ripreso in seguito, si va diffondendo l'opinione che proprio la buona fede costituisca il fondamento di obbligazioni secondarie volte al mantenimento in vita del contratto, ovvero di obblighi di rinegoziazione o persino obblighi di acconsentire al mutamento contrattuale.

Si è visto che nell'ordinamento tedesco la rinegoziazione è stata fondata per lungo tempo, *praeter legem*, proprio sul § 242 BGB. Oggi, in caso di caducazione del fondamento negoziale la legge (§313 BGB) considera implicito l'obbligo di negoziazione, codificando un'azione di adeguamento contrattuale. Il criterio oggettivo in base al quale adeguare il contratto è proprio la esigibilità della pattuizione.

Questa possibilità è stata di recente affermata anche nella nostra giurisprudenza, con due ordinanze di sicuro interesse³³⁹. Ciò che si afferma è che la rilevanza di una sopravvenienza sul contratto è individuabile attraverso l'operazione economica realizzata delle parti; e che l'esito a cui questa sopravvenienza conduce lo si può ricavare e ricostruire attraverso la buona fede. Il contenuto del rimedio si costruisce, secondo questa giurisprudenza, in virtù dei criteri oggettivi di buona fede.

L'accresciuto ruolo della buona fede come regola utile alla configurazione del rimedio è obliterata dalla giurisprudenza sulla inutilizzabilità della prestazione, che

³³⁷ Come si è rilevato, in Germania la presupposizione, ha costituito una concretizzazione della clausola di buona fede del § 242 BGB. In Italia, sostenitori di un diretto collegamento tra buona fede e presupposizione possono considerarsi il L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 621 (ma criticamente). Per una posizione mediana (normalmente ascritta ai critici della presupposizione), E. Betti, *Teoria del negozio*, cit., il quale da una parte respinge la presupposizione (p. 525), dall'altra però ammette che tramite un'interpretazione secondo buona fede possano emergere clausole implicite del contratto (p. 453 sgg. e p.528). Significativo in questa prospettiva è il contributo di M. Bessone, *Adempimento e rischio*, cit., in part. i Capitoli IV e V, per il quale la buona fede in senso oggettivo costituisce il limite alla esigibilità della prestazione, anche se sono necessari riscontri su un piano obiettivo. Nel dibattito attuale, R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., 546; per V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 1040, nonostante la presupposizione sia fenomeno trasversale (cita p. 1041), «il fondamento della figura viene pacificamente indicato nel principio di buona fede (oggettiva)», aggiungendo che «in questa prospettiva si sdrammatizza la contrapposizione tra approccio soggettivo e approccio oggettivo».

³³⁸ Una delle affermazioni in questo senso più convincenti appare forse quella di Corte di Cassazione, 15 dicembre 1987, n. 9272, in *De Jure*, secondo cui la presupposizione trova le sue radici «soprattutto nel principio di buona fede», ma unisce altri principi fondanti come quello dell'equilibrio ricavabile dall'art. 1467 c.c. Fondata sui «principi di buona fede», soprattutto interpretativa, Corte d'Appello Trieste, 16 luglio 1962, in «Le corti di Brescia, Venezia e Trieste», 1962, pp. 711-714. Escludendola nel caso concreto, non rifiuta tale costruzione «sulla base di recenti teorie», Corte di Cassazione, 13 maggio 1993, n. 5460, in *De Jure*.

³³⁹ Si tratta di T. Bari, ord. 14-06-2011, in «I contratti», 7/12, 571 e ord., 31-07-2012, in «NGCC», 2013, I, p. 117. Le ordinanze saranno oggetto di analisi nel corso del Cap. 3.

applica, come visto, la risoluzione per impossibilità della prestazione ex art. 1463 c.c. La sostanziale equipollenza tra presupposizione e irrealizzabilità della funzione concreta del contratto, sembra che imponga particolare cautela nell'affermazione di un rimedio unico, valevole per ogni controversia, dovendosi piuttosto incentrare l'analisi sulla compatibilità delle soluzioni già rinvenute nella elaborazione in materia di presupposizione. E proprio in quest'analisi, si verificherà se la buona fede abbia la possibilità di venire in gioco, aprendo la porta a soluzioni di tipo manutentivo o comunque diverse dalla mera risoluzione retroattiva su cui sembra si sia attestata la giurisprudenza.

Capitolo 3

La ricostruzione del rimedio

1. Le conseguenze della inutilizzabilità della prestazione e la prospettiva rimediabile

Come si è potuto considerare nel corso dell'analisi svolta, l'inutilizzabilità della prestazione viene ricondotta da ultimo alle norme codicistiche sulla impossibilità sopravvenuta. Come ha cura di precisare la Suprema Corte, ciò è fatto solo per quanto concerne 'gli effetti'³⁴⁰, mentre sul piano concettuale si tratta di ipotesi da tenere distinte. Provando a rimanere aderenti al ragionamento sviluppato dalla Corte di Cassazione, e cioè ritenendo esistente una autonoma categoria di inutilizzabilità della prestazione³⁴¹, si può osservare come i passaggi argomentativi disvelino una voluta commistione tra piano funzionale e piano oggettivo del contratto: la assenza di pattuizioni specifiche in relazione alla prestazione del debitore ne implicherebbe l'estraneità all'oggetto contrattuale, mentre l'assegnazione di rilevanza dell'elemento dell'interesse del creditore comporta che la prestazione stessa debba essere valutata in termini di idoneità/inidoneità a soddisfare detto interesse. L'analisi causale, che conduce ad assegnare rilevanza all'interesse creditorio, serve quindi a valutare un carattere della prestazione, che, in quanto tale, appartarrebbe a rigore al perimetro oggettivo del contratto. Così ragionando viene quindi a mettersi in rilievo una stretta interconnessione tra impossibilità e inutilizzabilità, la cui diversità di fondo, sarebbe data dal fatto che l'impossibilità rende non attuabile la prestazione, mentre l'inutilizzabilità avrebbe riguardo all'impossibilità di realizzare l'interesse creditorio di una prestazione ancora possibile; una volta che sia però riconosciuta la rilevanza di un interesse specifico come elemento essenziale – anche – della prestazione, la differenza tra le due ipotesi è destinata davvero ad essere sottile, e prevalentemente nell'*iter* argomentativo (incentrato sulla funzione ovvero sull'oggetto del contratto) e nell'ambito di indagine (e di prova) utilizzati dall'interprete. Rilevandosi un'impossibilità si guarda infatti al contenuto obbligatorio del contratto, e, in particolare, alla prestazione impossibile, mentre per quanto concerne l'inutilizzabilità,

³⁴⁰ Corte di Cassazione, 14-08-2007, n. 26598, cit.

³⁴¹ Che si ricorda essere l'impostazione seguita da C.M. Bianca, *L'obbligazione*, cit. (1990), p. 543 sgg., pur trattando de «il venir meno dell'interesse creditorio» nell'ambito più ampio della «impossibilità sopravvenuta non imputabile al creditore» (p. 528 sgg.), quale causa estintiva dell'obbligazione.

l'indagine è prevalentemente sulla funzione e sulla giustificabilità del mantenimento in vita del contratto alla luce del nuovo stato di fatto.

Rimanere ancorati al piano dogmatico-sostanziale dell'indagine non sembra tuttavia particolarmente soddisfacente né determinante ai nostri fini. Come già l'evoluzione del secolo scorso in materia di presupposizione ha mostrato, non sembra effettivamente possibile offrire una spiegazione sostanziale sufficiente a spiegare ogni fenomeno in cui emerge un interesse di una delle parti di una relazione contrattuale che sia ritenuto meritevole di tutela. Si è infatti pur sempre trattato di un percorso ermeneutico in cui si sono valorizzati aspetti soggettivi ed oggettivi di diversa specie, ora connessi alla causa, ora all'oggetto del contratto, ora, più convincentemente, ad entrambi i profili.

Quale che sia il percorso giustificativo sembra che una questione fondamentale sia quella delle conseguenze giuridiche da riconoscere al caso della 'inutilizzabilità'.

In dottrina ormai da qualche tempo si tende a rilevare l'utilità di un possibile rovesciamento di prospettiva, dal diritto sostanziale da cui scaturisce la risposta giuridica, al rimedio per il bisogno di tutela, che viene ad essere giustificato in una logica *a posteriori*, secondo un modo di ragionare non tipico del giurista continentale³⁴². Seppure una tale prospettiva non può dirsi né pacificamente accolta³⁴³, né priva di effettive criticità³⁴⁴, nel caso di specie può ritenersi particolarmente proficua. La ragione di questa particolare utilità si può rinvenire senz'altro nella assenza di un referente univoco in una norma di legge da invocarsi quale base legale del trattamento giuridico; ma anche, come visto, nella possibilità che vi sia un concorso fra diversi criteri normativi ed ermeneutici che indirizzano l'interprete verso una determinata soluzione.

Se infatti, secondo i criteri ordinamentali, si ritiene che un certo interesse creditorio abbia dignità giuridica, tanto che la sua frustrazione è in grado di produrre effetti sulla stabilità del contratto, sembra non convincente la prospettiva volta a costringere la frustrazione dell'interesse creditorio nell'ambito di un parametro normativo rigido e fisso, non pensato per gestire quella ipotesi. L'esclusione di altre fattispecie previste dalle stesse norme sulla risoluzione (come l'art. 1464 c.c.³⁴⁵), ovvero

³⁴² A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, vol. 3, Milano, 2003, *passim*, riprese in varie occasioni (ad es. Id., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, o anche nel contributo nel volume collettaneo curato da G. Vettori, *Remedies in contract*, cit., ove si rinviene una panoramica sfaccettata della prospettiva rimediale); N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 169; U. Mattei, *I rimedi*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2001; S. Mazzamuto, A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Giappichelli, Torino, 2012.

³⁴³ Si v. ad esempio le critiche ricordate da F. Piraino, *Alcune osservazioni in tema di rimedi*, in «Giureta», 2010, p. 39 sgg. e p. 68 sg.;

³⁴⁴ L'inversione metodologica è contestata come un *quid* alieno alla nostra tradizione giuridica, che antepone il diritto soggettivo all'aspetto rimediale. Ciò che si rischia, si afferma in dottrina, è un'alterazione delle regole che disciplinano i diritti, in una prospettiva di diritto giudiziale privo di regole, fino a paventare il «libertinaggio argomentativo». Per queste notazioni v. F. Piraino, op. ult. cit., p. 39 (l'espressione tra virgolette riportata dall'Autore è di Aurelio Gentili).

³⁴⁵ L'applicazione dell'art. 1464 c.c. era stata fatta dal secondo grado di merito nel caso poi deciso da Corte di Cassazione, 24-07-2007, n. 16315, cit., che corregge la motivazione sul punto, affermando «l'esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni».

di altre figure³⁴⁶ è questione che deve essere adesso attentamente valutata. Si tratta in fondo di un approccio che la stessa giurisprudenza aveva dimostrato di condividere, con la prima pronuncia resa in materia di inutilizzabilità.

Con la sentenza n. 16315/2007, la Corte di Cassazione aveva ritenuto «non configurabili soluzioni estreme» come quella dell'art. 1463, mostrando la propria sensibilità alle «esigenze di flessibilità» che sarebbero state proprie della figura. L'abbandono operato dalla giurisprudenza successiva³⁴⁷, in favore di una più netta soluzione, improntata sull'art. 1463 c.c., risulta dunque comprensibile – per la ricerca di uno statuto dell'inutilizzabilità caratterizzato da certezza – ma meno conferente di quello indicato al suo esordio.

Fra le diverse conseguenze che tale inquadramento produce, infatti, due aspetti in particolare risultano forse meno convincenti.

Il primo concerne la sorte delle prestazioni anticipate o quelle funzionali al contratto anche istantaneo, come potrebbe essere una caparra o le spese e le prestazioni svolte dai contraenti in vista del contratto. Tali prestazioni dovrebbero essere restituite – ove possibile – in virtù dell'effetto retroattivo della risoluzione, come afferma la Corte di Cassazione in uno dei casi esaminati³⁴⁸. Il problema emerge con riguardo alle prestazioni non ripetibili, essenzialmente di fare, e anche con riferimento alle prestazioni eseguite da terzi per conto del debitore, i quali potrebbero dover sopportare il costo delle stesse, posto che l'impedimento, come non è imputabile al creditore, parimenti non lo dovrebbe essere al debitore contraente con il terzo³⁴⁹.

Un altro aspetto interessa invece la problematica dei rimedi di tipo manutentivo, che sembrano invero ostacolati da una lettura rigida dell'art. 1463 c.c. Se infatti quella norma presidia la giustificatezza dello scambio corrispettivo, mantenere in vita il contratto dopo che una prestazione si rivela impossibile (in senso lato), parrebbe non coerente dal punto di vista logico: di fronte all'impossibilità totale di una delle prestazioni del contratto, sembrerebbe che l'unica cosa da regolarsi siano le eventuali restituzioni. La questione coinvolge, in primo luogo, le norme che fonderebbero, secondo il parere più autorevole della dottrina e della giurisprudenza, i rimedi manutentivi, ricondotti agli obblighi di buona fede nella esecuzione. In secon-

³⁴⁶ Come il recesso, previsto tra l'altro proprio dall'art. 1464 c.c. .

³⁴⁷ Così Corte di Cassazione, 14-08-2007, n. 26598, cit., ove si afferma la necessità di applicazione integrale della norma di cui all'art. 1463 c.c. Lo stesso principio è affermato anche da T. Varese, sent. 4-10-2010, cit., (caso del corso pilota) e in maniera implicita da Corte di Cassazione, 02-10-2014, n. 20811, cit. (caso del programma ERP) laddove si ritiene la «conseguente estinzione dell'obbligazione» a seguito della irrealizzabilità della finalità contrattuale facendo applicazione di una risoluzione automatica; come si è avuto modo di osservare a suo tempo (Cap. 1), tale interpretazione è corroborata altresì dal richiamo in tale ultima pronuncia, al precedente di Corte di Cassazione, 14-08-2007, n. 26598, cit. (e non anche alla più flessibile posizione di Corte di Cassazione, 24-07-2007, n. 16315, cit. improntata su un rimedio flessibile).

³⁴⁸ Corte di Cassazione, 24-07-2007, n. 16315, cit.

³⁴⁹ Si ricordi il caso deciso dal Tribunale di Milano (sent. 10-04-1989, in «Giur. Merito», 1991, I, p. 99), sull'impossibilità – per forte vento – di attraccare al porto e fruire delle prestazioni prenotate dalla compagnia di navigazione con operatori del luogo. In quel caso il Giudice sciolse, oltre al contratto tra turista e operatore turistico, anche il contratto tra quest'ultimo e gli operatori del luogo. Per alcuni spunti su questa vicenda, e sul ruolo giocato da alcuni elementi di fatto della stessa, L. Cabella Pisu, *L'impossibilità della prestazione e la "sfera" del creditore*, cit., p. 560 sgg., e spec. p. 564.

do luogo, viene in rilievo il rapporto tra norme di buona fede e contratto impossibile: una volta ammessa la rinegoziabilità *ex bona fide* può ammettersene l'applicabilità anche nel contesto di un contratto risoltosi – peraltro automaticamente³⁵⁰ – per impossibilità di una delle prestazioni?

Dunque, adottare una prospettiva rimediale è certamente utile, perché consente di valutare quale soluzione giuridica sia la più confacente alla controversia in atto. Ciò non toglie che sia comunque necessario prendere in esame e confrontarsi con i dati di diritto positivo che, anche sul piano sostanziale, consentano di rinvenire indici utili per una ricostruzione del migliore trattamento giuridico, anche sulla base del procedimento analogico.

2. La sorte delle prestazioni 'anticipate'. Inquadramento del problema. Gli accordi sul prezzo e la caparra (confirmatoria)

Un primo banco di messa alla prova del rimedio ricondotto dalla giurisprudenza all'art. 1463 c.c. può essere quello del governo delle prestazioni anticipate e, in genere delle attività preordinate strumentali alla esecuzione ovvero corrispondenti ad un inizio dell'esecuzione stessa. Il problema si pone³⁵¹ in quanto il regime di efficacia retroattiva dell'art. 1463 c.c. impone in via generale le restituzioni *in integrum*. Nei contratti ad esecuzione continuata o periodica (ipotesi prevista dall'art. 1458 c.c.³⁵²), invece, dovrebbero essere fatte salve le prestazioni già eseguite, cosicché il problema delle prestazioni anticipate passa in secondo piano: la salvezza di quanto eseguito, di fatto, costituisce già una forma di compensazione sia dell'esecuzione sia dell'attività preparatoria svolta; pur potendo essere ritenuta insufficiente (si pensi ad una inutilizzabilità che colpisce un'esecuzione appena iniziata).

Per la verità, a ben vedere, al di là della riconosciuta compatibilità astratta tra art. 1463 c.c. e art. 1458 c.c., la stessa possibilità – e utilità presunta – delle prestazioni già svolte mostra una intrinseca non congruenza dell'art. 1463 c.c. rispetto alla fattispecie del contratto a prestazioni continuate o periodiche: non è infatti totale

³⁵⁰ Concordemente si ritiene che l'art. 1463 c.c. disciplini un'ipotesi di risoluzione automatica (di diritto) e che la sentenza che accerta la risoluzione abbia natura dichiarativa. Per tutti, V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 1006.

³⁵¹ Fra le diverse voci che in dottrina si sono espresse sul punto, analizzate più approfonditamente nel prosieguo, conviene fin da ora richiamare R. Sacco, *Il contratto*, 2, cit., p. 691, il quale osserva come nel sistema della risoluzione ex art. 1463 c.c., non essendovi questioni di inadempimento contrattuale, «una lacuna è aperta in merito alle spese che l'una e l'altra parte possono aver sostenuto in vista del futuro adempimento».

³⁵² L'applicabilità dell'art. 1458 c.c. anche al caso della impossibilità sopravvenuta della prestazione è condiviso in dottrina e giurisprudenza. Cfr. M. Tamponi, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 1796; C.M. Bianca, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 380; articolata è l'esposizione di F. Macario, *Le sopravvenienze*, in Roppo V. (a cura di) *Rimedi II* in Id. (diretto da), *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano 2006, p. 510 sgg.; L. Cabella Pisu, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 133; E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 468. In giurisprudenza, per un caso di impossibilità sopravvenuta in un rapporto di durata (continuativo: la locazione), con salvezza del pregresso: T. Napoli, sent. 25-06-1999, in «Giur. Napoletana», 2000, p. 182 (in cui tuttavia non si include tra le prestazioni svolte l'eventuale anticipazione del canone, in assenza di godimento del bene).

l'impossibilità, ma, caso mai, solo parziale, posto che l'impossibilità va a colpire solo la parte di prestazione successiva al manifestarsi della sopravvenienza impossibilitante³⁵³.

Ciò detto, si ritiene utile concentrarci sull'attività strumentale all'esecuzione della prestazione dedotta in contratto.

Sulla scia di un'Autorevole opinione, la maggioritaria dottrina assegna all'attività strumentale valenza oggettiva sul piano obbligatorio³⁵⁴, consentendo che tali aspetti rilevino anche autonomamente sul piano della esattezza dell'adempimento. Evidentemente, il tema si riconnette all'ampiezza e allo stesso significato teorico dell'ambito oggettivo del contratto³⁵⁵. Il problema rientra in gioco, se si considera che il riferimento ad un 'programma negoziale', nel considerare l'oggetto dell'obbligazione (e soprattutto dell'obbligazione contrattuale), fa sì che l'attività pre-esecutiva che si inserisca nell'ambito dell'opera debitoria secondo i parametri di diligenza non possa dirsi avulsa ed aliena dall'ambito oggettivo stesso. Considerare dunque tale attività come altro da un concetto ampio di esecuzione della prestazione, potrebbe non essere in linea con quella che sembra la direzione interpretativa nella quale si va muovendo ampia parte della dottrina³⁵⁶.

Per enucleare e circoscrivere il problema nella sua dimensione fattuale, si può far riferimento alle attività compiute dal creditore in vista dell'esecuzione (prestazioni accessorie di fare pre-esecutive³⁵⁷, per natura non ripetibili) o quale autentico inizio di esecuzione, che risultino prive di utilità per l'altro contraente creditore per l'avverarsi di una sopravvenienza non imputabile a nessuna delle parti.

Il tema è particolarmente delicato.

Da una parte, sovrastano le regole legali o convenzionali di ripartizione del rischio contrattuale, da tenere sempre in preliminare considerazione. In virtù delle re-

³⁵³ A meno che le prestazioni continuate o periodiche non siano avvinte da un nesso teleologico (la causa del contratto), tale per cui solo unitariamente considerate esse conservano la loro funzione; che è un'ipotesi che non può essere a priori scartata.

³⁵⁴ Si v. la posizione di C.M. Bianca, *L'obbligazione*, cit. (1990), pp. 75-76 (ribadita poi nel volume Id., *La responsabilità*, cit., p. 332), secondo cui «in tutte le obbligazioni il momento strumentale rientra nel contenuto del rapporto obbligatorio. L'attività strumentale è anch'essa dovuta con puntualità e diligenza». Si ricorda altresì la posizione dissenziente di E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953, p. 95 (con riferimento agli «obblighi integrativi strumentali»).

³⁵⁵ V. *supra*, Cap. 2, par. 2 sgg. e ivi riferimenti bibliografici.

³⁵⁶ In particolare, assumono rilievo gli studi volti a valorizzare la dimensione di utilità finale dell'obbligazione e la rilevanza degli obblighi accessori o di prestazione. Rispetto al primo aspetto, noto è il ruolo, presso di noi (i contributi iniziali sono prevalentemente francesi, come ricorda U. Breccia, *L'obbligazione*, cit. p. 166), svolto in particolare da L. Mengoni in vari contributi (*L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156 sgg.; *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (studio critico)*, in «Riv. Dir. comm.», 1954, I, pp. 185-209, pp. 280-320, pp. 366-396). Per il secondo aspetto ha suscitato e contribuito alla riflessione particolarmente C. Castronovo, (si v. ad es. la voce *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1990: «l'obbligazione non è un rapporto a struttura lineare ai cui poli si situano il debito [...] e il credito [...], bensì una struttura complessa nella quale al nucleo costituito dall'obbligo di prestazione accede una serie di obblighi collaterali o accessori [...] la cui funzione complessiva è di pilotare il rapporto obbligatorio verso quel risultato integralmente utile che esso è [...] volto a realizzare»).

³⁵⁷ Sulle quali, v. ancora C.M. Bianca, *L'obbligazione*, cit., pp. 75-76 (ribadita poi nel volume Id., *Diritto civile, La responsabilità*, p. 332).

gole legali, ricostruite sulla base degli obblighi restitutori ex art. 1463 c.c. e dalle norme generali sull'arricchimento e sul pagamento indebito (su cui, si tornerà meglio *infra*), chi ha affrontato spese sia pure in vista della corretta esecuzione del contratto, sostanzialmente le terrà a proprio carico, salvo che non abbiano costituito di per sé una fonte di arricchimento (*recte*: utilità) altrui.

Dall'altra parte, in dottrina, proprio per il caso delle sopravvenienze inimputabili che rendono non più utilmente perseguibile il rapporto contrattuale, sembra introdursi una logica indennitaria, compensativa della frustrazione dell'interesse della parte del contratto apparentemente non pregiudicata dalla sopravvenienza (nel senso della possibilità materiale della controprestazione), la quale però non trova alcun fondamento normativo espresso.

Inoltre, se anche siano state effettuate dazioni di somme dal debitore al creditore, la regola finale della giustificatezza degli spostamenti di ricchezza impone che al venir meno del titolo della dazione di una somma essa dovrà essere restituita. Nell'ambito del venir meno della *causa obligandi* in corso di rapporto³⁵⁸, cui suole

³⁵⁸ Che costituisce l'evoluzione concettuale di quella *condictio causa data causa non secuta*, su cui si concentrava in passato la costruzione anche di alcune ipotesi (innominate) di impossibilità: v. ad es. F. Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni*, Padova, 1868, p. 536 sgg., ed ivi ampio riferimento alle fonti. Per un informato excursus sulle modalità con cui veniva attuato storicamente il dovere restitutorio a seguito di alterazioni del rapporto contrattuale, v. E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit., *passim*, e spec. p. 46 sgg., la quale precisa come la *condictio causa non secuta* riguardasse l'area dei contratti innominati (p. 60), e abbia contribuito a dare «concretezza alla regola *periculum est debitoris*» (p. 61). In generale si ricorda come, nell'età delle codificazioni, fu l'ALR prussiano del 1794 ad istituire un collegamento espresso fra *condictio causa non secuta* e scioglimento del contratto per impossibilità della prestazione (ALR I 5, §§ 364 e 365 e I, 16, § 199). Sul questo punto, P. Gallo, voce *Quasi-contratti (l. agg.)*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Addenda, Utet, Torino, 2011. In giurisprudenza, si segnala una recente sentenza che sembra stabilire una vocazione più generale dell'azione di indebito, ripercorrendo in maniera erudita l'evoluzione storica e le ragioni sistematiche della regolazione: Cass. civ. Sez. III, Sent., 04/04/2014, n. 7897 («così come nel diritto romano tanto la *condictio indebiti* quanto la *condictio causa data causa non secuta* avevano una matrice comune nel rispetto del generale principio dell'*unicuique suum tribuere*, allo stesso modo – si disse – l'istituto della ripetizione di indebito dev'essere inteso come inclusivo di qualsiasi ipotesi di mancanza d'un titolo giustificativo del pagamento: mancanza originaria, mancanza sopravvenuta, mancanza parziale. Questi voti della dottrina furono raccolti dal legislatore del 1942 il quale, riunendo in un unico capo la disciplina dell'indebito, intese appunto troncare quei contrasti, e fare della ripetizione di indebito un istituto a valenza generale, applicabile in tutte le ipotesi di trasferimenti patrimoniali non sorretti da una giusta causa. 4.2. Dal punto di vista dell'interpretazione letterale, il testo dell'art. 2033 c.c. è di cristallina chiarezza, ed accorda l'azione di ripetizione a chi abbia 'eseguito un pagamento non dovuto'. E non può esservi dubbio che il pagamento non dovuto sia quello non sorretto da alcuna obbligazione; quello sorretto da un'obbligazione sorta e poi estinta; quello sorretto da una obbligazione qualitativamente o quantitativamente diversa dalla prestazione seguita. 4.3. Dal punto di vista dell'interpretazione sistematica, infine, l'art. 2033 c.c. costituisce il corollario del generale principio, che permea l'intero campo del diritto delle obbligazioni, secondo cui *cum nulla subest causa, constare non potest obligatio*. Tale principio si desume – tra gli altri – dall'art. 1174 c.c., ultima parte, artt. 1987 e 1988 c.c., i quali dimostrano che per l'efficacia del vincolo obbligatorio non basta una dichiarazione unilaterale, e che quando questa è ritenuta sufficiente dalla legge il suo effetto è solo quello di invertire l'onere della prova della *iuxta causa obligationis*, e non quello di generare una obbligazione senza causa. Se dunque il nostro ordinamento è tendenzialmente ostile a vincoli obbligatori non sorretti da giusta causa, è alla luce di questa fisiologica ostilità che dovrà riguardarsi il requisito della mancanza di causa o titolo giustificativo dell'attribuzione patrimoniale: e dunque tale requisito dovrà ritenersi sussistente non solo quando sia del tutto mancante o sia venuto meno, ma anche quando sia solo parzialmente man-

ricondursi anche la impossibilità sopravvenuta, sorge il problema dell'attribuzione indebita: ciò che è dovuto perde la sua ragione, e parimenti, ciò che è stato dato ne risulta altrettanto privo. Si tratta, come ha cura di precisare lessicalmente l'art. 1463 c.c., di una forma di ripetizione di indebitto, che, salvo alcuni dubbi relativi alla invocabilità *in toto* delle norme di cui agli artt. 2033 ss. c.c., soprattutto in relazione alla posizione dei terzi³⁵⁹, è ritenuto comunemente in giurisprudenza³⁶⁰ e altrettanto in dottrina³⁶¹.

Nelle letture dottrinali più recenti, si dà tuttavia conto di un ripensamento critico, nell'ambito della risoluzione contrattuale, del «dogma della retroattività». Si preferisce infatti considerare la stessa retroattività come «una mera tecnica giuridica, funzionale a creare una realtà il più possibile prossima a quella che si sarebbe verificata se i fatti o gli effetti che si intende rimuovere non sussistessero o non si fossero prodotti», ovviamente tenendo nella dovuta considerazione «il limite intrinseco della irreversibilità delle situazioni derivanti dall'attuazione di quegli effetti»³⁶². Sarebbe dunque plausibile, quale metodo di analisi, approcciare l'esame delle norme che regolano i meccanismi restitutori senza pregiudizi, tenendo in dovuta considerazione i diversi interessi che possono appuntarsi sulla regola di gestione della relazione contrattuale a seguito della sopravvenienza³⁶³.

L'approccio relativizzante considerato da ultimo non sposta il problema che resta sullo sfondo, sia che siano stati ovvero che non siano stati fatti versamenti e dazioni dal debitore al creditore. La soluzione sembra pacifica per il versamento a titolo di acconto, nel senso che non vi dovrebbe essere dubbio circa la sua ripetibilità, e la vicenda potrebbe essere risolta condivisibilmente nel senso della necessaria restituzione per venir meno del titolo³⁶⁴. Diversamente, invece, potrebbe concludersi per

cante, come appunto nel caso di pagamento di una somma di denaro in eccesso rispetto alla misura prevista dal contratto. Infine, sempre dal punto di vista sistematico, non può tacersi che tanto le norme in tema di nullità (art. 1422 c.c.), quanto quelle in tema di risoluzione (art. 1463 c.c.) espressamente rinviano alla disciplina dell'indebitto: dal che si desume che quest'ultima ha senz'altro carattere generale, e si applica in tutti i casi di inesistenza originaria o sopravvenuta del titolo giustificativo dell'attribuzione patrimoniale, come appunto avviene nel caso di risoluzione del contratto»).

³⁵⁹ V. infatti A. Lombardi, *La risoluzione*, cit., p. 194 sgg.; C. Marchesini, *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 174 sgg., soprattutto per quanto concerne la posizione dei terzi aventi causa, che dovrebbero essere regolati dalle norme generali in materia di risoluzione e non da quelle in materia di indebitto. In senso negativo, E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 471, la quale se pure ammette che il rinvio contenuto nell'art. 1463 c.c. alle norme di ripetizione d'indebitto «si rifà alla tradizione della *condictio causa data causa non secuta*, [...] [tale rinvio] non risponde ad un chiaro e meditato disegno sistematico».

³⁶⁰ Per la restituzione delle somme in acconto e a titolo di caparra a seguito della declaratoria di risoluzione per impossibilità sopravvenuta: Corte di Cassazione, 19-03-1981, n. 1635, in *De Jure*; di recente, Trib. Salerno, 31/03/2009, in *Leggi d'Italia.it*.

³⁶¹ V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 949; E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 79 sgg.

³⁶² E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 338 sg.

³⁶³ Sembra di scorgere questa prospettiva in C. Castronovo, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in «Eur. Dir. Priv.», 1999, p. 793, e spec. p. 809 sgg.

³⁶⁴ Questo esito sarebbe confermato, ci sembra, anche da quella giurisprudenza che considera gli acconti eventualmente corrisposti da una parte di un rapporto corrispettivo come irrilevanti ai fini dello 'inizio di esecuzione' previsto come limite ultimo – salvo deroga – del recesso ordinario ex art. 1373 c.c. nei rapporti non a esecuzione continuata o periodica. Si v. i riferimenti contenuti in C. Cossu, *Il recesso*, in W. Bigiavi (fondata da), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Utet, Torino, 1991,

il caso del versamento a titolo di caparra (confirmatoria) in quanto la multifunzionalità riconosciuta al suo congegno³⁶⁵ potrebbe legittimare l'apertura ad altre soluzioni.

In virtù dell'art. 1385 c.c., la caparra consiste nella «somma di denaro o altra quantità di cose fungibili» data da una parte all'altra al momento della conclusione del contratto. La norma prevede poi che la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta, mentre quando una delle parti non adempie, la caparra consente al contraente adempiente che la ha ricevuta, di trattenerla, mentre lo obbliga, se inadempiente, alla corresponsione del doppio all'altra parte.

A livello funzionale, può osservarsi che in tale ipotesi fisiologica (adempimento del contratto), la caparra ha essenzialmente il contenuto di un anticipo³⁶⁶. Nell'ipotesi patologica, si tende a valorizzare³⁶⁷, invece, il ruolo della caparra quale risarcimento forfetario del danno ovvero – ma la tesi, già recessiva, è stata smentita da recenti arresti giurisprudenziali – di una sorta di garanzia rispetto al maggior danno che il contraente non inadempiente volesse richiedere secondo le regole ordinarie³⁶⁸.

Il meccanismo tipico della caparra (recesso e ritenzione della caparra ovvero recesso e richiesta del suo doppio) si realizza però nel caso dell'inadempimento di una delle parti. Invece, nel caso di risoluzione per fatto non imputabile alle parti (art. 1463 c.c.) la funzionalità della caparra, data dal collegamento necessario che la stes-

p. 446 sgg. Sul tema del recesso, cui ben si riconnette il significato giuridico di 'inizio dell'esecuzione' si tornerà più oltre *funditus*.

³⁶⁵ Tale pluralità e variabilità di funzioni che possono essere assegnate alla caparra è condivisa dagli interpreti, anche in epoca più risalente. Si v. M. Gorgoni, *Art. 1385*, in E. Navarretta, A. Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale, artt. 1350-1386*, cit., p. 1014 sg.; G. Amadio, F. Macario, *Diritto Civile*, cit., pp. 880-881; G. De Nova, voce *Caparra*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1988, par. 1; V.M. Trimarchi, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, VI, 1960, par. 4, spec. lett. C; M.A. Michinelli, *La caparra confirmatoria*, in «Riv. Notariato», 4, 2002, p. 405, par. 6; M. Bellante, *La caparra*, Giuffrè, Milano, 2008.

³⁶⁶ G. De Nova, *Caparra*, cit., par. 1. V. però V.M. Trimarchi, *Caparra*, cit., par. 4, il quale invece dubita della individuazione di tale funzione, quantomeno nella parte in cui le parti abbiano avuto di mira soprattutto la funzione negativa della caparra, ovvero di regolare il caso dell'inadempimento.

³⁶⁷ G. De Nova, op. loc. ult. cit. In giurisprudenza si fa riferimento alla funzione di «preventiva e forfetaria liquidazione del danno» derivante dal recesso cui la parte è stata costretta per via dell'inadempimento dell'altro contraente (Cosi, Corte di Cassazione, 16-05-2006, n. 11356, in *De Jure*; 04-03-2004, n. 4411, in *De Jure*).

³⁶⁸ Per i delicati rapporti tra caparra e risarcimento del danno e per il mutamento della domanda originaria di risoluzione optando per il recesso e la ritenzione della caparra (o il pagamento di una somma pari al doppio) si ricorda che, nella diatriba anche giurisprudenziale, è intervenuta la risolutiva pronuncia di Corte di Cassazione, S. U., 14-01-2009, n. 533, in *De Jure*, che ha affermato che il contraente non inadempiente, ove abbia agito per la risoluzione giudiziale e il risarcimento del danno, non può in appello cambiare la domanda originaria e chiedere la declaratoria dell'intervenuto recesso e del diritto di ritenere la caparra (o di ottenere la somma pari al doppio). Le Sezioni Unite hanno altresì affermato che il contraente non inadempiente può agire per la risoluzione del contratto e l'accertamento del diritto di ritenere la caparra, dovendosi in questi casi riqualificare l'azione di risoluzione in azione volta all'accertamento del recesso, atteso il «rapporto di assoluta incompatibilità strutturale e funzionale tra i due rimedi caducatori (recesso e risoluzione) degli effetti del contratto».

sa intratterrebbe con il contratto principale³⁶⁹, sarebbe da ritenersi frustrata, con necessaria restituzione della somma ricevuta.

Quel che ci si chiede è se al negozio-caparra³⁷⁰, pur nel necessario collegamento instaurato con il contratto principale, possa vedersi riconosciuta un'autonomia più consistente rispetto ai fenomeni incidenti su di esso. In particolare ci si chiede se la caparra possa assumere anche una funzione di ripartizione dei rischi contrattuali quale garanzia di ottenere, quanto meno ed in ogni caso, la somma portata in caparra. È pacifico infatti che sia ascritta alla caparra anche una funzione di garanzia in senso lato, che consente al creditore dell'obbligazione principale «la possibilità di conseguire un vantaggio economico anche in assenza di danni risarcibili»³⁷¹. La questione concerne la possibilità di scindere l'aspetto della garanzia della caparra rispetto al profilo della responsabilità del contraente/debitore. Ma se una tale scissione è ritenuta possibile, la caparra potrebbe essere ritenuta anche una sorta di 'garanzia di minimo vantaggio', da far salva anche in caso di risoluzione del contratto per impossibilità o inutilizzabilità della prestazione. Infatti, se la somma a titolo di caparra è corrisposta per garantire alla controparte la possibilità (conseguente a sua scelta) di conseguire quell'importo, perché non dovrebbe essere salvato quell'importo in caso di risoluzione del contratto anche per fatto non imputabile alle parti?

Peraltro, un dubbio siffatto trova sponda anche nel diritto positivo. Proprio tra le norme in tema di *package* si rinviene la previsione del recesso del turista per 'fatto non imputabile' (art. 36, c. 1, lett. d, Cod. Tur.³⁷²), in base al quale si qualifica l'importo versato per la prenotazione del viaggio «a titolo di caparra»; tuttavia, si aggiunge, «gli effetti di cui all'articolo 1385 del codice civile non si producono qualora il recesso dipenda da fatto sopraggiunto non imputabile [...]». Dunque è stabilita una previsione che, sulla scorta di quanto testé osservato, dovrebbe considerarsi non necessaria; ed invece la legge vi provvede, confortando quanto meno la ragionevolezza di porre la questione in termini problematici.

La questione sembra risolta, invece, in maniera sostanzialmente univoca, in senso negativo³⁷³, ritenendosi che, seppure vi sia una certa autonomia negoziale della caparra, il nesso fra contratti, ed in particolare il ruolo fondamentale rivestito dal

³⁶⁹ Si suole infatti definire la caparra come 'negozio accessorio': v. G. Amadio, F. Macario, *Diritto civile*, cit., p. 882. Parla di «collegamento negoziale necessario», M.A. Michinelli, *La caparra confirmatoria*, cit., p. 405. V. anche la nota seguente.

³⁷⁰ Sulla natura negoziale – reale ed accessoria – della caparra (*recte*: del patto «che prevede la caparra»), come ha cura di precisare G. De Nova, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, vol. 2, cit., p. 172), vi è consenso fra gli interpreti. Cfr. tra i tanti V.M. Trimarchi, op. ult. cit., par. 3; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 650.

³⁷¹ M.V. Trimarchi, op. ult. cit., par. 4.

³⁷² Sulla norma, e sul suo possibile ruolo di fondamento alternativo delle decisioni del 2007, v. le considerazioni già svolte *supra*, nel Cap. 1, par. 2.

³⁷³ Sul tema, da ultimo, si v. il lavoro monografico di M. Bellante, *La caparra*, cit., *passim*, e spec. p. 19 sgg., laddove si afferma che della caparra si può discutere di garanzia in senso ampio ma non in senso tecnico, richiamando (in nota 22) la giurisprudenza che a tale funzione fa (atecnico) riferimento. Similmente già V.M. Trimarchi, op. ult. cit., par. 4 (il quale, in nota 44, cita tuttavia il diverso avviso di altro autore).

contratto principale, finisce per travolgere, in caso di sua dichiarata invalidità o inefficacia, necessariamente anche il negozio (accessorio) di caparra³⁷⁴.

In tal modo, però, non si considera l'ipotesi fatta, ovvero che, in concreto, la caparra potrebbe avere anche una funzione di assicurare una sorta di «minimo contrattuale garantito», a prescindere dal tipo di sopravvenienze che impediscono la realizzazione dello scopo negoziale. E probabilmente questo è il punto: la funzionalizzazione in concreto della pattuizione accessoria ad un certo risultato. Tuttavia, alla luce della interpretazione decisamente maggioritaria, che tende ad escludere una autonomia negoziale compiuta della caparra, l'eventuale attribuzione alla stessa di tale funzione dovrebbe essere accompagnata da una precisa esternazione di volontà delle parti; peraltro particolarmente puntuale volta a rendere la caparra una sorta di «contratto autonomo di garanzia» o di assicurazione atipica, al riparo dalle vicende di invalidità/inefficacia del rapporto principale. In dottrina³⁷⁵, più correttamente, si è ritenuto che «il patto con cui si pone una prestazione a carico del debitore per il caso di inadempimento non imputabile è valido» ma esso non può essere qualificato come «clausola penale»³⁷⁶ bensì come «clausola di assunzione del rischio». Ed in effetti, al di là della funzione di garanzia, ciò che viene in rilievo è esattamente la ripartizione tra le parti dei rischi – anche ignoti – derivanti dal contratto. Si porrebbero in questo caso questioni interpretative del contratto volte a valutare l'ampiezza delle formule usate in relazione ai fatti concreti sopravvenuti e, quindi, a valutare la legittimità della ripartizione così effettuata, che potrebbe consentire spostamenti di ricchezza, in assenza di ragioni giustificative.

In questo caso si fa comunque riferimento a patti intercorsi tra le parti e non a funzioni tipiche della caparra che dunque non potrebbe, di per sé, avere la funzione di assicurare un «minimo contrattuale garantito». Dunque, aperta la strada alle pattuizioni delle parti, e alla modulazione dell'alea contrattuale per via pattizia, può dirsi che il rischio contrattuale non sia inciso nella normalità delle ipotesi dalla previsione di una caparra, la quale però potrebbe avere comunque un peso interpretativo per valutare la contigua questione dell'indennizzo rispetto alle prestazioni preparatorie e di inizio di esecuzione che il contraente debitore abbia affrontato in vista dell'esecuzione del contratto.

³⁷⁴ Per questa opinione, rimasta sostanzialmente invariata, v. A. Marini, voce *Caparra*, I, *Dir. civ.*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, V, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1988.

³⁷⁵ G. De Nova, voce *Clausola penale*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1988.

³⁷⁶ Il richiamo alla clausola penale è fatto nella parte in cui la caparra ha in sé una possibile funzione di liquidazione forfetaria del danno. Il rapporto tra caparra e clausola penale è antico ma ancora ben presente, come mette in luce il recente studio di F.P. Patti, *Caparra (diritto comparato)*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 2014, *passim*.

3. Segue: le attività preparatorie e l'inizio di esecuzione nei contratti di package. Analisi della casistica

Si è visto che nel caso di risoluzione del contratto, il sistema codicistico, nel decretare la retroattività dell'inefficacia del contratto, sembra porre in via generale il costo di tali prestazioni in carico a chi le ha eseguite.

I casi concreti da cui siamo partiti mostrano in concreto il funzionamento del rimedio applicato.

Prendendo ad esempio uno dei casi di *package* (quello relativo al decesso sopravvenuto di uno dei due turisti-coniugi, Cass. 26598/07), si osserva che il Giudice di prime cure aveva ridotto l'importo da restituire al coniuge superstite per una somma pari al «corrispettivo di un giorno di permanenza in albergo, dacché la disdetta della prenotazione era avvenuta proprio il giorno di inizio della prenotazione». Tale statuizione, confermata in appello, viene ritenuta dalla Corte di Cassazione erronea in diritto, in quanto alla fattispecie della inutilizzabilità della prestazione, si deve applicare l'art. 1463 c.c.; pur trattandosi di una «autonoma causa di estinzione della obbligazione» rispetto alla impossibilità sopravvenuta, tale non è rispetto agli effetti giuridici che comporta, ovvero «l'esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni: il debitore non è più tenuto ad eseguirla, il creditore non ha l'onere di accettarla»³⁷⁷; e, si aggiunge, ciò che è stato dato, dovrà essere restituito «secondo le regole previste per la restituzione dell'indebitato» (così l'art. 1463 c.c.). La Corte di legittimità è costretta a confermare la statuizione sulla riduzione del *quantum* redibitorio sotto il profilo processuale, posto che non era stato il creditore-turista ad aver sollevato l'eccezione di contraddittorietà tra statuizione (di riduzione della restituzione) e qualificazione giuridica (impossibilità sopravvenuta) bensì l'albergatore tenuto alla restituzione, il quale risultava evidentemente carente di interesse alla declaratoria di restituzione totale. Sul piano sostanziale la Corte è chiara nel riferirsi ad un *error juris* del Giudice di seconde cure, laddove sottolinea che la riduzione del *quantum* restitutorio è avvenuta «indebitamente», dovendo essere restituito «tutto quanto ricevuto», nulla escluso.

Eppure sembra che questa soluzione 'sillogistica' non sia del tutto convincente, per il semplice fatto che le conseguenze che derivano dall'applicazione di una norma, si giustificano in virtù della plausibilità del momento sussuntivo della fattispecie concreta (morte di uno dei coniugi) nella fattispecie astratta (impossibilità totale della prestazione): momento che, come a questo punto risulterà chiaro, risulta caratterizzato da più di un'incertezza.

Del resto un'esigenza diversa, volta ad evitare una risoluzione – automatica e soprattutto – retroattiva sembra ritrovarsi in altre pronunce rese nel medesimo ambito tipologico, pur precedenti, ove è stata disposta la condanna del creditore-consumatore al pagamento di una somma al professionista a titolo di indennizzo.

³⁷⁷ L'esonero delle parti dalle reciproche obbligazioni è espresso parimenti da Corte di Cassazione, 24-07-2007, n. 16315, cit., e ripreso nella giurisprudenza successiva: v. ad es. Corte Appello Firenze, sent. n. 690/2008, in *De Jure*. Condivide la statuizione della Cassazione sotto questo profilo, E. Ferrante, *Causa concreta e impossibilità*, cit. 2009, p. 163.

La inutilizzabilità della prestazione

Così, ad esempio³⁷⁸, mentre si ribadiva che il recesso «per causa sopravvenuta non imputabile al viaggiatore» previsto dalle norme sui *package* già nella versione prevista dal d.lg. n. 111/1995 (art. 7) non dovesse comportare il pagamento dell'intero prezzo in carico al turista recedente³⁷⁹, si precisava nondimeno che se «il recesso è intervenuto quando il lavoro commissionato era stato eseguito ed alcuni degli effetti del contratto si erano già prodotti, i biglietti aerei erano stati emessi e parte dei servizi turistici [...] erano stati pagati» vi dovesse essere una forma di compensazione.

In quel caso il Giudice ha ricondotto in via analogica il contratto di *package* nell'ambito del mandato, così richiamando l'art. 1719 c.c. sull'obbligo per il mandante (il turista) di somministrare al mandatario (operatore turistico) i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e di rimborsargli le spese e anticipazioni fatte nell'interesse del mandante (art. 1720 c.c.)³⁸⁰. In tal modo si è arrivati a statuire che all'organizzatore dei viaggi «spetterà [...] a titolo di indennizzo, il rimborso delle spese anticipate e delle penalità pagate [...] oltre alle spese generali [...] che appaiono dovute in quanto riferibili all'attività svolta in relazione allo specifico incarico [...]». Si aggiunge altresì che «non essendovi profili di colpa, non appare liquidabile alcuna voce di danno, e va così respinta la domanda...riguardante il lucro cessante».

Si è dunque ritenuta necessaria, in quella fattispecie, una forma di compensazione per le spese e per gli esborsi sopportati dal debitore, non arrivando ad includervi il lucro cessante, ma estesa anche alle penalità pagate dal debitore a terzi per servizi da quello prenotati nell'interesse del creditore. La pronuncia si pone in contrasto, negli effetti, con il risultato del 'recesso a costo zero' che viene sposato dalla giurisprudenza sull'inutilizzabilità. Essa fa emergere, tuttavia, l'esigenza di tenere in considerazione anche le ragioni del creditore che abbia affrontato spese nell'interesse altrui, e debba sopportare interamente il costo della sopravvenienza.

Del resto, prima ancora delle norme 'moderne', in materia di viaggi in genere l'art. 400 del Codice della navigazione, nel caso di impedimento sopravvenuto a viaggiare del passeggero per causa a lui non imputabile, dispone la risoluzione del contratto ma lascia sopravvivere in capo a costui l'obbligo di pagamento della quarta

³⁷⁸ Corte d'Appello Genova, sent. 01/09/2004, in *De Jure*.

³⁷⁹ Si ricordi che nella prassi dei contratti di viaggio, nel caso di recesso immotivato del turista, spesso le condizioni generali di contratto pongono normalmente a suo carico il dovere di pagarne un importo a titolo di penale che, progressivamente avvicinandosi alla data di partenza, si avvicina al 100%.

³⁸⁰ La Corte d'Appello Genova, sent. ult. cit., argomenta così la propria decisione: «la legislazione nazionale, primariamente richiamata da tale norma e prevalente su quella pattizia, consente, a giudizio di questa Corte e seguendo l'insegnamento della Cassazione (Cass., sez. III, 28 novembre 2002, n. 16868) di inquadrare il contratto di organizzazione di viaggio in "un contratto di mandato caratterizzato da poteri di rappresentanza~ con la conseguenza che il viaggiatore è tenuto, ex art. 1719 c.c. a somministrare all'intermediario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e qualora l'agente, in forza di questo rapporto, assuma l'obbligo verso l'organizzatore del pagamento del corrispettivo e delle penali per l'annullamento del (viaggio, il viaggiatore è tenuto a rimborsargli i fondi eventualmente anticipati per tali pagamenti" (vedi anche, per la qualificazione del rapporto come mandato con rappresentanza, e per la conseguente riconducibilità dell'attività contrattuale dell'intermediario al viaggiatore: Cass., sez. III, 19 gennaio 1999, n. 460 e n. 6306 del 1991)».

parte del prezzo. La norma mostra così la sensibilità dell'ordinamento rispetto ad un'esigenza di bilanciamento degli interessi di fronte al fortuito, della quale sembrano emergere diverse tracce nel sistema³⁸¹.

Si tratta di un'esigenza talvolta soddisfatta in una prospettiva totalmente diversa, con il ricorso alle regole di responsabilità, come è ben messo in evidenza nel seguente arresto.

Con sentenza Cass. 10651/2008, si è accordato ad una coppia di turisti un rimborso di parte del prezzo pagato per un soggiorno turistico presso una nota isola tunisina, in occasione del quale un grave sversamento in mare di una petroliera aveva compromesso gravemente la fruibilità delle spiagge dell'isola. Ritenendosi «la fruibilità del mare» un «presupposto essenziale del servizio tale da costituire una parte essenziale della prestazione turistica»³⁸² diveniva corretto accordare ai turisti il rimborso di parte del prezzo pagato, nella misura corrispondente ai servizi non fruiti (nel caso deciso, pari al 50% del prezzo).

Si trattava in questo caso della applicazione di una norma ben diversa dall'art. 1463 c.c., ovvero dell'art. 12, c. 4, del D.lgs. n. 111/1995 (odierno art. 91, c. 4 del cod. cons.) e che presupponeva l'avvenuta fruizione di un soggiorno, seppure con tutte le manchevolezze del caso. La norma, anche nella attuale sede, dispone che «nel caso in cui, dopo la partenza, una parte dei servizi previsti dal contratto di viaggio 'tutto compreso' non può essere effettuata, l'organizzatore è tenuto a predisporre adeguate soluzioni alternative per la prosecuzione del viaggio, oppure a rimborsare il consumatore nei limiti della differenza fra le prestazioni originariamente previste e quelle effettuate, salvo il risarcimento del danno». È dunque la stessa norma a prevedere – oltre all'offerta modificativa di 'soluzioni alternative' – l'obbligo del rimborso corrispondente al servizio non fruito.

Dunque, l'ottica è qui rovesciata: non c'è una riduzione della restituzione totale, di per sé 'non' dovuta³⁸³, ma c'è la condanna del debitore della prestazione tipica (il professionista) ad una restituzione di un certo ammontare, quantificato in relazione alle mancanze che hanno colpito la prestazione.

È dato rinvenire, nell'ultimo caso proposto, una peculiarità di non poco conto: l'avvenuta fruizione della prestazione. Nei casi in cui si è fatto applicazione dell'art. 1463 c.c., il Giudice si è trovato a risolvere controversie nelle quali la prestazione turistica non era stata fruita, neppure parzialmente³⁸⁴, e in relazione alle quali si è ritenuto che la ragione della mancata fruizione fosse tale da rendere tutto il contratto – tutta la prestazione – inidonea alla soddisfazione dell'interesse turistico. Questo

³⁸¹ Il temperamento equitativo della previsione è osservato da S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, cit., par. 6.

³⁸² Tanto si ricava da elementi di interpretazione oggettiva, a tratti ricadenti nell'ambito stesso dell'oggetto della prestazione (e quindi del vero e proprio adempimento): sia, si osserva, per ragioni geografiche, sia per la tipicità sociale del richiamo commerciale del villaggio in cui era programmato il soggiorno.

³⁸³ In quanto non si segue la via della inutilizzabilità della prestazione e dunque si parte dal presupposto che l'adempimento della prestazione (pecuniaria) creditoria sia dovuto.

³⁸⁴ Nella giurisprudenza precedente alle sentenze del 2007, si v. l'ipotesi della disdetta del viaggio da parte della turista cui fu diagnosticata una malattia oncologica: T. Milano, sent. 14-12-1992, ne «I contratti», 1994, p. 675.

potrebbe essere un elemento che, non solo di fatto, ma anche di diritto, abbia in qualche modo inciso sulla decisione del caso, se è vero che il ricevere la prestazione mostra che la stessa una qualche utilità la abbia pur arrecata (e dunque non si potrebbe più argomentare, pena un *venire contra factum proprium*, circa la sua totale inutilizzabilità).

Sembra però non del tutto convincente ritenere che l'avvenuta fruizione giustifichi di per sé un'argomentazione il cui risultato conduca ad una compensazione del debitore per gli esborsi da lui affrontati in funzione dell'adempimento contrattuale.

Si è messo in evidenza³⁸⁵ che l'ambito contrattuale dei *package* abbia alcune innegabili peculiarità: il settore economico in cui si collocano tali contratti e il contesto normativo di valorizzazione di utilità e beni anche immateriali di contraenti costitutivamente deboli sembrano offrire una solida sponda alla giurisprudenza per approntare una tutela volta a minimizzare i rischi e i costi per il consumatore turista, arrivando a traslarli anche interamente sul professionista.

Proprio per queste ragioni, il fatto che emerga il dubbio circa la possibile opportunità di una compensazione del debitore anche in un settore così protetto come quello dei *package*³⁸⁶, a maggior ragione, il dubbio si dovrebbe porre per altre tipologie contrattuali non caratterizzate dalle medesime peculiarità ad impronta 'protettiva'.

4. Segue: la lettura del problema delle prestazioni anticipate in chiave di analisi economica del rischio contrattuale. Riferimento al caso del sub-appalto inutile

La questione può essere utilmente riguardata anche attraverso la lente della ripartizione dei rischi contrattuali. Rinviando alla sede in cui si sono svolte alcune considerazioni generali in ordine al complessivo ruolo della 'prospettiva dei rischi' ed alla sua utilità in materia di sopravvenienze contrattuali, in questa sede può essere utile un confronto con il metodo dell'analisi economica del diritto³⁸⁷.

Nella ricostruzione del contratto 'ideale'³⁸⁸, l'analisi gius-economica viene ad esporre quella che dovrebbe essere la disciplina di *default*³⁸⁹ più efficiente, formu-

³⁸⁵ Cfr. Cap. 1, spec. par. 2.

³⁸⁶ Oltre alla giurisprudenza analizzata nel testo, v. chiaramente L. Cabella Pisu, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 515 sgg. ove si può leggere che «l'incondizionata tutela del creditore a cui tale giurisprudenza [il riferimento è a Cass. 16315/07] perviene non sia giustificata alla luce dell'attento equilibrio di interessi» ricavabile anche dal complesso normativo di riferimento.

³⁸⁷ Per un primo approccio, cfr. R. Cooter *et al.*, *Il mercato delle regole*, cit, p. 277 sgg.

³⁸⁸ Il contratto ideale si può ricondurre al c.d. teorema di R.H. Coase, *The problem of social cost*, in «Journal of Law and Economics», 3, (1960), in virtù del quale «in assenza di costi transattivi (identificabili, in una prima approssimazione, con i costi dello scambio, delle transazioni) poco importa di come il diritto allochi inizialmente le risorse, ché, a prescindere, per l'appunto, da quale sia la scelta iniziale, le risorse transiteranno pur sempre verso l'uso più efficiente». Questa sintetizzazione della elaborazione del giurista americano è di A. Fici, *Il contratto "incompleto"*, cit., pp. 34-35, il quale A. osserva che «l'assunto che i costi transattivi siano uguali a zero è, tuttavia, irrealistico» (p. 35); con ciò favorendo la nascita, nell'ambito della Law & Economics, di un indirizzo specialistico che si pone come obiettivo proprio la ricerca di strumenti e/o procedure per ridurre i costi transattivi. Sul punto, similmente e più estesamente, M. Granieri, *Il tempo e il contratto*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 154 sgg.

lando una serie di regole per i casi di governo del contratto in assenza di pattuizione privata³⁹⁰.

Quanto ai rischi del verificarsi di eventi imprevedibili che incidono sul rapporto contrattuale, si afferma che «il contratto ideale [ne] alloca il rischio...in capo al soggetto che poteva sopportar[lo] in maniera più efficiente»³⁹¹. Più chiaramente si spiega che «se le regole [di default] fossero efficienti, attribuirebbero la responsabilità alla parte che può sopportare il rischio di impossibilità della prestazione con il minor costo»³⁹². Tra i costi da sopportare, si spiega, vi sono quelli inerenti le precauzioni che possono (o devono) essere prese dai contraenti, ivi inclusi i possibili costi di distribuzione del rischio (ad es. tramite assicurazione, o «diversificazione del portafogli»³⁹³). Si perviene dunque alla conclusione che «se una circostanza rende impossibile la prestazione, la responsabilità deve essere attribuita alla parte che può ridurre o distribuire il rischio con il minor costo»³⁹⁴.

Questa impostazione sconta alcune difficoltà ricostruttive, sia nel confronto con il dato normativo positivo sia sul piano gius-economico stesso. Si pensi alla conoscibilità e prevedibilità dei rischi; alla accessibilità delle relative informazioni; alla stessa possibilità³⁹⁵ di distribuirne il relativo rischio. Problematiche queste che non possono essere qui più che semplicemente menzionate. Nonostante le ambiguità, resta il fatto che l'analisi economica, per il fatto di prescindere, almeno in prima battuta, dal dato normativo, offre un valido punto di vista di come possa essere regolata una sopravvenienza imprevista in maniera efficiente.

Un fatto storico che ha dato luogo a svariate controversie appare utile per vagliare l'approccio gius-economico, anche in quanto oggetto di analisi più specifica ad opera di un gruppo di studiosi che si sono proposti di diffondere l'approccio gius-economico nella dottrina italiana³⁹⁶. Il «fatto sopravvenuto» è costituito l'invasione del Kuwait da parte dell'Iraq, cui conseguì un embargo decretato dall'ONU, dagli

³⁸⁹ In termini 'nostrani', per *default rules* si intendono le norme dispositive o suppletive. Così testualmente A. Fici, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 40. Può essere interessante, per l'autorevolezza della fonte, ricordare la considerazione che le regole dispositive non perdono il loro rilievo sistematico, seppure rispetto al carattere di tradizionale preminenza nel sistema, si osserva un'evoluzione nel senso dell'accresciuto peso di regole imperative, sulla base soprattutto degli *input* di matrice comunitaria: V. Roppo, *Il contratto del duemila*, cit., p. 12 sg.

³⁹⁰ A. Fici, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 41 sg. (ed in part. Dottrina citata in nota 59 e in nota 60), precisa la plurivalenza semantica delle regole di *default*, quali regole di completamento 'giuridico' del contratto incompleto, ovvero quali regole di completamento 'economico-giudiziario' del contratto economicamente incompleto. Cfr. anche M. Granieri, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 143 sg., e spec. *ivi* nota 5.

³⁹¹ R. Cooter *et al.*, *Il mercato delle regole*, cit., p. 225 sgg., e spec. p. 229.

³⁹² *Ibid.*, op. ult. cit., p. 275. La formula è proposta proprio per il caso di quella speciale 'causa di esonero' dall'obbligo di prestazione costituita dall'impossibilità sopravvenuta.

³⁹³ *Ibid.*, Op. loc. ult. cit., ove è menzionato l'esempio di «coloro che investono in una fabbrica esposta al rischio di terremoti possono distribuire il rischio acquistando azioni di società con una differente collocazione geografica».

³⁹⁴ *Ibid.*, Op. loc. ult. cit.

³⁹⁵ Intesa in senso economico, ovvero parificata alla efficienza. Cfr. P. Trimarchi, *Commercial Impracticability in Contract Law: an Economic Analysis*, in «Int. Rev of Law and Ec.», 11, 1991, p. 66 sgg. e gli stessi R. Cooter *et al.*, *Il mercato delle regole*, cit., p. 277 (si propone *ivi* il caso dell'assicurazione individuale per un evento di portata eccezionale).

³⁹⁶ È il testo, già richiamato, di R. Cooter *et al.*, *Il mercato delle regole*, cit., *passim*.

effetti particolarmente pervasivi³⁹⁷. Come si ricava dal D.l. n. 247/1990, di attuazione interna della risoluzione internazionale, fu stabilito che i cittadini italiani non potessero svolgere attività volte «anche indirettamente a promuovere, a favorire o a realizzare vendite o forniture, esportazioni o trasporto di beni di qualsivoglia genere verso il Kuwait o l'Iraq o da tali Stati provenienti».

Fu così che, in un caso³⁹⁸, l'appalto volto a costruire un impianto che il committente doveva a sua volta cedere ad una acciaieria irachena (e che era ad essa specificamente destinato a livello tecnico-progettuale), risultava inutilizzabile alla sua destinazione. Il giudice dichiarò risolto il contratto di (sub-)appalto ragionando in termini di impossibilità (per illegalità sopravvenuta) della prestazione³⁹⁹. Dal nostro punto di vista possiamo rilevare che più che di impossibilità, nel rapporto tra sub-committente e sub-appaltatore, vi era una vera e propria inutilizzabilità/inutilità della prestazione per il sub-committente⁴⁰⁰. Ciò nonostante, l'effetto fu il medesimo (già allora): la liberazione del creditore dall'obbligo di adempiere la sua controprestazione.

Nell'analizzare il caso e le ragioni della decisione, gli Illustri Autori osservano una nullificazione del valore della prestazione per il committente primo-appaltatore e questo dato, si afferma, «dovrebbe essere sufficiente a giustificare la risoluzione del contratto»⁴⁰¹.

Al di là di tale profilo, rilevante sul piano della valutazione delle possibili utilità residue della prestazione, centrale è il problema della gestione di quanto *medio tempore* eseguito.

Il sub-appaltatore, infatti, aveva già eseguito la sua prestazione e risultava quindi tenuto a sopportare totalmente le perdite derivanti dalla sopravvenienza. La circostanza, lungi dall'essere irrilevante, porta l'interprete gius-economico, una volta constatata la effettiva imprevedibilità dell'evento sopravvenuto, a ritenere che «la risoluzione del contratto dovrebbe sempre essere accompagnata dalla restituzione delle spese già sostenute in vista dell'esecuzione» perché «solo in questo modo [...] si eviterebbe di addossare ad uno solo dei contraenti le perdite causate dalle circostanze sopravvenute»⁴⁰².

³⁹⁷ Numerosi sono stati i problemi e i relativi contributi occasionati dall'evento storico. Per alcuni riferimenti: L. Cabella Pisu, *L'impossibilità della prestazione e la "sfera" del creditore*, cit., p. 553 sgg. (con riferimento alla impossibilità sopravvenuta imputabile, nelle contrattazioni concluse con imprese riconducibili allo Stato iracheno, responsabile dell'invasione e quindi dell'inadempimento contrattuale); A. Lombardi, *La risoluzione*, cit., p. 322 sgg.; R. Rolli, *Guerra del golfo ed embargo internazionale*, in «Contr. e Impr.», 1997, p. 115; A.R. Briguglio, «Embargo iracheno» e certezza del diritto comunitario, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1994, II, p. 163; A. Donzella, *Le imprese e la crisi del golfo*, in «Giust. Civ.», 1992, p. 2213.

³⁹⁸ Deciso da T. Trento, sent. 10-12-1992, in «NGCC», 1993, I, p. 853, con nota di B. Inzitari, *Inesigibilità della prestazione, impossibilità della prestazione*, in «NGCC», 1993, I, p. 857.

³⁹⁹ La medesima soluzione fu data in un caso analogo da un Collegio arbitrale con Lodo del 20-07-1992, in «Dir. Comm. int.», 1993, p. 443.

⁴⁰⁰ E' affermato, anche se non sembrano poi trarsi le dovute conseguenze giuridiche e sistematiche da R. Cooter *et al.*, *Il mercato delle regole*, cit., p. 278.

⁴⁰¹ R. Cooter *et al.*, op. ult. cit., p. 280.

⁴⁰² R. Cooter *et al.*, op. ult. cit., p. 280.

Nel caso dell'appalto, le regole dispositive italiane del codice civile sembrano non governare la fattispecie concreta testé ricostruita, lasciando l'interprete di fronte ad una autentica lacuna normativa.

Infatti, l'art. 1672 c.c., che fa riferimento alla impossibilità sopravvenuta di esecuzione della prestazione, fonda un diritto dell'appaltatore al compenso per l'opera prestata «nei limiti dell'utilità» che il committente ne ha ricavato. Se pure si volesse interpretare la norma come idonea, in ipotesi, a regolare anche il caso della inutilizzabilità della prestazione, dovrebbe pur dirsi che la stessa sarebbe priva di funzione, in quanto il dato di partenza è proprio la inutilità (in questo caso, totale, data la specificità e non sostituibilità dell'opera) della stessa.

In un caso come quello proposto, se l'art. 1672 c.c. pecca per difetto, l'art. 1671 c.c., disciplinante il recesso *ad nutum* del committente, oltre che del tutto inconferente (in quanto non di recesso *ad nutum* si tratta, ma, caso mai, di recesso motivato), pecca 'per eccesso'. Le conseguenze previste dalla norma, infatti, prevedono l'obbligo del committente recedente di «tenere indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno». In un caso come quello proposto, è evidente che, di fronte all'inutilità dell'opera eseguita, la condanna al pagamento del mancato guadagno sarebbe una soluzione del tutto abnorme e priva di giustificazione.

Le norme richiamate peccano, dunque, per eccesso o per difetto, oltre a mostrare più di un dubbio in ordine alla loro concreta applicabilità ad un caso come quello descritto.

La richiamata dottrina che utilizza l'analisi economica, afferma la necessità di ripartire i pesi derivanti dalla sopravvenienza tramite la restituzione. All'affermazione circa tale 'necessità', non viene tuttavia indicato il parametro alla luce del quale effettuare la detta ripartizione. Sembra allora di scorgere un (voluta?) ambiguità di fondo: rispetto alla 'legge' gius-economica della collocazione del peso derivante dalla sopravvenienza sul contraente maggiormente in grado di farvi fronte, gli Autori citati finiscono con il prospettare una diversa soluzione, laddove fanno riferimento alla necessità di non addossare ad uno solo dei contraenti le perdite scaturite dal fatto sopravvenuto⁴⁰³. Si lascia così aperta la via ad una ripartizione non necessariamente totale, bensì parziale, legata alle circostanze del caso concreto, senza tuttavia indicarne il fondamento.

⁴⁰³ In effetti, tale esigenza risulta essere stata condivisa dalle stesse parti in lite nel caso trentino. Dalla motivazione della sentenza del Tribunale di Trento (T. Trento, sent. 10-12-1992, cit.) si riesce infatti a ricavare che tra di esse vi fu una sorta di ripartizione dei costi sopravvenuti alla impossibilità di utilizzazione della prestazione, tramite il pagamento di una somma pari a circa il quarto dell'importo azionato dal sub-appaltatore. Si tratta però di una soluzione che la lettera delle norme invocate evidentemente non consentiva, e che, in quel caso, solo la volontà delle parti ha reso possibile raggiungere.

5. Segue: il controverso fondamento della compensazione del debitore. Analisi di alcune norme relative a contratti tipici

Le considerazioni che precedono confermano che la riconosciuta prospettabilità di un'esigenza di compensazione, in senso lato, del debitore viene a scontrarsi con la difficoltà di rinvenire un dato normativo che ne costituisca fondamento sufficientemente sicuro.

Il sistema delle norme sull'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta sembra, infatti, indicare, pur nella lettura relativizzante di cui si è dato conto, una preferenza normativa per l'imputazione al debitore di «tutte le cause di impossibilità rientranti nella sua sfera di controllo o di influenza, anche in mancanza di una sua colpa»⁴⁰⁴. Al di fuori di questa ipotesi, che conduce alla responsabilità del debitore, l'art. 1463 c.c., nello stabilire lo scioglimento retroattivo del contratto, senza risarcimento del danno (si tratta infatti di una risoluzione per sua natura dovuta a «causa non imputabile alle parti»⁴⁰⁵), «pone a carico della parte creditrice il rischio della prestazione divenuta impossibile per causa non imputabile al debitore, e a carico della parte debitrice il rischio della controprestazione, che cessa di esserle dovuta»⁴⁰⁶.

Di fronte ad un'impossibilità non imputabile «di ricevere», dunque, si dovrebbe dire *casus sentit debitor*⁴⁰⁷, per cui tutti i costi, le spese, gli esborsi (danno emergen-

⁴⁰⁴ L. Cabella Pisu, *L'impossibilità della prestazione e la "sfera del creditore"*, cit., p. 549. Cfr. anche M. Zaccheo, *Rischio e sopravvenienza*, cit. (1994), p. 44 sg. che precisa come «dire, infatti, che il debitore risente del rischio dell'estinzione dell'obbligazione e che quindi al rapporto trova applicazione la massima *casus sentit debitor* o dire, al contrario, che il creditore della controprestazione sopporta le conseguenze dell'estinzione di quest'ultima per una scelta del legislatore, che intende salvaguardare il sinalagma funzionale con applicazione, dunque, della massima *casus sentit creditor*, significa, in definitiva, affermare esattamente la stessa cosa». Prosegue l'A., «in realtà, il vero problema è di stabilire chi risenta gli effetti pregiudizievoli che derivano dalla estinzione del rapporto contrattuale» (p. 46). Si v. anche l'inquadramento istituzionale del problema in A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit. (2009), p. 722 sg.

⁴⁰⁵ Mentre per l'ipotesi di impossibilità sopravvenuta imputabile al creditore, circa il trattamento della conseguente responsabilità del creditore, la dottrina risulta divisa tra liberazione del solo debitore ex art. 1256 c.c., e mantenimento in vita dell'obbligo per il creditore, ovvero risoluzione del contratto ex art. 1463 c.c. e responsabilità per danni in capo al creditore. Sul punto, in sintesi, F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, 2, Cedam, Padova, 2010, p. 528 sg., L. Cabella Pisu, op. ult. cit., p. 551 sgg., le note di C. Chessa, *La sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore*, in «Contr. e Impresa», 1991, p. 523, e G. Santoro, *Crisi del Golfo e impossibilità sopravvenuta imputabile al creditore*, ivi, p. 497, oltre alle monografie di G. Stella, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Giuffrè, Milano, 1995; A. Pontecorvo, *La impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Giuffrè, Milano, 2007. Anche Corte di Cassazione, 14-08-2007, n. 26598, cit., fa riferimento alla questione della impossibilità imputabile al creditore, pur non assumendo rilievo nella *ratio decidendi* della controversia.

⁴⁰⁶ L. Cabella Pisu, op. ult. cit., p. 549.

⁴⁰⁷ È noto che il sistema ha sposato, per l'ipotesi del fortuito nei rapporti contrattuali, la logica del *casus sentit debitor*: «le conseguenze economiche del fatto estraneo dal quale dipende l'impossibilità della prestazione ricadano sopra il debitore che doveva eseguire la prestazione stessa, di guisa che il rispettivo creditore è liberato dall'obbligo della controprestazione». A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 722 sgg. Non può non rinviarsi anche all'analisi, pur svolta sotto il previgente Codice, di N. Coviello, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Rocco Carabba, Lanciano, 1895, in part.

te) così come ogni aspettativa di concreto lucro dell'affare (lucro cessante) restano a carico del debitore.

La questione, però, non è pacifica in dottrina, ritrovandosi, in contrapposizione alla maggioritaria posizione negativa⁴⁰⁸, alcune proposte volte a mitigare il collocamento integrale di tali costi e del correlativo rischio su una delle parti in causa.

Nella dottrina tedesca, vi sono alcune autorevoli opinioni dottrinali che ritengono che, per il caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione a causa di evento fortuito (*id est*, non imputabile) che incide sulla «sfera (giuridica) del creditore»⁴⁰⁹, debba essere riconosciuto un diritto del debitore ad una qualche compensazione. In particolare, secondo taluno dovrebbe essere riconosciuta «l'attività parzialmente svolta» e così un qualche «rimborso delle spese sostenute»⁴¹⁰, con applicazione analogica delle norme che prevedono forme di indennità o compensazione.

Da noi, tali spunti vengono riproposti nell'ambito di alcune approfondite trattazioni in materia di impossibilità sopravvenuta, con particolare riferimento alle va-

p. 137 sgg., ove un'attenta analisi della variabilità del principio di ripartizione del rischio del fortuito nelle diverse ipotesi, tra contratti unilaterali, bilaterali e singoli contratti.

⁴⁰⁸ Chiara ad esempio, è l'esposizione di U. Carnevali, *L'impossibilità sopravvenuta*, in U. Carnevali, E. Gabrielli, M. Tamponi, *Il contratto in generale*, Tomo VIII**, *La risoluzione* in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XIII, Giappichelli, Torino, 2011, p. 274 sgg. (e poi ribadito a p. 299), laddove espone che il «*casus sentit debitor* [e il correlativo *casus sentit creditor* per le spese da questi affrontate] esprime semplicemente un criterio giuridico di attribuzione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta»; altro – prosegue l'A. – «è sotto l'aspetto economico. Sotto tale aspetto è più appropriato dire che il rischio dell'impossibilità sopravvenuta viene equamente ripartito tra i due contraenti: il debitore della prestazione divenuta impossibile è liberato senza dover risarcimenti di sorta ma perde i vantaggi che si riprometteva di trarre dall'affare e per di più sopporta i costi e le spese in cui è inutilmente incorso per la conclusione del contratto e per la preparazione dell'adempimento (c.d. *Investitionsrisiko*) [...]; l'altro contraente è liberato dalla controprestazione ma a sua volta perde i vantaggi che si riprometteva di trarre dal contratto, subisce pure lui le eventuali spese fatte per la conclusione del contratto e per ricevere l'adempimento [...] e per di più può incorrere in una responsabilità contrattuale verso terzi.. a causa del venir meno della prestazione che egli si attendeva (non esonero)». Il medesimo concetto è espresso da P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 10 e, similmente, da A. Pontecorvo, *La impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 133 sgg.

⁴⁰⁹ Fa riferimento anche alla «sfera di controllo», G. Stella, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 258. La posizione pare in lieve contraddizione con quella di L. Cabella Pisu, op. loc. ult. cit., richiamata *supra* in nota, probabilmente in ragione della diversa ricostruzione dell'Autore in materia di 'sfera del creditore', svolta sulla base della concettualizzazione germanica delle 'sfere di rischio', trasversali ed includenti anche ipotesi riconducibili alla c.d. 'sfera di controllo' del creditore. In dottrina tedesca, precisazioni sul punto si trovano in V. Beuthien, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, cit., e, più di recente, in B. Nauen, *Leistungserschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis*, cit.
⁴¹⁰ K. Larenz, *Schuldrecht*, I, p. 312 e p. 401 sgg., il quale fa richiamo alle norme in tema di contratto d'opera. Come riferisce A. Di Majo, *Art. 1173-1176*, cit., p. 276, questa è l'opinione anche di J. Esser-Schmidt, *Schuldrecht*, I, Karlsruhe, 1960, p. 263, per il caso però diverso del raggiungimento dello scopo indipendentemente dall'intervento del debitore. L'invocazione di una compensazione per il caso del raggiungimento dello scopo però non ci sembra in fondo presentare problemi molto diversi da quelli che riguardano la frustrazione dello scopo, posto che nessuna norma giuridica impone espressamente di 'condividere gli arricchimenti' indipendenti dall'attività di colui che ne reclama la condivisione, non meno di 'condividere le perdite' parimenti indipendenti. E dunque, ove rinvenuto, il fondamento delle due forme di compensazione potrebbe non differire molto l'uno dall'altro.

rianti della già considerata «impossibilità di ricevere la prestazione»⁴¹¹ e della «impossibilità sopravvenuta per raggiungimento dello scopo»⁴¹².

In tali ricostruzioni si prospetta la possibilità di richiamare i principi dell'impossibilità parziale e, dunque, la regolazione dell'art. 1464 c.c. in particolare, laddove è prevista la *reductio ad equitatem*. Vista nella prospettiva del debitore, si ritiene che la *reductio* possa attribuire alla parte beneficiaria un diritto a chiedere una «compensazione delle spese per la parte della prestazione effettuata»⁴¹³.

Altri autori⁴¹⁴ insistono sulla «necessità di distinguere le diverse tipologie di rapporti per i quali la legge appronta una ripartizione dei rischi» che, in caso di impossibilità sopravvenuta si presenta differenziata, tra quella generale prevista dall'art. 1463 c.c., ed altre forme di correzione incentrate su di un indennizzo, talvolta limitato alle spese, altre volte esteso anche ai mancati guadagni, o diversamente articolato⁴¹⁵.

In effetti l'analisi delle norme che costellano il codice civile e le leggi speciali mostra come vi sia una pluralità di soluzioni previste nel caso di risoluzione del contratto per eventi sopravvenuti non imputabili⁴¹⁶.

Già si è potuto considerare (cfr. *supra*, in questo Cap. 3, par. 3) la regolazione del contratto di mandato, che, nella previsione di un diritto al compenso e di rimborso delle spese (art. 1720 e 1709 c.c.), potrebbe condurre a soluzioni ben diverse rispetto a quanto previsto dall'art. 1463 c.c. Qualora tale tipologia contrattuale dovesse ritenersi invocabile, si avrebbe a disposizione un parametro normativo in grado di fornire titolo alla richiesta di un rimborso spese e del compenso. La vocazione generale del mandato, quale contratto di compimento di affari nell'interesse (solo o anche) altrui lo rende figura particolarmente interessante dal punto di vista della disciplina, e di cui, come si è visto, è stata fatta applicazione in fattispecie poi ricondotte ad altri esiti (ovvero, il recesso a 'costo zero', poi affermatosi quale soluzione applicabile per il caso dei *package*).

Prendendo in considerazione ulteriori indici normativi, può rilevarsi come nel contratto d'opera, disciplinato dagli artt. 2222 sgg. c.c. sia prevista una disciplina

⁴¹¹ G. Stella, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 260 sgg.; L. Cabella Pisu, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 513 sgg.; G. Cottino, *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore*, cit., pp. 443-458.

⁴¹² Si tratta dell'ipotesi considerata da A. Di Majo, op. ult. cit., pp. 275-276. Cfr. anche le osservazioni di E. Ferrante, *Causa concreta e impossibilità*, cit., p. 164, il quale, nel confronto con la diversa ipotesi del raggiungimento dello scopo ritiene più forte l'esigenza rispetto alla 'frustrazione dello scopo' di non privare colui che esegue la prestazione poi inutile «d'ogni remunerazione della condotta tenuta».

⁴¹³ A. Di Majo, op. ult. cit., p. 276, il quale sembra apprezzare le tesi, già richiamate di Esser e Schmidt, pur precisando, in maniera del tutto convincente, che può essere ammissibile invocare i principi in tema di impossibilità parziale della prestazione solo laddove si «intenda in senso largo il concetto di prestazione». Similmente, favorevole al riconoscimento di un indennizzo, anche tramite l'invocazione dell'art. 1464 c.c., è G. Stella, *Impossibilità della prestazione*, cit., p. 261.

⁴¹⁴ Si tratta della prospettiva di G. Cattaneo, *Della mora del creditore*, Art. 1206-1217, in *Comm. al c.c. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1973, p. 78 sgg. (spec. p. 83 sgg.), condivisa, sembra, da L. Cabella Pisu, op. ult. cit., p. 514 sgg.

⁴¹⁵ G. Cattaneo, *Della mora del creditore*, cit., p. 78 sgg.; L. Cabella Pisu, op. ult. cit., p. 514 sgg.

⁴¹⁶ È l'impostazione seguita magistralmente a suo tempo, sotto il vigore del Codice Pisanelli, da N. Coviello, op. ult. cit., *passim*.

volta ad indennizzare il prestatore debitore per l'opera svolta tramite due meccanismi.

Un primo meccanismo, generale e ai nostri fini non rilevante, è connesso al recesso *ad nutum* del committente, che comporta che il recedente tenga «indenne il prestatore d'opera delle spese, del lavoro eseguito e del mancato guadagno». È evidente come la norma renda il recesso particolarmente oneroso per il committente in quanto tale recesso è rimesso alla mera volontà di costui che dunque ne sopporta interamente il costo⁴¹⁷.

Diversa, e ai nostri fini più interessante, è invece la previsione dell'art. 2228 c.c., laddove l'esecuzione della prestazione è divenuta impossibile per causa non imputabile ad alcuna delle parti. In questo caso il meccanismo prevede che il «prestatore d'opera ha diritto ad un compenso per il lavoro prestato in relazione all'utilità della parte dell'opera compiuta».

Una regola simile, oltre che nel contratto d'opera intellettuale (art. 2237, c. 2 c.c.⁴¹⁸), la si ritrova nell'ambito del contratto di appalto, laddove il già ricordato art. 1672 c.c. prevede che «se il contratto si scioglie perché l'esecuzione dell'opera è divenuta impossibile in conseguenza di una causa non imputabile ad alcuna delle parti, il committente deve pagare la parte dell'opera già compiuta, nei limiti in cui è per lui utile, in proporzione del prezzo pattuito per l'opera intera». Analogamente («nei limiti in cui le opere eseguite e le spese sostenute gli sono utili») è statuito dall'art. 1675 c.c. in caso di morte dell'appaltatore, con riguardo al diritto degli eredi di vedersi corrispondere «il valore delle opere eseguite [...]» e il rimborso «delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente».

In queste ipotesi le norme fanno espresso riferimento alla necessità che il compenso sia rivolto non solo alle spese sostenute, ma anche al mancato guadagno. Un tale 'compenso' è tuttavia strettamente connesso e limitato dalla 'utilità' della prestazione; se quanto eseguito risulta 'inutile' per il committente, nulla è dovuto al prestatore d'opera o all'appaltatore. Il debitore della prestazione di *facere*, come statuisce l'art. 1673 c.c., dovrà, quindi, sopportare le perdite e i costi derivanti dalla impossibilità⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Si tratta di una regolazione sostanzialmente identica di quella dell'art. 1671 c.c. in materia di appalto, già vista al par. precedente.

⁴¹⁸ L'art. 2237 c.c. è strutturato similmente agli artt. 2227 e 2228, laddove prevede, al primo comma, un recesso del committente *ad nutum* con compenso integrale del prestatore, e, al secondo comma, un recesso «per giusta causa» del committente con obbligo di rimborsare al prestatore «le spese fatte e il compenso per l'opera svolta, da determinarsi con riguardo al risultato utile che ne sia derivato al cliente».

⁴¹⁹ Art. 1673 («Perimento o deterioramento della cosa»): «Se, per causa non imputabile ad alcuna delle parti, l'opera perisce o è deteriorata prima che sia accettata dal committente o prima che il committente sia in mora a verificarla, il perimento o il deterioramento è a carico dell'appaltatore, qualora questi abbia fornito la materia. Se la materia è stata fornita in tutto o in parte dal committente, il perimento o il deterioramento dell'opera è a suo carico per quanto riguarda la materia da lui fornita, e per il resto è a carico dell'appaltatore». La norma è valorizzata da U. Carnevali, op. ult. cit., p. 275, al fine di ritenere preclusa la compensazione del debitore – così come del creditore – in caso di impossibilità sopravvenuta inimpugnabile.

Rimanendo nell'ambito del contratto di appalto, l'ipotesi della disciplina delle variazioni necessarie in corso di esecuzione (art. 1660 c.c.⁴²⁰) sembra ispirata ad un diverso principio.

La norma regola un'ipotesi tipica di sopravvenienza contrattuale. In tale disciplina viene in rilievo il limite di esigibilità (essenzialmente quantitativa) del contratto, oltre il quale è data la possibilità alle parti di sciogliersi dal contratto (ove le variazioni comportino un aumento 'oltre il sesto' del prezzo d'appalto, per l'appaltatore, o siano di 'notevole entità' per il committente) con la necessità che sia comunque assicurata al debitore-appaltatore una «equa indennità» o «equo indennizzo» a seguito del recesso rispettivamente dell'appaltatore ovvero del committente⁴²¹. In questo caso si prescinde quindi del tutto dall'utilità della prestazione e si concentra il rimedio sulla necessità che non sia del tutto sfornito di tutela il debitore della prestazione tipica che sia in qualche misura incorso in spese preordinate all'esecuzione o di inizio della stessa⁴²².

Una diffusa opinione, che ha fatto la sua comparsa anche in giurisprudenza, interpreta tale norma come una fattispecie *sui generis* di impossibilità sopravvenuta (parziale)⁴²³. La riconduzione della fattispecie all'impossibilità sopravvenuta parziale risulta particolarmente interessante, in quanto, in caso di recesso dal contratto, consentirebbe di osservare che il legislatore ha previsto ipotesi di scioglimento del contratto per impossibilità sopravvenuta, con riconoscimento di un indennizzo a vantaggio del contraente che normalmente abbia affrontato spese e costi in relazione all'inizio di esecuzione. Questa differenza dal regime del recesso senza indennizzo previsto dall'art. 1464 c.c. non sarebbe ipotesi isolata, essendo previste nel sistema altre ipotesi di recesso per fatti sopravvenuti non imputabili, con previsione di un diritto ad un indennizzo⁴²⁴.

⁴²⁰ Art. 1660 («Variazioni necessarie del progetto»): «Se per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte è necessario apportare variazioni al progetto e le parti non si accordano, spetta al giudice di determinare le variazioni da introdurre e le correlative variazioni del prezzo. Se l'importo delle variazioni supera il sesto del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore può recedere dal contratto e può ottenere, secondo le circostanze, un'equa indennità. Se le variazioni sono di notevole entità, il committente può recedere dal contratto ed è tenuto a corrispondere un equo indennizzo».

⁴²¹ La diversità terminologica, secondo la maggioritaria opinione, rifletterebbe l'intento del legislatore che l'indennizzo a seguito di recesso dell'appaltatore sia complessivamente minore di quello dovuto a seguito del recesso del committente. Per questa interpretazione C. Giannattasio, *L'appalto*, cit., p. 180; E. Magri, *Le varianti*, in M. Costanza (diretto da), *L'appalto privato*, Utet, Torino, 2000, p. 335; D. Rubino, G. Iudica, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, in *Comm. al c.c. Scialoja, Branca, Zanichelli*, Bologna-Roma, 1992, p. 264. Pone l'accento sul fatto che la liquidazione sia comunque fondata sulla valutazione equitativa del giudice, sia nell'uno che nell'altro caso, O. Cagnasso, G. Cottino, *Contratti commerciali*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, IX, Cedam, Padova, 2000, p. 306.

⁴²² Non sembra dubitabile che il contraente che richieda l'indennizzo debba dimostrare, se non il *quantum*, almeno l'*an* dell'esistenza di passività derivanti dall'inizio di esecuzione.

⁴²³ Cass. civ., 05-03-1979, n. 1364, in *Mass. Giur. It.*, 1979. Un riferimento all'art. 1660 c.c. in questo senso è fatto anche da Cass. civ. Sez. II, 22-03-1993, n. 3353. Sulla rilevanza ricostruttiva del precedente più risalente, v. O. Cagnasso, voce *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. Disc. Priv.*, Utet, Torino, 1987, par. 6.

⁴²⁴ Rimanendo nell'ambito codicistico potrebbero considerarsi, a mero titolo esemplificativo, anche l'art. 1686 c.c. in materia di trasporto (avente ad oggetto impedimenti o ritardi per causa non imputabile al vettore, con diritto al «rimborso delle spese» e, se il trasporto è stato iniziato «ha diritto anche al pa-

Ci si è mossi finora nell'ambito di specifiche tipologie contrattuali, caratterizzate da una precisa scelta normativa di ripartizione dei rischi contrattuali. Si può però constatare che proprio per il contratto di appalto, ove l'appaltatore esegue per definizione normativa la prestazione «a proprio rischio» (art. 1655 c.c.⁴²⁵), la legge predispose, fra le altre, una disciplina di favore per la conservazione del vincolo e, in mancanza, una forma di indennizzo per il contraente che normalmente sopporta il rischio degli eventi inerenti l'eseguibilità della prestazione.

Pur essendo tali norme, e in particolare la norma regolante le variazioni necessarie dell'appalto, di grande interesse ricostruttivo, è innegabile che di maggiore peso ai nostri fini sarebbe la previsione di un rimedio indennitario di ordine generale.

6. Segue: il possibile rilievo delle fattispecie 'restitutorie'

Tra le norme di applicazione generale che potrebbero aprire degli spiragli interpretativi nella nostra ricerca, si potrebbero considerare i rimedi restitutori regolati a conclusione del libro IV sulle obbligazioni del codice civile, subito prima delle obbligazioni legali «da delitto».

La prima fattispecie che viene in rilievo consiste nella «gestione di affari altrui» (art. 2028 sgg.⁴²⁶), anche se vi è un requisito applicativo che più degli altri sembra far emergere già *prima facie* un'incompatibilità con la nostra ipotesi: in particolare, il riferimento corre alla 'spontaneità' della gestione, ovvero alla assenza di vincolo giuridico nell'esecuzione dell'«affare» (invece assunto come dovuto per contratto e in virtù dei doveri di diligenza)⁴²⁷. Questo requisito applicativo sembra escludere ogni riferimento alla *negotiorum gestio* nella nostra ipotesi, al di là del fatto che ulteriore impedimento potrebbe derivare dal requisito della *absentia domini*, e da quello della totale o prevalente funzione altruistica riconosciuta dalla prevalente opinione⁴²⁸.

gamento del prezzo»); o gli artt. 1723 e 1725 c.c., in relazione alla revoca del mandato *in rem propriam*, riconducibile nella comune interpretazione a un recesso, che nelle ipotesi di recesso per giusta causa è per lo più riconducibile alle norme sul recesso nel rapporto d'opera (su cui v. le considerazioni svolte nel testo). Sulla sostanza del recesso, anche quando la legge fa ricorso ad altra terminologia ('revoca' o 'rinuncia' a proposito del mandato) cfr. G. De Nova, voce *Recesso*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1997, par. 4.

⁴²⁵ Art. 1655 c.c. («Nozione»): «L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro».

⁴²⁶ Art. 2028 c.c. («Obbligo di continuare la gestione»): «Chi senza esservi obbligato, assume scientemente la gestione di un affare altrui, è tenuto a continuarla e a condurla a termine finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da sé stesso. [...]».

⁴²⁷ V. infatti L. Aru, *Della gestione di affari altrui*, Art. 2028-2032, in *Comm. al c.c. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981, p. 4.

⁴²⁸ Secondo l'opinione dominante, la gestione dovrebbe essere altruistica, o comunque prevalentemente tale: F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 699. Questa impostazione, per la verità, sembra conoscere un'evoluzione in senso diverso in giurisprudenza. Recentemente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. Civ., S.U., sent. 04-07-2012 n. 11135, in *De Jure*), nell'affrontare la fattispecie della locazione da parte del comproprietario, nella lite proposta dal comproprietario non locatore, hanno optato per la qualificazione quale gestione di affari altrui. Le S.U. hanno aderito ad una interpretazione am-

Maggiore spazio potrebbe essere riconosciuto alle azioni di ‘ripetizione di indebito’ (art. 2033 c.c.) ed in particolare alla figura dell’indebito oggettivo, incentrato sulla ingiustificata attribuzione patrimoniale⁴²⁹.

Vero è che il problema messo in evidenza dalle fattispecie considerate concerne pagamenti a terzi soggetti (come operatori turistici in loco), ovvero obbligazioni essenzialmente di fare. Questa precisazione evidenzia alcuni aspetti problematici dell’invocazione della disciplina dell’indebito. Infatti, da una parte, rispetto ai terzi, l’obbligazione adempiuta non potrà dirsi indebita⁴³⁰. Dall’altra parte, rispetto alle prestazioni di fare si deve dar atto di un consistente filone interpretativo (dominante in giurisprudenza) che ritiene meglio applicabile ad esse la disciplina dell’arricchimento disciplinata dagli artt. 2041 ss. c.c. (su cui v. *infra*)⁴³¹. Il fondamento di quest’opinione sarebbe da rinvenirsi nella logica binaria, incentrata sull’oggetto della restituzione⁴³².

A fronte di queste difficoltà ermeneutiche, che si traducono in altrettante difficoltà applicative delle norme in questione, si deve dar atto che in dottrina alcuni Autori hanno messo in rilievo gli aspetti unificanti il fenomeno restitutorio (coinvol-

pià della gestione di affari, valorizzando l’art. 2032 c.c. che prevede la ratifica della gestione di affari atipica con applicazione delle regole sul mandato. In sostanza, ogni qualvolta sia individuabile un negozio di ratifica, anche tacito nei casi di inesistenza di obblighi formali, la mancanza di alcuno dei requisiti legali della gestione di affari viene ad essere sanata, e si applicano le regole previste per il mandato.

⁴²⁹ In virtù dell’art. 2033 c.c. («Indebito oggettivo»): «Chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha inoltre diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda». In materia di indebito, per un primo riferimento, si v. le opere di E. Moscati, *Pagamento dell’indebito*, Art. 2033-2040, in *Comm. al c.c. Scialoja-Branca, Zanichelli*, Bologna-Roma, 1981; P. Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti, I rimedi restitutori*, in R. Sacco (diretto da), *Tr. Dir. civ.*, Torino, 1996, e Id., voce *Ripetizione dell’indebito*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Addenda, Utet, Torino, 2012; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 319 sgg.; D. Carusi, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, Esi, Napoli, 2004; E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit.; G. Baraggioli, in A. D’Angelo (a cura di), *Le obbligazioni restitutorie*, Giappichelli, Torino, 2015. Con particolare riferimento alle ripetizioni per causa di nullità, v. G. Passagnoli, *Invalitità del contratto e restituzioni*, «Persona e Mercato», 2010, p. 100.

⁴³⁰ Pur con la precisazione che potrebbe porsi un problema di impossibilità/inutilizzabilità anche della prestazione nel rapporto coi terzi. V. infatti il caso concreto deciso da Tribunale di Milano, sent. 10-04-1989, cit., citato *supra* alla nota 349.

⁴³¹ Nonostante le perduranti incertezze, buona parte della dottrina ritiene più consona la riconduzione delle obbligazioni di fare ‘ingiustificate’ alle norme sull’arricchimento disciplinate dall’art. 2041 c.c., piuttosto che alla ripetizione di indebito, incentrando l’argomentazione sull’aspetto della ripetibilità. Così V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 949; E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit., pp. 98-99 e p. 197 sgg., ove anche riferimenti storici. In giurisprudenza su questa linea, Corte di Cassazione, 19-08-1992, n. 9675; e Corte di Cassazione, 08-11-2005, n. 21647, in *De Jure*, e di recente anche due pronunce delle Sezioni Unite (Corte di Cassazione, S.U., 27-01-2009, n. 1875; 11-09-2008 n. 23385, in *De Jure*). Per una ricognizione delle diverse posizioni (e per una propensione all’allargamento delle norme sull’indebito anche in materia di prestazioni di fare), v. G. Baraggioli, in A. D’Angelo (a cura di), *Le obbligazioni restitutorie*, cit., p. 124 sgg. e spec. p. 129. Cfr. anche la ampia ricognizione di F. Maiolo, in E. Bargelli (a cura di), *Ripetizione d’indebito*, Utet giuridica, Torino, 2014, ove si dà conto (p. 52) della presenza di – sporadiche – pronunce volte ad ammettere la ripetizione d’indebito anche per prestazioni di fare, pur se orientate prevalentemente (p. 62) a gestire le dazioni (di cose o denaro) con le ripetizioni e le prestazioni di fare con l’azione di arricchimento (p. 54 sgg.).

⁴³² In generale sui sistemi binari (indebito/arricchimento) ovvero unitari della disciplina delle restituzioni, si v. E. Bargelli, op. ult. cit., *passim* e spec. p. 128 sgg. e p. 423 sgg.; F. Maiolo, in E. Bargelli, *Ripetizione d’indebito*, cit., 43 sg.

gente dunque tanto la figura del pagamento indebito quanto quella dell'arricchimento senza causa)⁴³³, che consentirebbe di differenziare la disciplina sulla base degli effetti pratici e dei limiti ai quali ancorare la restituzione⁴³⁴. In quest'ottica, si osservano con interesse i possibili esiti di una estensione per via interpretativa del significato della nozione di 'pagamento non dovuto' previsto dalle norme di indebito, idoneo ad includere ogni forma di adempimento, anche consistente in un *facere*⁴³⁵.

Se non vi sono preclusioni dogmatiche a considerare governabile tramite la disciplina dell'indebito anche l'esecuzione delle prestazioni di fare, il problema resta incentrato soprattutto sulla prospettata assenza di un *accipiens*, che conferma i dubbi da cui siamo partiti.

Da una parte i terzi che ricevono un pagamento (in senso ampio), lo riceveranno sulla base di un rapporto distinto da quello con il creditore della prestazione. Si tratterebbe dunque di un rapporto che, salvo un collegamento negoziale necessario, e dunque una sostanziale trilateralità, dovrebbe seguire il suo destino autonomo rispetto alle vicende che interessano il rapporto colpito dalla inutilizzabilità sopravvenuta. Dall'altra parte, le prestazioni anticipate consistenti in un fare, se non dotate di autonomia (come in un rapporto di durata a prestazioni continuate o periodiche), queste stesse, in quanto preparatorie o accessorie, potrebbero rimanere interamente nella sfera del debitore. Potrebbe dunque non trattarsi, e sembra che in effetti non si tratti, di autentica restituzione⁴³⁶, come rapporto tra due determinati soggetti che abbiano uno ricevuto e uno dato (o fatto), ma di compensazione di un *quid* eseguito in vista dell'esecuzione compiuta della propria prestazione.

Un altro problema, posto dalle norme di indebito, interessa il *quantum* della restituzione. Per le prestazioni di fare, infatti, rilevata la difficoltà di configurarne la ripetizione, coloro che hanno ritenuto possibile ricorrere alle norme in tema di inde-

⁴³³ Si tratta dell'approccio di P. Gallo, *Ripetizione dell'indebito*, cit., par. 2.

⁴³⁴ Cfr. G. Baraggioli, op. ult. cit., p. 124 sgg. e spec. p. 129, ove si sottolinea il contenuto sostanziale del problema, ovvero sia il *quantum* della restituzione, avendo le norme sull'indebito un'anima 'restitutoria', mentre quelle sull'arricchimento un'anima indennitaria. Similmente F. Maiolo, op. ult. cit., p. 50, secondo cui l'ampliamento della nozione di 'pagamento', come sinonimo di adempimento determinerebbe che «il pagamento dell'indebito si configurerebbe, dunque, come un contenitore vuoto, nel quale rientrano tutti i tipi di prestazione non dovuta dal solvens e tuttavia accettata dall'*accipiens*: con la particolarità che, nei casi di prestazioni indebite di fare o non fare, non si potrà chiaramente restituire materialmente la prestazione eseguita, ma occorrerà individuare i criteri sulla base dei quali determinare un equivalente in denaro». Interessante è inoltre quanto riportato dall'A. a p. 66, sulla prospettiva adottata da certa dottrina, secondo cui è possibile interpretare le norme di arricchimento in maniera ampia (*recte*: derogatoria) per quanto riguarda il quantum indennitario, ritenendo applicabile sì l'arricchimento ingiustificato alle prestazioni di fare in rapporti di lavoro non subordinato, ma calcolando l'indennizzo su valori di mercato (e non nella minor somma tra arricchimento e depauperamento), così sostanzialmente estendendo l'art. 2126 c.c. (previsto come noto per 'salvare' le sole prestazioni di fare in rapporti di lavoro subordinato dichiarati nulli).

⁴³⁵ Su questa evoluzione interpretativa, v. le opere citate *supra* alle note precedenti.

⁴³⁶ Come mostrerebbe la originaria nascita del sistema delle *condictiones*, quello della restituzione di un *quid certum*. Sulla ricostruzione delle origini delle *condictiones*, si rinvia all'esteso e approfondito studio di A. Saccoccio, *Si certum petetur*, Giuffrè, Milano, 2002, ove si constata (613) la divergenza tra l'origine particolare del sistema delle *condictiones*, e l'affermarsi di modelli a vocazione generale negli ordinamenti moderni.

bito hanno prospettato diverse possibili soluzioni alternative del profilo quantitativo, sostanzialmente riconducibili a tre modelli⁴³⁷: un primo modello è quello del corrispettivo pattuito in contratto (rispetto al nostro problema, da considerare dunque come punto di partenza su cui operare una quantificazione in proporzione); un secondo modello, prevede la determinazione del corrispettivo ad opera del giudice sulla base del valore di mercato della prestazione, salvo la precisazione che si tenga conto di quanto pattuito in contratto; un terzo modello si incentra sull'arricchimento effettivamente conseguito, con evidente riconduzione della disciplina a quella degli artt. 2041 sgg. Come si è detto, l'ultimo modello appare prevalente in relazione alle prestazioni di fare; tuttavia, si deve rilevare che, per quanto concerne i primi due modelli, si tratta di soluzioni che hanno fatto entrambe comparsa in giurisprudenza e in dottrina⁴³⁸, e che dunque risultano tutti parimenti prospettabili. Si deve, altresì, considerare che il ruolo del contratto, riconosciuto anche nel secondo modello, mostra come non si possa prescindere dal dato di partenza costituito dall'equilibrio economico soggettivo, e che ad esso debba guardarsi principalmente, senza preclusioni di tipo dogmatico⁴³⁹.

Dunque, sembrano esservi nelle norme menzionate, alcuni spunti che aprono alla considerazione del pagamento indebito come norma fondante il dovere di compensare il debitore per le prestazioni svolte, nonostante permangano alcuni ostacoli alla sua invocazione.

È comunque necessario considerare anche quale ruolo possa essere rivestito dall'art. 2041 c.c. disciplinante l'«arricchimento senza causa»⁴⁴⁰. La natura sussidia-

⁴³⁷ Cfr. F. Maiolo, op. ult. cit., p. 79 sgg.

⁴³⁸ Id., op. loc. ult. cit., ed ivi dottrina e giurisprudenza citate.

⁴³⁹ La ragione che sottende al primo modello, come si precisa in Id. op. ult. cit., p. 80, è che non possa tenersi conto di un contratto nullo. Al di là dell'ovvia considerazione che non necessariamente di nullità si tratta (ed infatti ci stiamo occupando di un'ipotesi di risoluzione), il problema si dovrebbe incentrare anche in quel caso sulla ragione della nullità. Se anche l'aspetto dell'equilibrio economico possa dirsi colpito dalla causa di nullità, evidentemente solo il dato oggettivo esterno permetterà di individuare il corretto *quantum*; così anche per l'annullamento, ove effettivamente i vizi del volere possono mostrare una sensibilità rispetto al profilo economico. Viceversa, se si tratta di ipotesi di inefficacia del contratto, l'equilibrio economico iniziale deve considerarsi come elemento da tenere in massima considerazione quale elemento interpretativo dell'eventuale *quantum* restitutorio. Per alcuni spunti in questo senso, con approfondimenti comparatistici e linee di tendenza, A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 242 sgg.

⁴⁴⁰ In virtù dell'art. 2041 c.c., colui che «senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale». Sul tema, oltre alle opere già citate alle note 429 e 431 si v. l'ampia recente ricostruzione di A. Albanese, *L'azione di arricchimento senza causa*, in M. Franzoni, *Le obbligazioni*, III, Utet, Torino, 2005, p. 455 sgg.; P. D'Onofrio, *Dell'arricchimento senza causa, Art. 2041-2042*, in *Comm. al c.c. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981; S. Di Paola, R. Pardolesi, voce *Arricchimento*, I, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, II, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1988; F. Astone, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999; U. Breccia, *L'arricchimento senza causa*, in C.A. Cannata et al. (a cura di), *Obbligazioni e contratti*, I, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di Diritto Privato*, Utet, Torino, 1999; A. Trabucchi, voce *Arricchimento*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958. Di notevole interesse, in un'ottica trasversale ai rimedi restitutori, la ricerca di E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit.

ria dell'azione stabilita dall'art. 2042 c.c.⁴⁴¹ non sembra costituire un ostacolo alla sua applicazione, una volta che si ritenga non applicabile la normativa sull'indebito, e indagandosi l'esistenza di un appiglio normativo ad un fenomeno che tendenzialmente sfugge dalla riconduzione ad un parametro legale.

Alcuni elementi tuttavia sembrano ostacolare la sussumibilità della compensazione che si sta ricercando, nelle norme sull'arricchimento senza causa.

Primo fra essi è il requisito già richiamato per le norme in materia di appalto e contratto d'opera, della 'utilità' in cui consiste l'arricchimento del *locupletor*. Infatti, un arricchimento, nel caso di specie, sembra mancare del tutto, anche volendo intendere l'arricchimento come «risparmio di spesa»⁴⁴²; anzi, si dovrebbe caso mai parlare di un «impoverimento» rispetto al vantaggio che gli avrebbe dovuto arrecare l'esecuzione della prestazione divenuta poi inutile⁴⁴³. Posto che il risparmio di spesa viene interpretato anche come «mancata perdita economica»⁴⁴⁴, si potrebbe giungere a ritenere, pur con tutte le riserve del caso, che la prosecuzione della relazione contrattuale inutile avrebbe verosimilmente peggiorato la situazione patrimoniale e, in generale, gli interessi del creditore.

Il problema si sposta allora sull'ulteriore requisito applicativo della norma, consistente nella 'correlatività' tra arricchimento (*id est*: mancata perdita economica) e impoverimento in senso stretto, fra i quali, se sembra difficilmente ricostruibile un vincolo causale reciproco, potrebbe invece cogliersi la unicità del fatto costitutivo, consistente nel fatto sopravvenuto⁴⁴⁵: l'impoverimento del debitore è infatti dovuto direttamente dal fatto sopravvenuto e dalla mancata attuazione del programma negoziale a cagione di quel fatto stesso; la mancata perdita economica deriva, a sua volta, direttamente dal fatto sopravvenuto. Pur essendo del tutto estraneo – per definizione – il comportamento del debitore alla causazione dell'impoverimento, deve ammettersi che sia l'impoverimento che il presunto arricchimento derivano dal medesimo fatto, ovvero quello sopravvenuto; mentre non derivano l'uno dall'altro.

⁴⁴¹ Art. 2042 («Carattere sussidiario dell'azione»): «L'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito». Sul punto v. P. D'Onofrio, op. ult. cit., p. 592; con taglio critico, A. Di Majo, op. ult. cit. (2003), p. 325; p. 339.

⁴⁴² Ipotesi ritenuta pacificamente riconducibile all'ambito applicativo della norma sull'arricchimento senza causa: così già P. Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 1, e oggi A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 972. In giurisprudenza, di recente, Corte di Cassazione, 30-05-2007, n. 12700, in *De Jure*.

⁴⁴³ V. ancora una volta le osservazioni di U. Carnevali, op. loc. ult. cit.

⁴⁴⁴ Corte di Cassazione, 15-05-2009, n. 11330, in *De Jure*. Dà conto di questa evoluzione G. Bonilini, *Art. 2041*, in R. Lener (coordinato da), *Artt. 2028-2042*, in Gabrielli E. (diretto da), *Comm. del Cod. Civ.*, Utet Giuridica, Torino, 2014. La mancata perdita economica si distinguerebbe dal risparmio di spesa sotto il profilo della realtà di una diminuzione patrimoniale: il risparmio presuppone un esborso effettivo, mentre la mancata perdita presupporrebbe la inalterazione del patrimonio dell'arricchito, che avrebbe potuto diminuire se l'impoverito non avesse in qualche modo agito.

⁴⁴⁵ La correlatività è infatti per lo più interpretata come nesso derivazione diretta, anche se in materia vi è notevole incertezza, tra chi fa leva sul nesso causale tra i due eventi, e chi ammette una derivazione anche indiretta, ma pur sempre legata da un nesso eziologico; del dibattito (riportato come una questione in senso lato di politica del diritto degli arricchimenti indennizzabili) danno puntualmente conto S. Di Paola, R. Pardolesi, voce *Arricchimento*, cit., p. 5, ed ivi, oltre alle diverse opinioni, si ritrova anche l'interpretazione più accreditata in giurisprudenza che insiste sulla «unicità del fatto costitutivo».

Vi è però un dato di criticità innegabile: solo intendendo le norme in maniera estremamente ampia si potrebbe ricondurre all'art. 2041 c.c. anche i casi di inutilizzabilità. Infatti, non di arricchimenti si tratta⁴⁴⁶, ma di impoverimenti: vi sono essenzialmente e prevalentemente 'perdite, e non anche vantaggi' che derivano da una situazione di crisi del rapporto per sopravvenienza impeditiva inimputabile. Si tratta dunque di capire se tali perdite possano seguire un diverso regime che non sia quello del permanere in capo al contraente che le ha subite.

Prima di procedere oltre, e pur nella plausibile non invocabilità dell'art. 2041 c.c., vi è comunque un dato normativo che tale norma suggerisce in relazione all'aspetto del *quantum* indennitario. Infatti, trattandosi di una norma a chiusura dell'ordinamento⁴⁴⁷, sembra non secondario osservare come tale norma operi sul piano degli assetti economici.

A tal proposito, si ricorda che in base all'art. 2041 c.c. si discute se sia indennizzabile il «lucro cessante» ovvero solo il «danno emergente». Infatti, mentre può leggersi, anche di recente, in autorevoli testi di dottrina, che l'indirizzo di pensiero 'prevalente' anche in giurisprudenza sarebbe quello volto ad includere il mancato guadagno nell'indennizzo ex art. 2041 c.c.⁴⁴⁸, soprattutto quando l'attività del *solvens* sia «dedotta in un contratto (seppure inefficace)»⁴⁴⁹, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno di recente contestato siffatta interpretazione, affermando che

⁴⁴⁶ Arricchimenti che viceversa potrebbero esservi se si trattasse di inutilità della prestazione per raggiungimento dello scopo negoziale per altra via, come accade in quella particolare ipotesi incontrata sotto l'etichetta di «impossibilità della prestazione per raggiungimento dello scopo», su cui, v. *supra* Cap. 2, par. 6.

⁴⁴⁷ Il dato è valorizzato dal carattere sussidiario dell'azione, ma si ricava da tutta una serie di norme, dalle «pieghe del sistema». V. la trattazione di S. Di Paola, R. Pardolesi, voce *Arricchimento*, cit., p. 1. Si v. però le osservazioni critiche di A. Trabucchi, voce *Arricchimento*, cit., par. 3, laddove si osserva che nonostante l'intenzione del legislatore storico di assegnare alle norme sull'arricchimento portata generale, vi è ciò nonostante una tensione non eliminabile: «*nemini licet cum alterus iactura locupletari*, si dice, e va bene come aspirazione di un principio generale, ma non è meno valido il fondamento dell'altro principio per cui *qui iure suo utitur nemini facit iniuriam*, e non si potrà mai porre il fondamento di una pretesa nel fatto che altri abbia usato del suo diritto [...]. Se accanto alla giustificazione formalmente valida di ogni singola posizione giuridica, fossimo autorizzati a ricercare anche una diversa giustificazione delle sue conseguenze economiche, dovremmo ben dire che l'introduzione di un'azione generale di arricchimento sarebbe la più rivoluzionaria delle riforme. Ma così non può essere. [...]. Invero, anche nella sua applicazione, la sensibilità della generale coscienza giuridica ha avvertito che il rimedio non era posto per rifare l'ordinamento, ma solamente per integrare eccezionalmente le deficienti disposizioni del sistema legislativo».

⁴⁴⁸ Così A. Albanese, *L'azione di arricchimento*, cit., p. 447, affermando che l'indirizzo prevalente che include il mancato guadagno nell'indennizzo di cui all'art. 2041 c.c., si pone «in aderenza alla soluzione giurisprudenziale»; affermazione, almeno quest'ultima, forse revocabile in dubbio alla luce del successivo ed autorevole *dictum* delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di cui alla sentenza 11-09-2008 n. 23385, cit., (e su cui v. meglio *infra*). Circoscrive l'ampiezza della decisione delle Sezioni Unite al settore contrattuale «per molti versi ancora speciale, dei contratti con la Pubblica Amministrazione», E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 212, *ivi* affermando che comunque, la «giurisprudenza – seppure in modo non univoco – è orientata a calcolare l'indennizzo alla luce del valore dell'attività svolta dal solvens».

⁴⁴⁹ E. Bargelli, op. ult. cit., p. 209 sgg., ed *ivi* giurisprudenza citata.

la *deminutio patrimonii* di cui all'art. 2041 c.c. sarebbe costituita, al contrario, dal solo danno emergente⁴⁵⁰.

La *ratio* prevalente di tale espressa presa di posizione delle Sezioni Unite, consisterebbe nel fatto che l'art. 2041 c.c. dev'essere tenuto distinto dalle regole di responsabilità e dev'essere evitato, dal punto di vista dei rimedi, che esso divenga una sorta di 'doppione' della responsabilità aquiliana; cosa che avverrebbe qualora fosse garantito un ristoro integrale del danno che possa derivare dal fenomeno dell'arricchimento. Così facendo si sminuirebbe, inoltre, il dato testuale, che distingue la «diminuzione patrimoniale correlativa» dell'art. 2041 dal «danno» dell'art. 2043 e si dimenticherebbero, prosegue nella sua argomentazione la Corte, le origini e le finalità dell'istituto, previsto in ipotesi tassative incentrate sulla sola restituzione⁴⁵¹, eccezionali essendo le norme che invece dispongono, a mò di 'indennizzo', una restituzione più ampia o persino integrale⁴⁵².

La pronuncia da ultimo richiamata appare utile per sottolineare una tendenziale – ma, ci sembra, fondamentale – differenza di contenuti tra 'indennizzo' e 'compenso', dal punto di vista quantitativo ed anche qualitativo. L'indennizzo, o comunque, la tutela indennitaria è normalmente volta a limitare gli effetti pregiudizievoli di cer-

⁴⁵⁰ In questo senso, già A. Trabucchi, voce *Arricchimento*, cit., p. 71, distinguendo in tal modo le conseguenze dell'azione di arricchimento da quelle dell'azione di risarcimento del danno. In giurisprudenza, prima della sentenza a Sezioni Unite del 11-09-2008 n. 23385, cit., (con nota di A. Di Majo, in «Corr. Giur.», 2009, p. 59 sgg.) oltre alla 'capostipite' Corte di Cassazione, 12-07-1965, n. 1471, si sono orientate Corte di Cassazione, 23-07-2003, n. 11454, in *De Jure*, e, in seguito, Corte di Cassazione, 29-03-2005, n. 6570, e 26-09-2005, n. 18785, in *De Jure*.

⁴⁵¹ Si riportano alcuni passaggi della sentenza Corte di Cassazione, S.U. n. 11-09-2008 n. 23385, cit., di particolare pregnanza: l'arricchimento «necessariamente partecipa [alla funzione], in conseguenza, della disciplina e delle finalità sostanziali cui sono rivolte ed ispirate le disposizioni suddette, di eliminare l'iniquità prodottasi mediante uno spostamento patrimoniale privo di giustificazione di fronte al diritto, sancendone la restituzione: perciò disposta in funzione e nei limiti dell'arricchimento, e non già in dipendenza di una variabile legata al concreto ammontare del danno subito, come avviene nell'azione risarcitoria. Sicché soltanto questo e non altro può ritenersi il fondamento dell'istituto, sintetizzato da qualificati studiosi nella formula che l'azione è data non contro l'arricchimento o il danno, ma "per evitare l'arricchimento a danno altrui"». E ancora: «il fatto, poi, che il legislatore abbia inteso rimarcarne la valenza di rimedio generale dell'ordinamento [...] non autorizza il sostanziale equivoco che sta alla base dell'orientamento tuttora prevalente, di annullarne l'autonoma funzione recuperatoria, onde inglobarlo per imprecisati motivi di giustizia sostanziale, nell'ottica panaquiliana propria dell'art.2043 cod. civ.». Più oltre, trattando più specificamente la questione dell'applicazione dell'arricchimento in relazione a prestazioni professionali rese alla Pubblica Amministrazione in assenza di contratto valido, la Corte afferma che non «residua [...] spazio per trasformare l'azione restitutoria in un meccanismo rivolto ad assicurare il "giusto corrispettivo" dell'incarico, o dei lavori eseguiti; e comunque, più in generale, per garantire gli effetti sostanziali dell'azione contrattuale attraverso l'artificio di valutazioni parametriche. Ed anche allorché esperita nei confronti della P.A., la depauperazione di cui all'art. 2041 cod. civ., deve comprendere, come già affermato dalla lontana Cass. 1471/1965, tutto quanto il patrimonio ha perduto (in elementi ed in valore) rispetto alla propria precedente consistenza; ma non anche i benefici e le aspettative connessi con la controprestazione pattuita quale corrispettivo dell'opera, della fornitura, o della prestazione professionale, non percepito».

⁴⁵² Gli esempi sono molti, alcuni ricordati dalla citata sentenza Corte di Cassazione, S.U. n. 11-09-2008 n. 23385, cit: consumazione della cosa altrui, artt. 935 e 939 cod. civ.; accessione e specificazione, nei casi previsti dagli artt. 936 e. 940 cod. civ.; esecuzione del contratto di lavoro nullo, art. 2126 cod. civ.; ecc. Si tratta di ipotesi, in fondo, connesse alla natura non lecita, o non pienamente lecita degli arricchimenti così derivati.

La inutilizzabilità della prestazione

ti eventi che non hanno il carattere dell'illecito⁴⁵³; come tale, normalmente⁴⁵⁴, non si estende al profilo della remunerazione ovvero del lucro cessante. E ciò a differenza tanto del 'risarcimento' (profilo patologico), quanto del 'compenso' che, riguardando la dinamica fisiologica dei rapporti, soprattutto negoziali, è proprio incentrato sul lucro atteso dal contratto.

Nel nostro caso, allora, se si è correttamente inteso le peculiarità proprie dell'indennizzo, e anticipando alcune considerazioni sul *quantum* rispetto a quelle relative all'*an* dell'indennizzo in questione per ragioni di contiguità argomentativa, un'ottica compensativa estesa al lucro cessante dovrebbe essere ritenuta non ammissibile.

Evidentemente tale constatazione non dovrebbe valere per il caso dei contratti le cui prestazioni abbiano una natura autonoma: tali sono tipicamente i contratti a prestazioni continuate o periodiche (art. 1458, c.1 e, per il recesso, art. 1373, c.2, c.c.), per i quali la risoluzione intervenga dopo l'inizio di esecuzione, non avendo la risoluzione effetti retroattivi rispetto alle prestazioni già eseguite od in corso di esecuzione. Stabilendo la non retroattività degli effetti risolutorio-restitutori rispetto alle prestazioni legate ad un momento temporale antecedente al verificarsi della causa risolutoria, la legge prevede indirettamente che per il periodo pregresso il debitore abbia diritto non a un semplice indennizzo, bensì alla corresponsione dell'intero compenso dovuto per contratto. Viceversa, nelle ipotesi di contratti ad esecuzione istantanea (purché non ad effetti traslativi se i rischi della impossibilità siano già stati trasmessi ai sensi dell'art. 1465 c.c.) ma differita, tali compensi dovrebbero ritenersi, per quanto fin adesso osservato, esclusi.

Residua, tuttavia, un ambito di incertezza per le prestazioni che, pur inserite in contratti per così dire 'istantanei', siano caratterizzate da complessità, per cui possa cogliersene una natura sostanzialmente autonoma. E ancora, per quelle prestazioni anticipate accessorie, per cui una restituzione risulta non praticabile.

⁴⁵³ Nonostante i dubbi espressi in ordine alla mancanza di scientificità della distinzione e dell'autonomia di una categoria di 'indennità' o 'indennizzo', si è comunque tentato di scorgere un criterio tendenziale di assegnazione di rilevanza giuridica al termine: R. Scognamiglio, voce *Indennità*, in *Nov. Dig. It.*, VIII, Utet, Torino, 1962, p. 594; e C. Ciccarello, voce *Indennità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 99 (per il dubbio) e p. 105 (per la soluzione di una «nozione tipica di indennità» ovvero «in essa vanno ricomprese tutte le ipotesi in cui un soggetto è tenuto ad una prestazione in danaro, quale corrispettivo di un servizio da altri prestato, o in considerazione del sacrificio, consentito dalla legge, dell'altrui interesse») e più di recente A. Pubusa, voce *Indennità e indennizzo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Utet, Torino, 1993, laddove riconosce alla indennità o all'indennizzo una «funzione compensativa dovuta in presenza di un danno non antigiuridico». L'A. osserva infatti che le ipotesi di danno da fatto lecito (si v. anche gli artt. 1751, 876, 944, 1034, 1038, 1039, 1047, 1049, 1053, 1054 c.c.) risultano prevalenti numericamente rispetto a quelle in cui il ricorso del legislatore al termine 'indennità' non esclude l'illecito (ad es., artt. 937, 938, 1017, 2045, 2047 c.c.): Conferma di ciò si avrebbe anche nel carattere paradigmatico della fattispecie prevista dall'art. 42 Cost., ove la distinzione fra indennità e risarcimento è stata ricondotta a quella fra danno antigiuridico e danno sfornito di tale carattere. V. anche M.A. Mazzola, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Giuffrè, Milano, 2007, *passim*. Per la distinzione tra indennità e indennizzo nello specifico caso disciplinato dall'art. 1660 c.c., v. *supra*, in questo Cap., par. 5.

⁴⁵⁴ V. infatti le considerazioni svolte nelle due note che precedono circa le ipotesi che derogano a tale canone di 'normalità'.

La soluzione che viene comunemente sposata è quella del lasciare le perdite ove esse siano; si sta tuttavia cercando di verificare se questo sia un criterio rigido e da osservare senza eccezioni, ovvero correggibile in certe ipotesi, quale quella del verificarsi di sopravvenienze non imputabili alle parti che rendono il contratto privo di apprezzabile utilità residua.

7. Segue: riconsiderazione di alcuni criteri normativi generali; in particolare, l'art. 1464 c.c.

Si è già fatto cenno a come in dottrina si sia proposto di fondare l'ammissibilità di un indennizzo in relazione agli esborsi fatti in vista dell'esecuzione del contratto, poi impedita dalla sopravvenienza, sulla base di alcuni parametri normativi. Tra i vari criteri proposti, una norma in particolare sembra richiedere un approfondimento maggiore: l'art. 1464 c.c., regolante l'impossibilità parziale della prestazione.

I «principi sull'impossibilità parziale»⁴⁵⁵, in realtà non sembrano indicare una via sicura per la soluzione del problema. La norma prevede infatti solo la possibilità di chiedere la riduzione equitativa della prestazione ovvero di esercitare il recesso dal contratto. Un ambito di poteri che sembra avere ad oggetto la sola posizione creditoria: è il creditore che può ridurre la propria prestazione ovvero recedere; nulla prevede invece la norma circa la necessità di compensare in qualche modo la controparte a seguito dello scioglimento del contratto⁴⁵⁶.

È pur vero che la riduzione (*recte*: il diritto di autoridurre la propria prestazione) postula un riferimento all'equilibrio complessivo del contratto; su questa base potrebbero forse esservi spazi per un ragionamento di tipo estensivo, in particolare approfondendo i profili di doverosità del diritto di riduzione, con particolare riferimento ai doveri di correttezza e buona fede. In quest'ottica si potrebbe dunque sostenere che tramite la riduzione – non più facoltativa ma coattiva – si giunga all'esito di riconoscere un indennizzo alla controparte. Certo, sul piano delle categorie giuridiche non vi è corrispondenza alla sostanza delle cose: il rapporto contrattuale si assume privo di utilità, e dunque deve essere sciolto, con la necessità di regolare le eventuali perdite esistenti; invece nella riduzione, l'ottica è opposta, perché presuppone il perdurare in vita del rapporto, la sua manutenzione, seppur a condizioni riequilibrata. Ed anche il riferimento all'interesse creditorio oggettivo (l'utilità creditoria) che presuppone la riduzione quale rimedio conservativo del contratto, risulta inesistente in questo caso; con il che si rafforza il convincimento che non siano questi i richiamati 'principi della impossibilità parziale' a cui possa farsi riferimento nel ricercare un appiglio normativo al riconoscimento di un indennizzo.

Non sembra dunque inutile, alla luce dei profili di incertezza mostrati dall'analisi svolta, concentrare adesso la nostra attenzione sul rimedio caducatorio

⁴⁵⁵ Cui fa testuale riferimento A. Di Majo, *Art. 1173-1176*, cit. (1988), p. 276.

⁴⁵⁶ Il problema della compensazione non sembra porsi, invece, nell'ipotesi in cui il creditore riduca la propria prestazione ad equità, la quale dovrebbe tener conto delle eventuali spese sostenute dal debitore prima della impossibilità.

predisposto dall'art. 1464 c.c.: il recesso⁴⁵⁷. Il recesso, nella sua natura di diritto potestativo, rimesso alla volontà di una delle parti di un contratto, potrebbe infatti giocare un ruolo interessante in una fattispecie, la inutilizzabilità, in cui è sostanzialmente una parte, il creditore, a manifestare l'esigenza e la volontà di far valere la inidoneità del contratto al soddisfacimento del proprio interesse. Sotto questo profilo, anzi, sembrerebbe doversi riconoscere che l'art. 1464 c.c. e non l'art. 1463 c.c. sia più adatto a regolare il caso concreto, rimettendo alla volontà della parte interessata l'effetto giuridico stesso⁴⁵⁸.

Preliminarmente si ricorda come, in via generale, la dottrina abbia elaborato una classificazione sulla base di quelle che sono le varie possibili funzioni del recesso, individuabili tanto nei casi di recesso legale che convenzionale⁴⁵⁹. Tra le diverse funzioni⁴⁶⁰ riconosciute dalla dottrina all'atto negoziale di recesso⁴⁶¹, ai nostri fini

⁴⁵⁷ Solo un accenno merita la questione della natura del recesso di cui all'art. 1464 c.c., se di autentico diritto sostanziale ad esercizio stragiudiziale, ovvero di recesso 'a necessario esercizio giudiziale' – che equivarrebbe ad una ordinaria azione di risoluzione – si tratti; opinione quest'ultima, che si riferisce come «diffusa tra gli interpreti» (tra i sostenitori si cita Mirabelli). Pur non essendo del tutto priva di giustificazione, una tale ricostruzione «è in aperto contrasto con la lettera della norma ed è probabilmente più corretta la ricostruzione nel senso dell'immediata efficacia del recesso». Così G. Gabrielli, F. Padovini, voce *Recesso*, cit., par. 4.

⁴⁵⁸ Rileva questo aspetto, S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, cit., par. 5, ritenendo che la distinzione tra impossibilità di fruire e concreta obiettiva inutilità della prestazione consente di «rimettere al creditore la valutazione sulla fruibilità subiettiva della prestazione ove alla stipula del contratto costui fosse stato indotto da motivi diversi da quello obiettivatosi come causa concreta. Quindi» prosegue l'A. «anziché l'automatismo di una fattispecie risolutiva, è da ritenere che si mostri più acconcia, in ipotesi consimili, la concorrente figura di un recesso *ad nutum*».

⁴⁵⁹ V. le considerazioni di G. Gabrielli, F. Padovini, op. loc. ult. cit., laddove valorizzano la vicinanza sistematica e giuridica tra mutuo dissenso e recesso convenzionale

⁴⁶⁰ Ad esempio, per G. De Nova, *Recesso*, cit. (1997), par. 1, afferma che «il recesso convenzionale, così come il recesso legale, può svolgere funzioni diverse. Una prima funzione è quella di dare un termine a contratti di durata che ne siano privi (recesso determinativo); una seconda funzione è quella di consentire alla parte di impugnare il contratto per la presenza di vizi originari o sopravvenuti (recesso come mezzo di impugnazione); una terza funzione è quella di consentire alla parte, nei contratti di durata perpetui o a lungo termine, di sciogliersi dal rapporto, venuto meno il suo interesse (recesso come *ius poenitendi*); una quarta funzione è quella di consentire alla parte, che ha concluso il contratto a seguito di un approccio aggressivo, di recedere in limine (recesso iniziale); una quinta funzione è quella di consentire il recesso alla parte considerata più debole (recesso di protezione); una sesta funzione è quella di consentire alla parte, di fronte ad una modificazione importante delle condizioni contrattuali, di sciogliersi dal vincolo (recesso per modificazione dei presupposti)». Più semplice, e per la verità più seguita (cfr. ad es. G. Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., p. 673; P. Sirena, *Il Recesso*, in M. Costanza (a cura di), *Il-Effetti*, in V. Roppo (diretto da), *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 116 e p. 119; M. Dellacasa, *Il recesso unilaterale*, in G. Visintini, (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, Vol. I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 643 sgg., il quale ritiene la classificazione tripartita di seguito indicata come quella accolta oggi «dalla dottrina più accreditata»), la classificazione proposta da G. Gabrielli, F. Padovini, voce *Recesso*, cit., articolata in tre funzioni: determinativa, impugnativa o di pentimento.

⁴⁶¹ La natura negoziale del recesso è condivisa dai più: v. ancora G. Gabrielli, F. Padovini, op. ult. cit., par. 6, che *ivi* in nota 94, danno conto dell'autorevole e risalente (1950) opinione di Pietro Rescigno. Il dibattito sembra invece tuttora aperto per quella figura di recesso c.d. determinativo, concernente i contratti a tempo indeterminato, ove il recesso consisterebbe in un atto in grado di consentire l'individuazione delle prestazioni contrattuali. Gli Illustri Autori citati, (l'opinione è però condivisa dalla maggioritaria dottrina e giustificata dalla possibile funzione regolatoria del contratto: cfr. ad es. R. Sacco

interessa soprattutto la ‘funzione impugnativa’ (o di autotutela⁴⁶²) che si ritiene riscontrabile nei casi di «vizi originari o sopravvenuti del contratto»⁴⁶³, a cui potrebbe ricondursi anche l’ipotesi prevista dall’art. 1464 c.c.⁴⁶⁴ (oltre a quella funzione, non riconosciuta da tutti, di recesso per «sopravvenuta modificazione dei presupposti»⁴⁶⁵).

L’ambito applicativo delle ipotesi tipiche di recesso impugnatorio⁴⁶⁶ è suscettibile di un’interpretazione estensiva, ogni qual volta la legge faccia riferimento a norme del tipo clausole generali (quali ‘giusta causa’, ‘gravi motivi’, ‘giustificato motivo’, ecc.). La natura intrinsecamente aperta di tali norme consente di includere tra i fattori legittimanti il recesso, anche le «alterazioni del rapporto contrattuale» non imputabili alla controparte⁴⁶⁷. Evidentemente, mentre nelle ipotesi di recesso previste specificamente per i singoli contratti, si tratta di interpretazione dell’ambito applicativo di uno specifico rimedio legale, più complessa risulta l’estensione dell’ambito applicativo di una norma generale, l’art. 1464 c.c., che si colloca in un contesto apparentemente ben preciso: l’impossibilità materiale quantitativa, rispetto a prestazioni divisibili.

in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, II, cit., p. 10 sgg.) precisano che la nozione legale di contratto possa ben ricomprendere anche un atto privato con la funzione di specificare l’ambito oggettivo di un precedente atto di autonomia privata.

⁴⁶² Terminologia, questa, adottata, fra gli altri, da V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 551 sgg.

⁴⁶³ Così G. De Nova, voce *Recesso*, cit. (1997), par. 1

⁴⁶⁴ L’opinione non desta particolari problemi. Cfr. M. Dellacasa, op. ult. cit., p. 646; V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 553.

⁴⁶⁵ Per la quale si v. G. De Nova, op. ult. cit., par. 4, «Vi è poi il recesso per modificazione dei presupposti, che ha la funzione di sciogliere il contratto a fronte dell’esercizio, da parte dell’altro contraente, dello *ius variandi*, cioè del potere di variare unilateralmente i termini del contratto. Così il diritto del cliente di recedere «senza penalità e di ottenere, in sede di liquidazione del rapporto, l’applicazione delle condizioni precedentemente in essere», nel caso di modifica delle condizioni contrattuali da parte dell’ente creditizio o finanziario; così, già nel codice civile, il diritto del socio dissenziente di «recedere dalla società e di ottenere il rimborso delle proprie azioni, secondo il prezzo medio dell’ultimo semestre, se queste sono quotate in borsa, o, in caso contrario, in proporzione del patrimonio sociale risultante dal bilancio dell’ultimo esercizio» nel caso di deliberazioni di cambiamento dell’oggetto o del tipo di società o di trasferimento della sede sociale all’estero o di fusione di una società quotata in borsa in società non quotata; il diritto dell’appaltatore di “recedere dal contratto e [...] ottenere, secondo le circostanze, un’equa indennità” nel caso di variazioni necessarie del progetto da parte del committente che superano il sesto del prezzo complessivo convenuto». Quest’ultima ipotesi, così intesa, sembra difficilmente distinguersi dal recesso impugnativo (cui la riconduce infatti V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 553); diversa è quella accezione del rimedio, che si è fatta strada in giurisprudenza, di recesso «per venir meno della presupposizione», introdotto, come meglio si dirà, da Cass. 12235/07, e su cui cfr. fin da ora M. Ambrosoli, voce *Recesso*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 2014: «la giurisprudenza ammette anche il recesso operato in ragione del venire meno dei presupposti contrattuali».

⁴⁶⁶ Cfr. ad es., nel codice civile, gli artt. 24, c. 3 («Recesso ed esclusione degli associati»): 1627 («Morte dell’affittuario»); 1660, c. 2 e 3 («Variazioni necessarie del progetto»); 1674 («Morte dell’appaltatore»); 1723, c.1 («Revocabilità del mandato»); 1725 («Revoca del mandato oneroso»); 1726 («Revoca del mandato collettivo»); 1727 («Rinuncia del mandatario»); 1809, c. 2 («Restituzione»); 1810 («Comodato senza determinazione di durata»); 1898, c. 2 e 3 («Aggravamento del rischio»); 2119 («Recesso per giusta causa»); 2237, c. 2 («Recesso»); 2285, c. 2 («Recesso del socio»); 2286 («Esclusione»); 2383, c. 3 («Nomina e revoca degli amministratori»); 2437 c.c. («Diritto di recesso»).

⁴⁶⁷ Così M. Dellacasa. op. ult. cit., p. 659 e V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 552.

La inutilizzabilità della prestazione

Si è potuto considerare, invece⁴⁶⁸, che una parte della dottrina abbia intravisto nell'art. 1464 c.c. una norma a vocazione più generale, tale quantomeno da legittimare la prospettazione di un ampliamento del suo ambito applicativo alle sopravvenienze di tipo qualitativo.

Seguendo tale percorso interpretativo, alla luce delle plurime funzioni riconosciute al recesso, potrebbe dunque essere rinvenuto nell'art. 1464 c.c. un possibile fondamento normativo generale del rimedio caducatorio del contratto per venir meno dell'interesse creditorio. Ciò tanto più in considerazione del fatto che in Dottrina, di recente, si è fatta largo l'ipotesi che il recesso possa non avere natura tassativa ed eccezionale⁴⁶⁹, ma possa essere previsto anche quale rimedio di ordine generale in certe tipologie contrattuali al di là dei contratti continuativi a tempo indeterminato, tradizionalmente costituenti la categoria in cui si è sempre ritenuto implicito il diritto di recedere dal contratto⁴⁷⁰.

Ora, anche ammesso che l'art. 1464 possa avere una tale funzione, l'analisi deve concentrarsi sugli effetti.

La prima questione è se al recesso legale ex art. 1464 c.c. si debbano applicare le – scarse – regole previste dall'art. 1373 c.c. per il recesso convenzionale nella parte in cui è inibita la possibilità di esperire il recesso a seguito di un inizio di esecuzione che l'art. 1373 c.c. Il problema concerne evidentemente i soli contratti ad esecuzione 'istantanea' e richiede di interrogarsi, in un secondo momento, anche su quando si abbia «inizio dell'esecuzione»⁴⁷¹, con particolare riferimento alle prestazioni accessorie e preparatorie cui si è fatto cenno.

⁴⁶⁸ *Supra*, Cap. 2, par. 2 sgg.

⁴⁶⁹ Questa la ricostruzione di M. Dellacasa, op. ult. cit., p. 666 sgg. Al quesito posto dal titolo del par. 7 («è esperibile il recesso al di fuori dei casi previsti dalla legge?»), l'A. offre «spunti a favore di una risposta affermativa» (titolo del par. 8), quando «l'inadempimento ha già leso gravemente l'interesse del creditore» e non è necessario passare per l'iter procedimentale stragiudiziale costituito dalla diffida ad adempiere (p. 673). Oltre ad un'analisi delle proposte di regolazione uniformi, che confortano la ricostruzione dell'A., si valorizza il dato della reale inutilità (per la parte e per il sistema giuridico) di richiedere un ricorso ex art. 1453 c.c. ogni qual volta il contraente che lamenta l'inadempimento di controparte, non abbia interesse a chiedere una pronuncia risarcitoria. E parimenti, la risoluzione per diffida potrebbe risultare «inadeguata alle esigenze della parte che ha perso interesse per l'attuazione del contratto, in quanto concede all'inadempiente la possibilità di recuperare il rapporto contrattuale eseguendo la prestazione entro il termine a lui assegnato» (p. 674); facoltà di recupero che invece, per un giustificato motivo non si intende concedere. Si tratta di una ricostruzione che si pone in dichiarato contrasto (p. 669) con la opinione che ritiene la natura eccezionale delle norme che prevedono il recesso, salvo il caso dei contratti ad esecuzione continuata (G. Gabrielli, F. Padovini, op. ult. cit., par. 4).

⁴⁷⁰ Per evitare, «nel rispetto dei doveri di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, la perpetuità del vincolo obbligatorio». G. Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., pp. 672-673, ed *ivi* giurisprudenza citata.

⁴⁷¹ Dà conto del problema V. Roppo, op. ult. cit., p. 545, laddove ricorda che «la giurisprudenza indurisce la regola [fissata dal 1373 c.c. n.d.r.], affermando che l'inizio dell'esecuzione preclude il recesso anche se non sia ancora consumato il termine eventualmente previsto per il suo esercizio; ma poi l'ammorbidisce, precisando che gli atti di esecuzione preclusivi del recesso sono solo quelli posteriori alla conclusione del contratto, mentre non lo impediscono atti esecutivi anteriori o contestuali (come la dazione di caparre o acconti)». Per un'applicazione, si v. il principio affermato da Corte di Cassazione, 28-10-1982, n. 5641 (solo massima), in «Mass. Giur. it.», 1982, laddove si è ritenuto, in materia di contratto preliminare, che il compimento di «obbligazioni (particolari) di vario genere» dunque accessorie a quella principale (come il «pagamento di una rata di prezzo alla scadenza fissata dal contratto») succes-

Circa la prima questione, l'opinione consegnataci dall'interpretazione tradizionale è che l'art. 1373 c.c. sia deputato a regolare solo il caso del recesso convenzionale e non anche quello legale⁴⁷². Per l'interpretazione corrente, dunque, il contraente non impossibilitato può recedere quantunque la prestazione sia iniziata⁴⁷³. Se così è, tuttavia, il secondo aspetto problematico perde d'interesse, non essendo più rilevante individuare quando si abbia inizio di esecuzione.

Ad ogni modo resta un limite intrinseco, non potendo sciogliersi per recesso un contratto che, istantaneamente, abbia prodotto già i suoi effetti giuridici.

Risulta allora necessario che i contratti per cui si pone il problema siano comunque caratterizzati dall'elemento caratteristico del tempo (classico esempio dato dalla dilazione nel tempo dell'esecuzione, ovvero nel differimento della stessa, ovvero di quei contratti a prestazione istantanea ma complessa) e dalla assenza di una regola legale o convenzionale di ripartizione del rischio⁴⁷⁴.

L'altra questione che rileva ai nostri fini, attiene agli effetti del recesso.

Nel caso dei contratti di durata (a prestazioni continuate o periodiche), l'efficacia *ex nunc* del recesso si ritiene avere portata generale. Dunque, sotto questo profilo, l'art. 1373 c.c. sarebbe norma applicabile anche ai recessi legali, in quanto espressione di un principio confortato da altre norme e, in particolare, dall'art. 1458 c.c. che prevede i medesimi effetti risolutivi (*ex nunc*), per tali tipologie contrattuali. Dunque, per tale tipologia di contratti, il recesso consentirebbe di risolvere in maniera soddisfacente la questione della compensazione del creditore; ed infatti, nella salvezza delle prestazioni già svolte, dovrebbero rientrare tutte le voci di compenso contrattualmente previste, naturalmente includenti i costi derivanti dalle prestazioni accessorie o preparatorie. Peraltro, riconosciuta l'applicabilità dell'art. 1458 c.c. anche alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 c.c., tale aspetto non consentirebbe di differenziare i due rimedi, se non sotto il profilo delle modalità di esercizio del diritto per via stragiudiziale o giudiziale.

Al di fuori di tali tipologie, la dottrina maggioritaria⁴⁷⁵ è decisamente orientata verso la retroattività del recesso⁴⁷⁶, il che, equiparando il recesso ex art. 1464 alla

sivo alla stipula (ma non contemporaneo equivallesse ad inizio di esecuzione, con l'effetto di precludere il recesso convenzionalmente pattuito. Sul punto v. però le osservazioni di C. Cossu, *Il recesso*, in G. Alpa, M. Bessone (diretto da), *I contratti in generale*, in W. Bigiavi (fondata da), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Utet, Torino, 1991, p. 446 sgg. In particolare l'A. ricorda come, ad esempio, il versamento di acconti non sia considerato dalla giurisprudenza tecnicamente quale «inizio di esecuzione».

⁴⁷² Argomento che, si osserva, sembra originare da un'interpretazione storica che non trova riscontro né nella rubrica, né nel testo della norma.

⁴⁷³ In giurisprudenza, risolvendo a monte il problema, si afferma comunemente che il limite temporale posto dall'art. 1373 c.c. all'esercizio del diritto di recesso si applica soltanto al recesso convenzionale e non a quello legale. Si v. ad esempio Corte di Cassazione, 28-12-1993, n. 12860 (a proposito del recesso previsto dall'art. 1385 c.c.). Ribadiscono il punto, G. Gabrielli, F. Padovini, op. ult. cit., par. 2. Invocando a conforto i precedenti di Corte di Cassazione, 16-05-1962 n. 1098, in «Riv. Dir. Comm.», 1963, II, p. 110, e di Corte di Cassazione, 16-10-1967 n. 2485 in «Foro it.», 1968, I, p. 1299 sgg.

⁴⁷⁴ Come ad es. l'art. 1465 c.c., norma in cui si formula positivamente il principio del *res perit domino*, particolarmente rilevante per la categoria dei contratti traslativi, costituenti, come avverte V. Roppo, op. ult. cit., p. 546, «buona parte dei contratti ad esecuzione istantanea».

⁴⁷⁵ Ne danno conto, G. Gabrielli, F. Padovini, op. ult. cit., par. 5 e 4.

risoluzione ex art. 1463 c.c., finisce per lasciare intatto il problema della possibilità di deroga alla retroattività del recesso stesso.

Diviene dunque necessario indagare altrove.

8. Segue: l'art. 1328 c.c. e la correttezza informativa

In dottrina⁴⁷⁷, al fine di sostenere la necessità di compensazione del debitore che subisce la risoluzione, si è invocato, oltre ai principi relativi alla impossibilità parziale, anche la norma dell'art. 1328 c.c. In virtù di tale disposizione, laddove l'oblato di una proposta contrattuale abbia «intrapreso in buona fede l'esecuzione», prima di conoscere l'intervenuta revoca della proposta, dovrà essere indennizzato, come stabilisce la norma, delle «spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione»⁴⁷⁸.

La norma fa perno sul principio di affidamento⁴⁷⁹, che ha un certo ruolo anche in materia di sopravvenienze inimputabili. In questo caso, si osserva, vi sarebbe un obbligo di indennizzo che prescinde completamente dalla sussistenza di una colpa e che concerne il mero fatto dell'inizio di esecuzione⁴⁸⁰.

Nonostante ciò, una prima considerazione sembra impedire il ricorso a tale norma per fondare un diritto all'indennizzo per sopravvenienza inimputabile: mentre l'art. 1328 c.c. fa riferimento alle conseguenze che derivano dall'esercizio – legittimo ma dannoso – di un vero e proprio diritto (quello di revocare una proposta contrattuale prima che il contratto «sia concluso»), nella fattispecie di cui ci stiamo occupando non vi è alcun esercizio volontario di un diritto potenzialmente dannoso; è la realtà che muta senza che giochi alcun ruolo la volontà o il contegno dei paciscenti. Ed allora, mentre l'indennizzo è previsto per il caso di esercizio di un atto lecito dannoso, questo indennizzo non dovrebbe essere consentito in assenza di un atto volontario⁴⁸¹ riconducibile alla parte.

⁴⁷⁶ E salva la natura obbligatoria della retroattività e non reale, con salvezza dunque dei diritti dei terzi. G. Gabrielli, F. Padovini, op. ult. cit., par. 5. A. Lombardi, *La risoluzione*, cit., p. 172 sgg.; M. TAMPONI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 1550.

⁴⁷⁷ È la prospettazione, solo cennata di G. Stella, op. ult. cit., p. 261

⁴⁷⁸ L'interpretazione dell'art. 1328 c.c. quale ipotesi di 'atto lecito dannoso' (in contrapposizione ad una fattispecie di responsabilità pre-contrattuale) è la più condivisa fra gli interpreti: F. Camerieri, *La conclusione del contratto, Parte Prima*, in G. Alpa, M. Bessone (diretto da), *I contratti in generale*, cit. (1991), p. 136 sg.; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale, Art. 1321-1352*, in *Comm. al c.c. Scialoja-Branca, Zanichelli*, Bologna-Roma, 1970, p. 128; A. Natucci, *Vicende preclusive, preparatorie, condizionanti*, in C. Granelli (a cura di), *La formazione, I*, in V. Roppo (diretto da), *Tr. del Contratto*, cit., p. 340 sgg.; e V. Roppo, *Il contratto*, cit. (2001), p. 152.

⁴⁷⁹ V. Roppo, op. loc. ult. cit., il quale sottolinea come la norma sia prevista per l'oblato e non anche per il proponente, posto che quest'ultimo «non ha ragione di confidare nella conclusione del contratto, perché non sa nulla dell'atteggiamento di controparte circa il contratto».

⁴⁸⁰ G. Stella, op. loc. ult. cit.

⁴⁸¹ Sul dibattito relativo alla natura di atto giuridico, atto negoziale o atto pre-negoziale della proposta e dell'accettazione, con tendenziale prevalenza della qualificazione negoziale (sia pure pre-contrattuale), si rinvia alle precisazioni di F. Macario, G. Amadio, *Diritto civile*, cit., p. 670.

Potrebbe però darsi una diversa soluzione basata sul canone ermeneutico dell'argomento *a fortiori*⁴⁸². In particolare, si potrebbe ritenere che, essendo previsto dall'art. 1328 c.c. un indennizzo per le perdite subite in fase pre-contrattuale dovute ad una esecuzione in buona fede, *a fortiori* dovrebbero essere indennizzate, in qualche modo, anche le perdite subite dopo l'avvenuta stipula di un contratto. In altre parole: se è tutelato l'affidamento pre-contrattuale, a maggior ragione dovrebbe essere tutelato quello contrattuale, ove un vincolo giuridico pieno e compiuto è formato e vigente.

L'incertezza, che riguarda questo profilo dell'art. 1328 c.c., non coinvolge il problema del *quantum* risarcitorio. La norma prevede, infatti, che debbano essere indennizzate le spese e le perdite «per l'iniziata esecuzione». Si tratta dunque di un criterio indennitario rivolto alla sola attività esecutiva, senza avere riguardo ai possibili guadagni del debitore. Si indennizzano i *costi* di ciò che il debitore ha già fatto, non anche le perdite di ciò che avrebbe potuto fare (ad esempio, per non aver contratto con terzi). Il problema delle perdite indirette, che consistono nei 'mancati guadagni', fuoriescono dal nostro problema. Nel nostro caso, come si è già avuto modo di precisare, il problema è infatti quello della limitazione (o meglio, della condivisione) delle perdite.

Tuttavia, se, da un lato, il mancato guadagno è normalmente riconducibile all'ambito della responsabilità, salve le ipotesi in cui la compensazione è prevista quale sorta di 'corrispettivo' dell'esercizio di un diritto⁴⁸³, dall'altro lato la condivisione delle perdite non sembra propriamente l'ottica dell'art. 1328 c.c.

La norma, infatti, sposta su una sola parte (il proponente) il costo delle perdite patite dall'oblatore (accettante) in ragione dell'inizio di esecuzione. Quelle perdite – tutte quelle perdite – sono dunque traslate interamente da una parte all'altra. L'effetto concreto della norma sembra allora confermarne la *ratio*, e, con essa, il dubbio da cui si è partiti: vi sarebbe, in sostanza, una sorta di responsabilità della parte recedente dalle trattative per atto lecito dannoso da lesione dell'affidamento della controparte.

Se questa è la *ratio* della norma in esame, al di là dei dubbi che si sono rilevati più sopra, sembra allora definitivamente escluso che l'art. 1328 c.c. possa fondare un argomento idoneo a sostenere il diritto all'indennizzo che si sta cercando.

Il richiamo dottrinale all'art. 1328 c.c. si collega ad un altro tema, più generale, che è quello della correttezza informativa tra le parti della relazione giuridica. Si tratta di un tema a cui fa riferimento la stessa giurisprudenza in materia di inutilizzabilità.

La Suprema Corte ha espressamente configurato un vero e proprio dovere in capo al creditore della prestazione divenuta inutile di 'avvisare il debitore' dell'inutilità sopravvenuta. In mancanza di tale avviso, si afferma, il creditore do-

⁴⁸² Una esplicitazione del meccanismo di funzionamento dell'argomento *a fortiori*, si trova in R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 282 sgg. Per alcuni cenni, G. Tarello, voce *Argomenti interpretativi*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1987.

⁴⁸³ Esempio l'ipotesi della compensazione da recesso *ad nutum* nel contratto d'opera e nel contratto d'appalto, (rispettivamente artt. 2222 e 1671 c.c.), già ricordata.

vrebbe essere tenuto al risarcimento dei danni subiti dall'altra parte (per la avvenuta risoluzione del contratto)⁴⁸⁴.

Il principio di diritto affermato, evidentemente, non è nuovo, e si lega al dovere di informativa reciproca tra le parti contrattuali, da tempo rinvenibile in giurisprudenza⁴⁸⁵, riconducibile più in generale ai doveri di correttezza⁴⁸⁶.

Le conseguenze giuridiche riconosciute alla violazione del precetto di correttezza informativa nel caso di specie, necessitano però una riflessione.

Infatti, la violazione del dovere informativo non comporta la preclusione del rimedio della caducazione per inutilizzabilità. Viene invece a configurarsi un'autonoma (e dunque concorrente) azione di risarcimento danni da parte del debitore. La soluzione, tuttavia, sul piano degli effetti concreti della tutela rischia di coincidere con l'adempimento del contratto. Il danno, infatti, consiste nel danno emergente e nel lucro cessante che derivano dall'esecuzione o dalla mancata esecuzione della prestazione. Peraltro, il risarcimento si avrebbe anche in assenza della prestazione debitoria (il creditore deve il risarcimento, il debitore non deve più la propria prestazione), con risultati di dubbia tenuta logico-giuridica⁴⁸⁷, oltre che di razionalità pratica.

Più coerentemente, dunque, il danno risarcibile in questa fattispecie dovrebbe essere limitato ad un danno da ritardata informazione, consistente in quelle spese e in quelle perdite derivanti dalla tardiva informazione dovuta.

Il mancato avviso, o meglio, il mancato tempestivo avviso potrebbe assumere rilievo per la concreta quantificazione dell'indennizzo per sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione, del quale stiamo cercando un possibile fondamento.

Le norme passate in rassegna aprono alcuni spiragli per rinvenire un fondamento legale per l'indennizzo dovuto al contraente impoverito. Se si ritenesse più confa-

⁴⁸⁴ Chiaramente Corte di Cassazione, 24-07-2007, n. 16315, cit.: «il principio di buona fede oggettiva o correttezza (quale generale principio di solidarietà sociale che trova applicazione a prescindere alla sussistenza di specifici obblighi contrattuali, imponendo al soggetto di mantenere nei rapporti della vita di relazione un comportamento leale, specificantesi in obblighi di informazione e di avviso, nonchè volto alla salvaguardia dell'utilità altrui nei limiti dell'apprezzabile sacrificio, dalla cui violazione conseguono profili di responsabilità in ordine ai falsi affidamenti anche solo colposamente ingenerati nei terzi) impone invero al creditore di avvisare il debitore dell'inutilità della prestazione, essendo in difetto tenuto al risarcimento dei danni».

⁴⁸⁵ Cfr. ad es. Corte di Cassazione, 20-02-2006, n. 3651, in *De Jure*; Corte di Cassazione, 29-05-1998, n. 5297, in *De Jure*.

⁴⁸⁶ Tra i tanti: V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 177 sgg.; L. Bigliuzzi Geri, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1988, che in proposito si riferisce ai «cosiddetti obblighi accessori di prestazione, implicanti il compimento di tutti quegli atti che, benché non esplicitamente dedotti in obbligazione, risultino indispensabili per l'attuazione di un rapporto obbligatorio o, invece, strumentali di protezione o di sicurezza, aventi ad oggetto immediato la conservazione della persona o della cosa della controparte o fondati su un'esigenza di avviso o di informazione reciproca».

⁴⁸⁷ L'art. 1227 c.c. può fondare la riduzione e l'esclusione del diritto al risarcimento del danno; non anche l'obbligo di risarcire il danno altrui. Salva la contaminazione delle regole di correttezza – forse apprezzabili in caso di macro-lesioni degli obblighi di correttezza – sembra difficile arrivare al punto di porre sul creditore che ometta o tardi di avvisare il debitore, un dovere risarcitorio, in assenza di un diritto alla prestazione, peraltro già sciolto – quantomeno secondo l'interpretazione data dalla Corte – ex art. 1463 c.c.

cente a regolare il conflitto la norma dell'art. 1464 c.c., resterebbero prive di sistemazione le prestazioni svolte nell'ambito di contratti giuridicamente ad efficacia istantanea, per i quali la retroattività comporterebbe che ciascuno sopporti le proprie spese.

Questa soluzione è per molti autori ragionevole e conforme a diritto. Le regole di ripartizione legale dei rischi devono essere interpretate in modo da indurre i contraenti ad operare nel modo più efficiente e adatto a conservare le ragioni dell'altra parte, non dovendosi poter confidare nella ripartizione successiva delle perdite con l'altro contraente, o peggio in una traslazione totale delle perdite⁴⁸⁸.

Come visto però, il panorama delle possibili interpretazioni non è univoco.

Particolarmente interessante è la prospettiva degli studi di analisi economica del diritto, improntati essenzialmente sul criterio dell'efficienza della regola legale, da cui emerge chiaramente l'importanza di governare anche l'aspetto degli esborsi pre-contrattuali o pre-esecutivi a fronte di sopravvenienze inimputabili. Ci sembra dunque ragionevole porre in dubbio la validità in ogni caso della regola giuridica generale del *casus sentit creditor* o *debitor*, a seconda di colui che abbia affrontato spese prima del verificarsi di una inutilità sopravvenuta.

Vedremo se sia possibile prospettare una qualche soluzione al problema, dopo aver considerato la possibile sfera di rilevanza dei rimedi volti a consentire la conservazione del rapporto contrattuale.

9. I rimedi manutentivi

Fin ora abbiamo concentrato la nostra attenzione sulla soluzione caducatoria del vincolo negoziale, sotto il profilo degli effetti e degli atti che determinano tale risoluzione.

Eppure lo scioglimento del vincolo non è ritenuta l'unica soluzione prospettabile nei casi di sopravvenienze inimputabili⁴⁸⁹.

Sul finire del secolo scorso, e incessantemente fino ad oggi, ha preso sempre più campo l'indagine sui rimedi volti alla conservazione del contratto⁴⁹⁰. In certi contesti

⁴⁸⁸ V. ad es. M. Dellacasa, op. ult. cit., p. 666.

⁴⁸⁹ Anzi, si trova in letteratura l'affermazione secondo cui il 'problema primario', a seguito di sopravvenienze è costituito proprio da quella forma di revisione del contratto costituita dalla rinegoziazione. Così P. Gallo, voce *Revisione e rinegoziazione*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 2011, par. 6.

⁴⁹⁰ La letteratura, nel solo volgere di un ventennio, è divenuta cospicua, frastagliandosi nei vari aspetti implicati nel più generale tema della revisione del contratto. Nella dottrina italiana, partire dal lavoro di F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit. (1996), che può considerarsi il primo lavoro monografico sul tema, si annoverano vari contributi. Tra di essi si segnalano M. Ambrosoli, *La sopravvenienza contrattuale*, cit.; V.M. Cesaro, *Conservazione e rinegoziazione dell'equilibrio contrattuale*, Esi, Napoli, 2000; A. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, Padova, 2008; A. De Mauro, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Giuffrè, Milano, 2000; F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, Milano, 2004; G. Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in «Contratto e impresa», 2005, p. 539; Id., *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006; M. Mauceri, *Sopravenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, «Eur. Dir. Priv.», 2007, p. 1095; M. Granieri, *Il tempo e il contratto*, cit. Peraltro, dal punto di vista della dignità giuridica della categoria, si osserva come l'ipotesi conservativa tra i rimedi contrattuali, risulta

contrattuali, caratterizzati dal fattore temporale e dalla necessaria programmazione nel tempo di un risultato del contratto⁴⁹¹, si è ritenuto che dovesse essere aperta la porta alla possibilità di considerare rimedi diversi dalla semplice alternativa tra conservazione inalterata e risoluzione, vagliando l'ammissibilità e limiti di una vera e propria correzione del contratto alla luce del mutato assetto di realtà.

Partendo dalla considerazione che dall'analisi del sistema emerge un *favor conservationis*⁴⁹² tramite forme di adeguamento del contratto, tanto da far considerare questa modalità conservativa/correttiva del vincolo come un principio generale

ormai penetrata nell'ambito delle più note e utilizzate enciclopedie del diritto italiano. Si v. ad es. P. Gallo, voce *La revisione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, XVII, Utet, Torino, 1998, p. 431 e Id., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 2011, pp. 804-821; F. Gambino, voce *Rinegoziazione*, cit.; G. Sicchiero, voce *Rinegoziazione*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 2003, p. 1200; F. Macario, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. Dir., Annali*, Milano, 2008, ed oltre ad essere ormai parte integrante delle maggiori opere trattatistiche (solo per citarne una delle prime ad avere recepito un capitolo sui rimedi 'manutentivi', cfr. V. Roppo, *Il contratto*, cit., cap. XLVII). Il problema è avvertito però a livello europeo ed extra-europeo, oltre ad essere parte integrante del sistema delle tutele previste dai vari principi del commercio internazionale (tra i PICC, cfr. soprattutto l'art. 6.2.2, in materia di clausola *hardship*, e il successivo 6.3.3.) diritto privato europeo (cfr. ad es. il par. 6:111 PECL sul mutamento di circostanze, su cui peraltro merita richiamo il contributo di R. Momberg Uribe, *Change of circumstances in International Instruments of Contract Law. The approach of the CISG, PICC, PECL and D-CFR*, Utrecht, 2011, consultabile all'indirizzo web <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/uribe.pdf>> (01/16). Sulla possibilità di introdurre la rinegoziazione e, in subordine, l'adeguamento del contratto, si muove anche il recente progetto francese di riforma del diritto delle obbligazioni francesi (art. 108), di cui ci informa V. BARELA, *La risoluzione del contratto in Francia, nuove prospettive di riforma*, in «Riv. Dir. Civ.», 2015, p. 2. Si tratta evidentemente di un passaggio importante, in una tradizione, quella francese, che si è sempre mostrata chiusa alla prospettiva correttiva del contratto, salvo timide aperture nel settore dei contratti pubblici. Si ricorda infine che il tema della 'revisione del contratto' ha formato oggetto dell'incontro dell'Accademia degli studiosi di diritto comparato Henry Capitant, tenutosi in Brasile nel 2006 (relazione sull'incontro, F. Gambino, *Revisione del contratto*, cit., p. 347), ed è oggetto di attenta analisi da parte dei diversi sistemi (come si ricava dalla stessa op. ult. cit.), a dimostrazione dell'attualità della tematica e dell'interesse trasversale ai diversi ordinamenti giuridici.

⁴⁹¹ F. Macario, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, cit. (2008), p. 1026.

⁴⁹² Numerose sono le disposizioni che prevedono limiti minimi di rilevanza per lo scioglimento del vincolo (come la 'scarsa importanza' dell'inadempimento, l'annullabilità e la risolubilità del vincolo di una sola parte nei contratti plurilaterali che non implicano l'annullabilità o la risoluzione del vincolo per le altre parti, o la nullità parziale dell'art. 1419 comma primo c.c.) o requisiti particolarmente rigidi per esperire l'azione di risoluzione (come prevede l'art. 1564 c.c. per il contratto di somministrazione). Ma un favore per la conservazione lo si ricava in maniera ancora più netta da quelle previsioni in cui si attribuisce ad una parte il diritto di adeguare una prestazione definibile 'svantaggiata' (soprattutto nel senso di una riduzione: artt.: 1464; 1468; 1480 e 1492; 1635 e 1636 c.c.; o anche nel senso di un aumento, come l'art. 1623 c.c. prevede per l'affitto) o imponendo una prestazione aggiuntiva (come l'art. 1850 c.c. impone per la diminuzione di garanzia nell'anticipazione bancaria); ancora, la legge può salvaguardare il contratto prevedendo l'integrazione del suo contenuto rispetto ad elementi modificabili senza un'alterazione eccessiva dello spirito della convenzione (si pensi agli istituti della rettifica o dell'integrazione cogente di clausole e prezzi prevista all'art. 1339 c.c.), o quando l'integrazione è in realtà una sostituzione in ottica anche sanzionatoria (come la nullità parziale ex 1419 comma secondo c.c., o come la stessa integrazione cogente di cui sopra, quando sostituisce clausole contrattuali difformi). Per la valorizzazione dei dati normativi presenti nel sistema in questa direzione, si v. in part. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., spec. Cap. 2, e Id., *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. Gabrielli (a cura di), *I Contratti in generale*, cit., p. 1863 sgg.; P. Gallo, voce *Revisione e rinegoziazione*, cit. par. 2.

dell'ordinamento⁴⁹³, si osserva che in particolare due sarebbero le forme con cui si potrebbe tradurre in rimedio giuridico la soluzione manutentiva del rapporto: la 'rinegoziazione', intesa come obbligo gravante su entrambe le parti di rinegoziare i termini dell'accordo⁴⁹⁴; l'azione di 'adeguamento' contrattuale, inteso come diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, che investe il Giudice della facoltà di intervenire sul contratto e sul suo contenuto⁴⁹⁵, in caso di assenza o di fallimento della rinegoziazione.

Il tema sembra peraltro intrecciarsi con quello della integrazione del contratto, in quanto richiede di valutare come possa fondarsi il predetto obbligo di rinegoziazione che non sia stato convenzionalmente pattuito, e con quale ampiezza si estenda il potere determinativo del Giudice⁴⁹⁶. Non è evidentemente questa la sede per sottoporre ad analisi l'interessante e complessa questione del tema della revisione contrattuale, nei vari aspetti di cui essa si compone. Possiamo però osservare che, sulla base delle suggestioni della dottrina, anche in giurisprudenza^{497 498 499} si è fatta strada l'idea

⁴⁹³ Ritiene che le norme di cui è costellato il codice siano idonee a far ravvisare «nel diritto privato italiano l'esistenza di un principio di adeguamento operante nella disciplina dei contratti», F. Macario, op. ult. cit., pp. 1867-1868; ma v. già in precedenza, Id., *Adeguamento e rinegoziazione*, cit. (1996), p. 76. In seguito queste intuizioni sono seguite da A. De Mauro, *Il principio di adeguamento*, cit. Si tratta di un principio, in un certo senso, riconducibile al noto principio di conservazione, tuttavia fortemente caratterizzato dai tratti di novità introdotti nella discussione, e dal ruolo dell'equilibrio contrattuale che in esso viene in rilievo; non si tratta infatti di mera conservazione, ma di conservazione/correzione, da cui originano i problemi di ammissibilità e di parametrabilità della correzione. Sul principio di conservazione, di cui costituisce un aspetto, già F. Galgano, *Diritto Privato*, cit. (2001), p. 288; V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 1042. Nel volume del Trattato Gabrielli-Rescigno di E. Gabrielli (a cura di), *I Contratti in generale*, cit., si vedano: P. Gallo, *I vizi del consenso*, p. 466 sgg.; E. Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, p. 1843 sgg.

⁴⁹⁴ Più analiticamente, F. Macario, *Revisione e rinegoziazione*, cit., p. 1027 alla nota 6, rilevata la 'polisemia' del termine «rinegoziazione», ritiene che con esso possano distinguersi idealmente tre fasi: a) una prima fase, del sorgere dell'obbligo convenzionale o legale di rinegoziare; b) quella della concreta attuazione dell'obbligo, ovvero della trattativa; c) quella degli effetti della modificazione («concordata, o, per chi ammetta la possibilità, imposta dal Giudice con sentenza») del contratto sul regolamento d'interessi originario.

⁴⁹⁵ Soluzione già proposta da F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., per il tramite dell'art. 2932 c.c., e condivisa in seguito da autorevolissima Dottrina: cfr. V. Roppo, *Il contratto*, cit. p. 1047, e R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 725.

⁴⁹⁶ La stretta vicinanza dei due temi è messa bene in luce da E. Scoditti, *Gli interventi del giudice e della legge sul regolamento contrattuale*, in «Riv. Dir. Priv.», 3/2002, p. 571 sgg. e costituisce comunque uno dei filoni di discussione più problematici ed attuali in seno alla cultura giuridica italiana ed europea. Sul tema, un recente lavoro a carattere monografico è quello di C.M. Nanna, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, che riconosce come realtà attuale l'ampio uso del potere correttivo giudiziale sul contratto (in part. Cap. 2, e p. p. 246).

⁴⁹⁷ Riferimento alla rinegoziazione in un'ottica consapevole del quadro problematico e con una precisa scelta in ordine alla decisione nel senso conservativo si rinviene solo di recente, con due ordinanze del Tribunale di Bari, brevemente ripercorse nelle due note che seguono. Estensore delle due ordinanze, di cui la seconda resa in sede di reclamo cautelare, è un noto magistrato, di cui possono apprezzarsi dotti interventi su alcune tra le riviste giuridiche più autorevoli. Prima delle due ordinanze baresi, la giurisprudenza era ferma nel considerare un limite costitutivo del proprio potere, l'intervento sul contenuto precettivo del contratto. Per un caso emblematico, proprio espressivo dell'approccio della nostra giurisprudenza, specie di legittimità, si ricorda il caso di un giornalista RAI, il cui ammontare di liquidazione venne pattuito in base all'anzianità di iscrizione all'Albo Giornalisti, poi retrodatata in seguito. Il giudice (Pretura di Bari del 20-11-1982) provvide a un adeguamento del contenuto del contratto (nella specie

l'ammontare di stipendio in virtù della mutata data di decorrenza dell'anzianità); soluzione invece riformata in appello e quindi confermata con la sentenza di Corte di Cassazione, 15-12-1987, n. 9272, in *De Jure*. Questo approccio ci è tramandato dalla tradizione, anche se, in materia di eterointegrazione del contratto (anche se forse dovrebbe parlarsi meglio di 'autointegrazione coattiva') i problemi sono vasti e la letteratura estesa, come si può ricavare, oltre che dalla op. ult. cit., dai riferimenti contenuti in C. Scognamiglio, *L'integrazione*, in E. Gabrielli (a cura di), *I Contratti in generale*, cit., p. 1148 sgg. In materia di integrazione, un punto di riferimento è costituito dalle considerazioni di G.B. Ferri, *Causa e tipo*, cit., p. 281 sgg. e di S. Rodotà, *Le fonti di integrazione*, cit.

⁴⁹⁸ T. Bari, ord. 14-06-2011, in «I contratti», 7/12, p. 571. Il caso riguardava la stipulazione di un mutuo fondiario, erogato da un Istituto di credito sulla base di una sovvenzione finanziaria regionale. Veniva previsto nel contratto, in conformità del Regolamento regionale disciplinante il contributo, un periodo di pre-ammortamento di ventiquattro mesi, al termine del quale sarebbe stato corrisposto il saldo del finanziamento, e sarebbe iniziato a decorrere il piano di ammortamento. Accadde che il termine di ultimazione dell'investimento, originariamente previsto in ventiquattro mesi, fu via via prorogato dalla Regione, mentre la Banca, facendo leva su una clausola contrattuale che presupponeva il termine dei ventiquattro mesi come fisso, si rifiutò di erogare il saldo del mutuo. L'impresa mutuataria agisce quindi in via cautelare ex art. 700 c.p.c., chiedendo al Giudice di disporre l'erogazione a saldo, e con applicazione di misura coercitiva (art. 614-bis c.p.c.). Si fa valere, dunque, come riconosce il Giudice in motivazione, un autentico «diritto alla revisione della clausola contrattuale» che limitava a ventiquattro mesi il termine per l'integrale utilizzazione della somma concessa in mutuo, a fronte delle «mutate circostanze di fatto», relative alla proroga *ex facto principis* dei termini per l'ultimazione degli investimenti. Il Giudice inquadra dunque la domanda nel tema «dell'obbligo di adeguamento e rinegoziazione del contratto, nell'ambito della più vasta problematica della revisione del contratto». In particolare, come detto, il Giudice circoscrive l'ambito di applicazione del possibile rimedio conservativo: «i contratti ad esecuzione non istantanea», in quanto caratterizzati dalla «logica cooperativa e relazionale che presiede allo sviluppo del rapporto in fase esecutiva». Di fronte a un «mutamento rilevante della situazione di fatto, rispetto a quella contemplata dal regolamento originario», si pone «un problema di adeguamento delle clausole contrattuali, in modo da garantire la conservazione del negozio, piuttosto che il suo venir meno o la sua risoluzione (che la parte interessata all'adeguamento potrebbe subire)». La rinegoziazione dunque non sarebbe un limite dell'autonomia privata, bensì ne costituisce attuazione: mira a perseguire la realizzazione del risultato contrattuale, anche in considerazione della natura dell'affare. Non è l'ordinamento che impone alle parti un contratto modificato; è lo stesso affare, nel suo risultato pattuito, che richiede che le parti si impegnino a garantire quello stesso risultato, al cospetto delle mutate circostanze di fatto. Viene quindi richiamato sia il ruolo della normativa di correttezza, tanto in fase interpretativa, quanto in fase esecutiva, e anche il possibile ruolo della equità integrativa (art. 1374 c.c.). Si arriva così ad affermare che 'nel caso di specie' è contrario a buona fede non riconoscere il diritto alla rinegoziazione del contratto in presenza delle sopravvenute modificazioni della realtà di fatto. A livello processuale appare opportuno sottolineare alcuni aspetti che appaiono rilevanti dal punto di vista della tutela effettiva. Il Giudice infatti afferma, in astratto, la possibilità di ricorrere all'art. 2932 c.c. anche per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare, non ostacolato dalla natura legale dell'obbligo (come ad esempio previsto dall'art. 2597 c.c. o dal 1706 c.c.). Tuttavia, riferendosi la norma dell'art. 2932 c.c. alla 'sentenza', si ritiene non pronunciabile un adeguamento del contratto in sede cautelare. Viene così affermato in via cautelare il dovere, secondo buona fede, di rinegoziare, corredato da una misura coercitiva (art. 614-bis c.p.c.) per ogni giorno di ritardo nella violazione del predetto obbligo.

⁴⁹⁹ T. Bari, ord., 31-07-2012, in «NGCC», 2013, I, p. 117. Il caso concerneva una complessa situazione di collegamento contrattuale avente ad oggetto la vendita di una società. Si verificano in quel caso due sopravvenienze: l'emergere di sopravvenienze passive a carico della società compravenduta; la non accettazione di un terzo (Istituto di credito) a farsi mandatario nell'interesse di entrambe le parti a gestire proprio le eventuali sopravvenienze passive della società. L'acquirente, che aveva consegnato a un notaio due assegni, agisce ex art. 700 c.p.c. per la restituzione degli stessi, ovvero perché gli stessi non vengano consegnati ai venditori. Viene riconosciuta, sulla base delle argomentazioni già ricordate, la sussistenza di un obbligo legale secondo buona fede di rinegoziare. In particolare, avendo il congegno contrattuale predisposto una garanzia in senso lato, per non addossare all'acquirente il rischio delle so-

che un esito conservativo del risultato pratico del contratto possa costituire effettivamente una delle alternative possibili sul campo della tutela per le sopravvenienze; e altresì che la coercitività del relativo obbligo debba ricondursi tanto alle regole di correttezza (artt. 1175, 1366, 1375 c.c.) quanto alla equità integrativa (art. 1374 c.c.)⁵⁰⁰.

Questa evoluzione incide inevitabilmente nella ricostruzione del rimedio della inutilizzabilità della prestazione, nel senso che rientrandosi sempre nel medesimo ambito delle sopravvenienze contrattuali, anche per essa dovrebbe potersi lasciare spazio alla rilevanza del rimedio manutentivo.

Rispetto alla inutilizzabilità della prestazione, tuttavia, per valutare se siano applicabili i rimedi conservativi, presuppone risolta, in senso positivo, la questione se il contratto abbia ancora una sua possibile – alternativa – ragion d'essere.

Se infatti si ritenesse l'inutilizzabilità sopravvenuta (solo) come una impossibilità totale e irreparabile, non avrebbe senso cercare di rinvenire soluzioni manutentive; si tratterebbe, tutt'al più, di regolare il passato attraverso le regole del «sinallagma rovesciato»⁵⁰¹. Se però, come si è già messo in evidenza, si coglie la possibile accezione relativa insita nella inutilizzabilità, così come nella impossibilità, il discorso cambia.

Nei casi di *package*, ad esempio, la modifica di alcuni caratteri oggettivi del viaggio⁵⁰² avrebbe forse potuto essere l'esito di una rinegoziazione del contratto.

In questo aspetto, allora, si coglie un'ulteriore conferma che il richiamo all'art. 1463 c.c. rischia di essere fuorviante, perché non consente di cogliere la più plausibile relatività dell'interesse creditorio rispetto ai possibili contenuti che potrebbero essere valorizzati con un intervento modificativo degli elementi oggettivi del contratto. Ci saranno certo ipotesi in cui effettivamente l'inutilizzabilità sia assoluta, anche se, in tali ipotesi sarà difficile distinguerla dalla vera e autentica impossibilità. Tuttavia, il riferimento all'interesse creditorio, e la persistente possibilità per il debitore di adempiere, fa sì che non sia del tutto ingiustificato invocare l'art. 1464 c.c. come norma meglio adatta a descrivere il contesto reale e, soprattutto, a gestire il conflitto.

Non deve dimenticarsi, come non si stanca di ripetere la dottrina, che un profilo importante dei rimedi manutentivi attiene all'ambito contrattuale applicativo. Non tutte le tipologie contrattuali possono ammetterlo: il contratto istantaneo, pur ad esecuzione differita, è ritenuto non conciliabile con veri e propri obblighi di rinegozia-

pravvenienze passive, l'autonomia contrattuale avrebbe dovuto adoperarsi per approntare un nuovo meccanismo di garanzia che fosse idoneo a produrre i medesimi effetti.

⁵⁰⁰ Conviene ricordare che l'estensore dei provvedimenti che hanno posto il sigillo della giuridicità sull'obbligo di rinegoziare, aveva avuto modo di argomentare il suo pensiero in proposito con un interessante scritto apparso alcuni anni prima. Lo scritto, già citato, è E. Scoditti, *Gli interventi del giudice e della legge*, (2002), cit., ed ivi in part. p. 579.

⁵⁰¹ È la efficace formula di E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit., con cui si descrive il rapporto giuridico che presiede le restituzioni a seguito di dichiarazione di invalidità o inefficacia del rapporto originario.

⁵⁰² Si potrebbe pensare al mutamento della collocazione temporale, per il caso del coniuge superstite; ovvero al mutamento di destinazione in analoga zona non epidemica, nell'ipotesi del viaggio originario in zona pericolosa.

zione (beninteso: non convenzionalmente stabilita) e, ancor meno, con sentenze modificative del contratto.

A tal proposito, la dottrina attinge alla categoria del «contratto a lungo termine», anche nella sua variante socio-economica di matrice anglo-sassone del contratto relazionale⁵⁰³, cercando così di rimarcare la specificità dell'ambito applicativo dei rimedi manutentivi⁵⁰⁴.

Le prime applicazioni giurisprudenziali mostrano, invece, come la trasposizione giuridica del concetto non sia sempre così chiara. Entrambi i precedenti giurisprudenziali di cui si è avuto contezza⁵⁰⁵ mettono in evidenza l'ambito applicativo per la configurazione di un obbligo legale di rinegoziazione: si tratterebbe dei contratti ad esecuzione «non istantanea». Tuttavia, mentre nella prima ordinanza era posto l'accento sulla «logica cooperativa e relazionale che presiede allo sviluppo del rapporto in fase esecutiva», nella seconda ordinanza tale riferimento scompare, restando solamente il dato descrittivo del «programmato svolgimento nel tempo dell'adempimento».

Come si osserva in una delle prime note di commento sul punto⁵⁰⁶, questa precisazione introdurrebbe nel dibattito un elemento innovativo, ovvero che l'obbligo di rinegoziazione non debba necessariamente riguardare la categoria dei «contratti relazionali». Sembrerebbe quindi possibile che, in parziale difformità da quanto finora prudentemente prospettato in dottrina, la necessità di configurare un obbligo di rinegoziare possa manifestarsi anche con riguardo a contratti che non implicano una durata particolarmente lunga e che non comportino una particolare interdipendenza tra le parti⁵⁰⁷.

Gli studiosi di analisi economica del diritto suggerirebbero che l'ambito applicativo della regola di conservazione del contratto può essere ampliato ogni qual volta la risoluzione debba considerarsi più costosa della conservazione del contratto⁵⁰⁸. Andando oltre tale prospettiva, si può dire che nella inevitabile zona grigia dei contratti caratterizzati dal fattore temporale, dato questo certamente imprescindibile, so-

⁵⁰³ Su cui, possono vedersi le riflessioni di M. Granieri, *Il tempo e il contratto*, cit. In part. L'A., spec. p. 141 e sg., sottolinea l'autonomia concettuale del contratto relazionale rispetto al contratto di durata, con cui spesso si tende a sovrapporre. Dunque «i contratti di durata hanno sicuramente caratteristiche relazionali, nel senso che all'interno di essi si creano vincoli di reciprocità ed interdipendenza»; ma «non si può dire il contrario» (p. 145, e ivi, in nota 9); con il paradosso, tuttavia, di non riuscire a fornire una definizione di contratto relazionale (p. 57), ma solo una serie di aspetti che conducono l'autore «verso una definizione» (p. 192 sgg.). Si può dunque fare riferimento alla definizione fornita da F. Macario, *Revisione e rinegoziazione*, cit., pp. 1029-1030, laddove all'elemento della «durata», aggiunge il «lungo termine» e la «programmazione di un risultato da raggiungere con l'esecuzione protratta nel tempo» (p. 1030), sottolineando altresì l'esigenza di stabilità e flessibilità del contratto. R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 723, circo-scrive – pur ricorrendo all'avverbio «soprattutto» – la rilevanza dell'ottica conservativa ai «contratti a lunghissima durata».

⁵⁰⁴ Che non devono dunque essere considerati strumenti di tipo generale. V. la lunga premessa di F. Macario, *Revisione e rinegoziazione*, cit., pp. 1026-1032.

⁵⁰⁵ Si tratta delle ordinanze del Tribunale di Bari citate poco sopra alle note 498 e 499.

⁵⁰⁶ F.P. Patti, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in «NGCC», I, 2013, pp. 122-123.

⁵⁰⁷ Id., op. loc. ult. cit.

⁵⁰⁸ Non dimenticando i problemi che su questo bilanciamento possono derivare dalla difficoltà di individuare precisamente i costi e i ricavi di risoluzione e rispettivamente di conservazione.

no le peculiarità del caso concreto che mostrano come la conservazione possa essere preferita alla risoluzione. Di fronte a una rottura della logica cooperativa, non resterà che governare gli effetti della risoluzione.

10. Confronto con la presupposizione sul piano dei rimedi

Il tema dei rimedi manutentivi, inserito a pieno nel problema della gestione delle sopravvenienze contrattuali, suggerisce di prendere in considerazione ancora una volta la giurisprudenza formatasi in relazione all'oggetto 'presupposizione', con particolare riferimento ai profili delle conseguenze giuridiche⁵⁰⁹.

L'idea che la presupposizione fosse da ricondursi al perimetro oggettivo del contratto ha condotto ad affermare, in caso di mancanza originaria del fatto presupposto (c.d. falsa presupposizione), l'applicazione della disciplina dell'annullamento⁵¹⁰ ovvero della nullità⁵¹¹, come è stato fino a tempi recentissimi. Considerare applicabili *in toto* le regole previste per la nullità non convince soprattutto poiché non è un interesse oggettivo, di assoluta ingiustificabilità dello scambio, quello sotteso alla mancanza dei presupposti del contratto; bensì essenzialmente soggettivo, proprio prevalentemente della parte che è danneggiata da tale mancan-

⁵⁰⁹ Proprio nell'ambito della presupposizione, e, più in generale, delle sopravvenienze contrattuali, in dottrina si è indagato sul possibile fondamento dei rimedi manutentivi, mentre in passato il profilo delle conseguenze giuridiche a seguito del venir meno della presupposizione era esclusivamente rivolto a giustificare in qualche modo lo scioglimento del contratto. Si tratta di un collegamento che viene oggi sottolineato dalla migliore dottrina, laddove affianca nella stessa intitolazione delle tematiche affrontate, i 'rimedi manutentivi' alla 'presupposizione' o, più in generale trattandone in proposito delle 'sopravvenienze atipiche'. Si v. rispettivamente, V. Roppo, *Il contratto*, cit. p. 1037 sgg., e R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 722 sgg. (con riferimento alla 'rinegoziazione' e ai modi di attuazione coattiva della rinegoziazione, in cui si sostanzia l'adeguamento). Si noti che nell'organizzazione sistematica dell'ultima fonte trattatistica citata, la 'presupposizione' propriamente detta viene affrontata nella parte relativa ai vizi del consenso; mentre le sopravvenienze contrattuali seguono un'altra denominazione e trattazione. Si tratta di un'impostazione che sembra trovare riscontro nelle ordinanze del Tribunale di Bari sopra viste, laddove non si fa parola di presupposizione, in quanto è il contratto stesso che necessariamente mostra un collegamento con un certo risultato. La presupposizione, come nesso tra contratto e contesto contrattuale, sembra dunque divenire parte della complessa operazione economica disegnata dal contratto, senza che debba ad essa farsi espresso riferimento.

⁵¹⁰ Diretto riferimento all'annullamento è stato fatto, di recente, da Tribunale Taranto, 16-10-2012, consultabile all'indirizzo web: <<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/9455.pdf>>; ma indirettamente (con riferimento alla invalidità del contratto) è fatto dalle pronunce che ritengono la presupposizione (falsa) come errore comune a tutti i contraenti (Corte di Cassazione, 17-12-1991, n. 13578, cit.; Corte di Cassazione 05-01-1995, n. 191, cit.); e salvi i casi in cui si versi in un vero e proprio errore (sullo stato di edificabilità dei suoli, come qualità essenziale del bene oggetto di contratto: si v. Corte di Cassazione, S.U., 01-07-1997, n. 5900).

⁵¹¹ Ad es. cfr. Corte d'Appello Torino, 11-07-2003, in *Giur. di merito*, 2004, I, 6-10; Corte di Cassazione, 15 dicembre 1987, n. 9272, cit. (ove si afferma che «non si vede perché si debba ricorrere ad una disciplina diversa da quella dell'art. 1418 c.c. in relazione all'art. 1325 c.c.»); Corte di Cassazione, 14-11-2006, n. 24295, cit. Più frequente alla «nullità» si accompagna l'indicazione «per mancanza di causa»: così Corte di Cassazione, 17-05-1976, n. 1738, cit.; Corte di Cassazione, 11-08-1990, n. 8200, cit.; Corte di Cassazione, 08-08-1995, n. 8689, cit.; Pretura Taranto, 24-03-1993, n. 166, in «Arch. civ.», 1993, pp. 1298-1300).

za⁵¹². Con queste argomentazioni, per la verità mai esposte espressamente dai nostri giudici, si è giustificata la oramai costante massima che configura la rilevabilità processuale della presupposizione possibile solamente su istanza di parte, non anche d'ufficio dal giudice⁵¹³, in cui sembra trovarsi conforto per quella relatività di interesse cui si è fatto cenno più sopra, a proposito dell'art. 1464 c.c. Più di recente, tuttavia, si è data una pronuncia della Corte di Cassazione⁵¹⁴, decisamente unica nel panorama giurisprudenziale, che ha fatto riferimento al recesso anche nei casi di falsa presupposizione, la cui argomentazione meriterà maggiore approfondimento.

Rispetto alle vere e proprie sopravvenienze, che consistono nella maggior parte dei casi concreti offerti dalla giurisprudenza, il panorama dei rimedi è normalmente incentrato sulla risoluzione⁵¹⁵, talvolta richiamando l'art. 1467 c.c.⁵¹⁶, altre volte «per causa non imputabile alle parti»⁵¹⁷.

⁵¹² Questi aspetti dovrebbero essere meglio discussi con riferimento alla pluralità degli statuti delle nullità, ormai previsti dalla vigente normativa. Sul punto si rinvia allo studio di G. Passagnoli, *Le nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995, *passim*. V. anche F. Di Marzio, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008, *passim*; S. Polidori, *Discipline della nullità ed interessi protetti*, Esi, Napoli, 2001, *passim*; M. Rizzuti, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Esi, Napoli, 2015, *passim*. Nonostante le *rationes* sottese alla disciplina delle varie ipotesi di nullità possano atteggiarsi in maniera eterogenea, aprendo dunque alla possibilità di una nullità per interessi anche particolari, in giurisprudenza sembra fermo il riferimento all'interesse super-individuale, quale elemento costante, pur nella diversità, del rimedio-nullità. Cfr. sul punto, di recente, le sentenze gemelle di Corte di Cassazione, S.U., 12-12-2014, n. 26242, n. 26243, in *De Jure*.

⁵¹³ Corte di Cassazione, 13-03-1987, n. 2621, in *De Jure*; Corte di Cassazione, 24-03-1998, n. 3083, cit.; Corte di Cassazione, 30-03-2000, n. 3908, in *De Jure*; Corte di Cassazione, 06-10-2000, n. 13333 (solo massima), in *De Jure*; Corte di Cassazione, 08-10-2008, n. 24830, cit. L'orientamento «sembra essersi consolidato», come rileva anche A. Belfiore, *La presupposizione*, cit., p. 134.

⁵¹⁴ Si tratta della già ricordata Corte di Cassazione, 25 maggio 2007, n. 12235, cit.

⁵¹⁵ Alla risoluzione *sic et simpliciter* hanno fatto riferimento: Corte di Cassazione, 22-09-1981, n. 5168, in «*Foro it.*», 1982, I, 104-108; Corte di Cassazione, 03-12-1991, n. 12921, cit.; Corte di Cassazione, 17-12-1991, n. 13578, cit.; Corte di Cassazione 05-01-1995, n. 191, cit.; Corte di Cassazione, 24-03-1998, n. 3083, cit.; Corte di Cassazione, 06-06-2003, n. 9130, in *De Jure*; Corte di Cassazione, 29-09-2004, n. 19563, in *De Jure*; Corte di Cassazione, 14-06-2013, n. 15025, in *De Jure*; Corte d'Appello Torino, 11-07-2003, in *Giur. di merito*, 2004, I, 6-10. Genericamente alla «inefficacia» ha fatto riferimento Corte di Cassazione, 21-11-2006, 24696, in *De Jure* (oltre a quelle citate *infra*, per il riferimento alla «invalidità e inefficacia»).

⁵¹⁶ Ad esempio: Corte di Cassazione, 17-05-2005, n. 10340, cit.; Corte di Cassazione, 24-03-2006, n. 6631, cit.; Tribunale Pescara, 05-10-1995 (solo massima) in «*Rep. Foro it.*», 1998; Tribunale Modena, 20-02-2013, n. 249, in *Giur. loc. Modena*, 2013. Più in generale, che la presupposizione fosse ascrivibile ad un «principio generale di conservazione dell'equilibrio contrattuale, che trova specifica espressione nell'art. 1467 c.c.», è ritenuto da Corte di Cassazione, 17-12-1991, n. 13578, cit.; Corte di Cassazione, 03-12-1991, n. 12921, cit. (che prosegue la frase riportata nel testo in questo modo: «che in definitiva la ricollega alla clausola *rebus sic stantibus*»). Invece, si afferma che la presupposizione è un «principio introdotto in via generale e espressa dall'art. 1467 c.c.» in Corte di Cassazione, 06-07-1971, n. 2104, cit.; Corte di Cassazione, 02-01-1986, n. 20, cit.; Corte di Cassazione, 31-10-1989, n. 4554, cit.; Corte di Cassazione, 28-08-1993, n. 9125, cit.; Corte di Cassazione, 28-01-1995, n. 1040, cit.; ovvero «rinviene nell'art. 1467 c.c. la sua base normativa», Corte di Cassazione, 17-05-2005, n. 10340, in *De Jure*; A. Sassari 1996.

⁵¹⁷ Corte di Cassazione: 17 maggio 1976, n. 1738, in «*Foro it.*», 1976, I, pp. 2399-2406; 21 luglio 1980, n. 4775, in «*Foro it.*», 1981, I, pp. 1352-1358; 22 settembre 1981, n. 5168, cit., 1982, I, pp. 104-108; 08 agosto 1995, n. 8689, in *De Jure*; 24 marzo 2006, n. 6631, in «*I contratti*», 2006, pp. 1085-1087. Corte

Se questo è lo stato della giurisprudenza, tralasciando per il momento la soluzione per adesso isolata del recesso (su cui v. subito *infra*), si può facilmente spiegare il frequente riferimento nelle pronunce delle nostre Corti al «rilievo [della presupposizione] per l'esistenza e l'efficacia»⁵¹⁸, collegandosi le due ipotesi di mancanza, originaria o sopravvenuta, delle circostanze presupposte rispettivamente al piano della validità o al piano dell'efficacia del vincolo nel corso del rapporto. Per evitare di prendere posizione in ordine a schemi giuridici non pensati per ricomprendervi casi di rilevanza dei presupposti contrattuali, la giurisprudenza ha preferito talvolta riferirsi alla semplice «caducazione»⁵¹⁹ del contratto.

Ma al di là del *nomen*, o della giustificazione del rimedio, l'aspetto che qui ci interessa maggiormente concerne gli effetti della risoluzione. Normalmente, infatti, sono stati riconosciuti effetti retroattivi alla risoluzione del vincolo⁵²⁰, anche se si sono riconosciuti effetti *ex nunc* della risoluzione nei casi di rapporti di durata⁵²¹ e altri in cui si sono gradati gli effetti della risoluzione, sospendendoli fino ad una certa data, idonea a ripristinare la funzionalità del contratto⁵²². Del resto, la soluzione della retroattività, soprattutto in relazione ai contratti di durata, si porrebbe in naturale contraddizione con il sistema⁵²³.

di Cassazione, 28 agosto 1993, n. 9125, in «I contratti», 1993, pp. 677-680. Tribunale Roma, 16 settembre 1992 (*Enel c. Celotto ed altri*), in «Rassegna giuridica dell'energia elettrica», 1995, pp. 930-933.

⁵¹⁸ Corte di Cassazione, 10-11-1961, n. 2632, in «Foro it.», 1962, I, p. 238; Corte di Cassazione, 06-07-1971, n. 2104, cit.; Corte di Cassazione, 03-10-1972, n. 2828, cit.; Corte di Cassazione, 22-09-1981, n. 5168, cit.; Corte di Cassazione, 02-01-1986, n. 20, cit.; Corte di Cassazione, 17-12-1991, n. 13578, cit.; Corte di Cassazione, 23-09-2004, n. 19144, cit. Continua a parlare di «nullità e risoluzione», Corte di Cassazione, 14-11-2006, n. 24295, cit.

⁵¹⁹ Corte di Cassazione, 9-11-1961, n. 2636, in «Foro it. Rep.», 1961; Corte di Cassazione, 11-08-1990, n. 8200, cit.; Corte di Cassazione, 28-08-1993, n. 9125, cit.; Corte di Cassazione, 09-11-1994, n. 9304, cit.; Corte di Cassazione, 21-11-2001, n. 14629, in «Vita Notarile», 2002, pp. 397-401; Corte di Cassazione, 11-03-2006, n. 5390, in «I contratti», 2006, pp. 1079-1084; Corte di Cassazione, 05-05-2010, n. 10899, in *De Jure*.

⁵²⁰ Anche in considerazione del fatto che la stragrande maggioranza delle fattispecie concrete in cui si è posta la questione ha riguardato contratti di tipo traslativo (vendite o preliminari di vendita). Per un caso recente, con condanna alla restituzione delle prestazioni ricevute (caparra e acconti) e con interessi a decorrere dalla domanda giudiziale, cfr. Corte di Cassazione, 14-06-2013, n. 15025, cit., ove anche un ricorso esemplare agli elementi di interpretazione oggettiva (prezzo; qualità delle parti; tipologia di obbligazioni accessorie, che facevano propendere per la essenzialità del presupposto contrattuale della edificabilità del fondo promesso in vendita). La rilevanza delle regole di interpretazione oggettiva è ribadita, da ultimo, da Corte di Cassazione, 19-10-2015, n. 21122, in *De Jure*.

⁵²¹ V. il secondo grado della vicenda chiusa da Corte di Cassazione, 06-06-2003, n. 9130, cit., relativo a rapporti di lavoro. È espressamente affermato in Corte di Cassazione, 22-09-1981, n. 5168, cit. quale principio di diritto che «essendo la locazione contratto di durata, lo scioglimento di essa, ancorché operante *ex tunc*, secondo i principi generali desumibili dal sistema (art. 1360, 2 c. c.c.) non può spiegare tale effetto riguardo alle prestazioni già eseguite» (c. 108). Parimenti è ricavabile la non retroattività della risoluzione dall'esame della vicenda relativa ad un rapporto locativo decisa da Corte di Cassazione, 13-03-1987, n. 2621, cit.

⁵²² Si tratta dell'interessante vicenda decisa dal T. Roma, ord., n. 33821 del 24-12-2012, cit. L'accordo di risoluzione consensuale del contratto di lavoro, viene dichiarato stipulato sul presupposto di un assetto normativo poi mutato. Per consentire al contratto di produrre gli effetti voluti dai contraenti, il contratto viene «riportato in vita», stabilendo per via giudiziale che esso produrrà i suoi effetti solutori a partire da una certa data.

⁵²³ Ed infatti, la Corte di Cassazione, nella sopra citata sent 22-09-1981, n. 5168, cit., dichiara che la Corte di Appello, nello stabilire la risoluzione retroattiva con restituzione dei canoni, era incorsa in erro-

Di recente, come già si è potuto accennare, in giurisprudenza si è affacciata l'ipotesi che potesse farsi riferimento al recesso per venir meno della presupposizione.

Nella sentenza della Corte di Cassazione n. 12235 del 25 maggio 2007 si afferma, in un noto *obiter dictum*⁵²⁴, che il recesso costituisce il rimedio sia per i casi di mancanza originaria dei presupposti come per quelli di loro alterazione successiva, non fornendo tuttavia alcuna giustificazione a sostegno di tale soluzione.

Per ricercare un qualche conforto alla prospettazione della Corte⁵²⁵, deve farsi riferimento alla dottrina che ha principalmente orientato la decisione del giudice di legittimità⁵²⁶, quella di Cesare Massimo Bianca. L'Illustre Maestro, apparentemente fuori da ogni tradizionale argomentazione dottrinarica, afferma che il rimedio conseguente sia al venir meno che alla mancanza originaria della presupposizione è il recesso unilaterale a favore della parte per la quale il vincolo contrattuale è divenuto intollerabile o inutile⁵²⁷. La giustificazione del rimedio del recesso è offerta

re di diritto per non aver provveduto «al riequilibrio della loro situazione patrimoniale», facendo «gravare esclusivamente sulla locatrice gli oneri conseguenti alla dichiarata risoluzione del negozio», la quale invece aveva diritto a conservare quanto versato in adempimento del contratto, per il tempo in cui il contratto era durato. Si osserva peraltro, che la Corte di Appello in quel caso, ritenne di invocare, a fondamento della propria decisione, l'art. 1463 c.c.; soluzione questa cassata dalla Corte di Cassazione, quale norma non adatta ad attagliarsi alla fattispecie.

⁵²⁴ Corte di Cassazione, 25-05-2007, n. 12235, cit. Il caso concerneva una operazione tra Comune e società privata (Ilva Genova) avente ad oggetto la permuta di un immobile (fondo) con pagamento tramite la fornitura di acqua depurata ad uso industriale per venti anni. Accadde che la qualità delle acque risultò nel tempo molto meno pura del previsto, a causa degli scarichi abusivi, e per questo il Comune agì per la risoluzione dell'accordo facendo valere la presupposizione. La non imprevedibilità dell'evento, desunta anche dalla presenza nel contratto di una clausola che prevedeva e disciplinava il ricorso a fonti di approvvigionamento alternativo per la fornitura, ha condotto la Corte a rigettare il ricorso promosso dal Comune. La pronuncia è stata annotata da F. Azzari, in «NGCC», 2007, pp. 1181-1189, e costituisce il *casus belli* delle coeve riflessioni di N. Bertotto, *Alcune riflessioni sulla presupposizione*, cit.; A. Riccio, *La Presupposizione è dunque causa di recesso*, cit.; F. Degl'innocenti, *Teoria della presupposizione*, cit. Si tratta comunque di un precedente ben noto in dottrina: v. ad es. V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo?*, cit., e G.F. Aiello, *L'applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione*, cit., p. 305, che lo definisce 'celebre' (pur riferendo il *revirement* del titolo del suo contributo a quello 'restaurativo' di Cass. n. 10899/2010 laddove si afferma che la presupposizione determina la risoluzione del contratto e non anche il recesso).

⁵²⁵ Prospettazione che tuttavia sembra essere stata abbandonata (condivide questo contro-*revirement*, G.F. Aiello, op. loc. ult. cit.) dalla giurisprudenza successiva. Torna ad esempio a parlare di caducazione, con parole che sembrano chiamare in causa lo scioglimento automatico (sulla falsa riga dell'art. 1463 c.c.) Corte di Cassazione, 05-05-2010, n. 10899, cit. Alla risoluzione (peraltro, «secondo le regole dell'art. 1458 c.c.») fa riferimento Corte di Cassazione, 14-06-2013, n. 15025, cit. Più vaga resta Corte di Cassazione, 19-10-2015, n. 21122, cit., laddove menziona la rilevanza della presupposizione per il «mantenimento in vita» del vincolo negoziale.

⁵²⁶ Ciò è chiaramente osservabile dall'andamento argomentativo della Corte che si preoccupa di distinguere la presupposizione dagli altri elementi che pure costituiscono un'attrattiva verso il fenomeno. Le parole usate, e l'ordine dell'esposizione, fanno evidentemente pensare all'opera del Bianca, da ultimo citata.

⁵²⁷ C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 467. L'A. già nell'edizione del 1984 aveva fatto riferimento al recesso unilaterale contrapponendolo alla 'risoluzione automatica'. In quell'edizione però si riferiva solamente alle sopravvenienze, mentre oggi l'A. estende il discorso anche alla mancanza originaria dei presupposti, probabilmente prendendo spunto dalle novità normative della riforma dello *Schuldrecht*, di poco anteriori.

dall'Autore in base all'avvicinamento del fenomeno della presupposizione alla impossibilità sopravvenuta. Non è però giustificato il perché si producano da un lato effetti retroattivi, conseguenti alla risoluzione per causa non imputabile alle parti, dall'altro perché sia prospettato il rimedio del recesso, senza alcun riferimento alla norma che in materia di impossibilità espressamente lo prevede come strumento risolutorio, ovvero l'art. 1464⁵²⁸.

Gli influssi della soluzione germanica rispetto alla mancanza dei fondamenti negoziali sono evidenti nella ricostruzione proposta, ed emergono due problemi non secondari: il primo riguarda il fatto che il sistema tedesco della risoluzione è impostato in via generale sull'istituto del recesso unilaterale⁵²⁹, mentre da noi tale figura assume, ancora oggi, e nonostante le spinte verso direzioni diverse (v. *supra*), un carattere non generale; il secondo riguarda il fatto che il recesso, nella codificazione tedesca della *Störung der Geschäftsgrundlage*, costituisce il rimedio sussidiario all'azione principale di adeguamento del contratto, che ha assorbito le attenzioni principali della dottrina. Osservando più attentamente il passo di Bianca, potrebbe sembrare però che l'indicazione del recesso non sia fatta in senso tecnico, bensì solo in contrapposizione ad una «risoluzione automatica» del vincolo: il recesso starebbe a indicare la volontà espressa di una parte, quella per cui il vincolo è divenuto intollerabile o inesigibile, di non adempiere le obbligazioni derivanti dal contratto, in contrapposizione con una qualsivoglia risoluzione di diritto, escludendosi dunque pronunce di tipo dichiarativo, e altresì richieste di scioglimento da parte di chi non ne abbia diretto interesse⁵³⁰.

Ad ogni buon conto, rilevata la sostanziale unicità della soluzione nell'ampio panorama giurisprudenziale in materia di presupposizione, il recesso mostra certamente dei profili di interesse ricostruttivo. L'aspetto che più colpisce è la notevole contiguità con la soluzione prevista dall'art. 1464 c.c.; contiguità che, a livello concettuale, è stata messa in evidenza già qualche tempo fa da Carmelita Camardi⁵³¹. Tuttavia, un aspetto che allora rimase fermo, fu quello della distinzione tra falsa presupposizione e sopravvenienza dal punto di vista dei rimedi. Ed infatti, pur ponendosi problemi affatto simili tra le due diverse ipotesi⁵³², a livello sistematico sembre-

⁵²⁸ C.M. Bianca, op. ult. cit., p. 467 e nota 73. Prende posizione contraria a tale giustificazione N. Bertotto, *Alcune riflessioni sulla presupposizione*, cit., p. 324.

⁵²⁹ V. per una breve considerazione del sistema germanico della risoluzione A. Di Majo, *La nuova disciplina della risoluzione del contratto (Rücktritt)*, in G. Cian (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, in *I quaderni della Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, 2004, p. 109 sgg.

⁵³⁰ In questo senso: F. Azzari, nota a Corte di Cassazione n. 12235 del 25-05-2007, cit., p. 1186; C. Camardi, *Economie individuali*, cit., p. 499; M. Costanza, *La teoria della presupposizione*, in G. Afferni et al., *Inadempimento e rimedi* in Visintini G. (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, Vol. I, Cedam, Padova, 2009, p. 576.

⁵³¹ Il fulcro dell'argomentazione dell'A. era la centralità dell'interesse creditorio rispetto alla conservazione del vincolo asserendo che lo scambio è «materialmente possibile e perciò il contratto è valido. Non è possibile invece [...] l'attuazione del programma convenuto», in questo modo legittimandosi a un rimedio su istanza – e ad eminente interesse – di parte. C. Camardi, op. ult. cit., p. 448 sgg.

⁵³² C. Camardi, op. ult. cit.: «sul piano pratico degli interessi in conflitto, sembra di poter dire che la sopravvenuta conoscenza della mancanza originaria della circostanza presupposta pone lo stesso ordine di problemi posti dalla sopravvenuta mancanza del presupposto originariamente esistente, come pure dal

rebbe non plausibile ricostruire un rimedio di tipo funzionale (la risoluzione o il recesso) a fronte di vizi originari. La Corte di Cassazione, con la pronuncia n. 12235/07, si è mossa invece proprio in questa direzione, proponendo l'unificazione delle conseguenze giuridiche per le due classi di fattispecie.

Non si tratta per vero di un'ipotesi isolata.

In uno dei casi che si sono considerati all'inizio di questo lavoro (il caso del corso pilota⁵³³) si è posta in concreto una questione di difetto originario, che è stata – forse non proprio consapevolmente – risolta nei termini descritti, ovvero applicando un rimedio funzionale: la risoluzione per inutilizzabilità sopravvenuta. A stretto rigore, infatti, l'inidoneità dell'aspirante pilota a divenire pilota era già *in rerum natura* prima della stipula del contratto di formazione. È solo da un punto di vista della valutazione giuridica che essa può essere considerata come una sopravvenienza. Può infatti ritenersi sopravvenuto, non il fatto della idoneità, ma il fatto della conoscenza della inidoneità; o, che è lo stesso, il fatto-accertamento operato dai competenti organi medici. Eppure, una tale distinzione non viene rilevata dal Giudice, che considera tale inidoneità, in quanto conosciuta solo in seguito, come una sopravvenienza, senza porsi il relativo problema.

Ciò mostra che può prevalere l'aspetto della conoscenza soggettiva delle parti – pur oggettivamente verificabile – sulla consistenza reale-materiale del fatto. Sembra di cogliere, in tale decisione, una somiglianza con la figura della condizione impropria o soggettivamente incerta, ritenuta dalla maggioritaria interpretazione pienamente ammissibile⁵³⁴.

A prescindere da ciò, si osserva che non si tratta di un autentico *novum* quello di discorrere di rimedi funzionali per vizi o patologie originarie o strutturali. Proprio in relazione al recesso, vi sono almeno tre ipotesi, a livello di codice civile, che consentono di ritenere, seppure certo non la regola, la assenza di antinomie nel sostenere l'ammissibilità di un recesso per vizio strutturale. Così l'art. 1893 c.c., che, a proposito del contratto di assicurazione, nel caso di reticenze e inesattezze dell'assicurato non gravemente colpose o dolose, schiude all'assicuratore la facoltà di recesso mentre preclude l'annullamento del contratto. Parimenti, in materia di vendita, gli artt. 1537, c.2 e 1538, c. 2, consentono alla parte, in caso di difformità quantitative nell'oggetto compravenduto, l'esercizio del recesso (che comporta, a

mancato verificarsi del presupposto conosciuto come inesistente ma supposto o sperato come futuro». Prosegue l'A.: «ed infatti, in tutti questi casi, la definitiva consapevolezza della mancanza del presupposto può rendere palese: a) o l'alterazione o addirittura l'inattuabilità del programma negoziale convenuto; b) ovvero l'alterazione o l'inattuabilità del programma individuale di una parte» (p. 324). Ovviamente, l'A. non dimentica il 'piano giuridico' rispetto al quale il medesimo problema «si presenta invece più complicato» (p. 324). Sulla base della difficoltà di ricostruzione di un rimedio risolutorio per un vizio del contratto-atto, occorso nella sua fase formativa, alla fine l'A. propone la individuazione di una nullità relativa (atipica), rilevabile solo dalla parte che abbia interesse a farla rilevare (p. 485 sgg. e in part. p. 495).

⁵³³ Deciso da Tribunale Varese, 4-10-2010, cit.

⁵³⁴ Su cui v. fra i molti, R. Lenzi, *Art. 1353*, in E. Navarretta, A. Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, artt. 1350-1386, cit., p. 226 sgg.

norma dell'art. 1539 c.c., la restituzione del prezzo e il rimborso delle spese del contratto)⁵³⁵.

Dunque, anche in questo ambito vi sono sufficienti elementi di ambiguità tali da consentire un notevole margine per interpretazioni che vadano nella direzione affermata dalla Suprema Corte nel 2007, con riferimento alla presupposizione. In fondo, si potrebbe pure riconoscere che il recesso vada ad arricchire il quadro delle tutele, senza escludere il ricorso ai rimedi tradizionali⁵³⁶. In ogni caso, è assai probabile che la risoluzione di controversie, quali quelle in esame, aventi ad oggetto profili interpretativi del contratto e del contesto contrattuale, travalichino l'ambito stragiudiziale.

Il problema giuridico del recesso, inoltre, potrebbe considerarsi anche secondario, se solo si osserva come in giurisprudenza si tende a considerare l'azione di risoluzione, a livello sostanziale, ad una dichiarazione di recesso. Come hanno affermato di recente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, «le domande di risoluzione e di recesso [...] non hanno, in realtà, al di là di aspetti formalistico/speculativi, autonoma rilevanza giuridica sostanziale: una domanda (principale) di risoluzione legale, correlata ad una richiesta risarcitoria contenuta nei limiti della caparra [...] non è altro che una domanda di accertamento dell'avvenuto recesso (e della conseguente risoluzione legale del contratto) [...] essendo il recesso un'altra forma di risoluzione *ex lege*»⁵³⁷.

11. Conclusioni

I problemi che si sono evidenziati nel corso dell'analisi fin qui compiuta, in uno con la complessità e varietà delle soluzioni giuridiche volta a volta prospettate, rende particolarmente arduo formulare conclusioni che possano dirsi realmente appaganti. Si tratta tuttavia di un momento ineludibile, che dovrebbe essere in grado di individuare, se non un esito, quanto meno una direzione interpretativa e operativa

⁵³⁵ Seppure, proprio con riferimento alle previsioni di recesso in materia di vendita a misura e a corpo citate nel testo, G. Gabrielli, voce *Recesso (dir priv)*, cit., par. 4, ritiene che il recesso si giustifica come reazione (possibile) alla richiesta di rettifica del prezzo convenuto proveniente dal venditore; e tale aspetto lo avvicinerebbe ai recessi impugnatori, non potendo essere accostato sotto il profilo funzionale ad un annullamento del contratto.

⁵³⁶ Oltre a poter rivestire anche una funzione in senso lato probatoria, come indice di serietà dell'intento negoziale frustrato. Per certi versi è quanto osserva G. Gabrielli, op. loc. ult. cit., a proposito del recesso con funzione impugnatoria.

⁵³⁷ Corte di Cassazione, S. U., 14-01-2009, n. 533, cit. In quel caso il problema riguardava la specifica ipotesi di recesso ex art. 1385 c.c.; e dunque l'alternatività (incompatibilità) tra azioni (risarcitorie e di incameramento della caparra) prospettata dalla Suprema Corte, giustificata anche nell'ottica più generale della funzionalità del processo, non sembrerebbe rivestire alcuna funzione in fattispecie nelle quali gli effetti della risoluzione (di diritto) finirebbero con il non distinguersi da quelli prodotti dal recesso. In giurisprudenza si ritiene che un atto processuale possa equivalere all'esercizio del diritto di recesso, se è inequivoca la volontà del recedente: Corte di Cassazione, 3-10-1997, n. 9666, in *De Jure*; Corte di Cassazione, 11-06-1998, n. 11899, cit.; Corte di Cassazione, 21-09-2000, n. 12496, in *De Jure*; Corte di Cassazione, 07-01-2011, n. 263, in *De Jure* (aventi ad oggetto fattispecie di disdetta dal contratto di locazione fatta tramite notifica della citazione nel procedimento di licenza per finita locazione).

convincente. Del resto, come al giudice non è consentito formulare una pronuncia di *non liquet*, parimenti all'interprete non è consentito sottrarsi dall'esprimere il proprio convincimento sui problemi concreti con cui gli è dato di confrontarsi.

Il fatto che vi sia un problema alla base dei conflitti che hanno interessato la giurisprudenza sulla inutilizzabilità della prestazione è un dato innegabile; così come è innegabile la mancanza di un riferimento normativo puntuale nella regolazione del fenomeno. Inoltre è difficile non notare come le questioni poste dalla inutilizzabilità della prestazione non siano nuove nel panorama giuridico del nostro ordinamento. Si è potuto infatti considerare una effettiva continuità tra argomenti giuridici posti a giustificazione della inutilizzabilità della prestazione e quelli fissati dalla giurisprudenza sui presupposti contrattuali, passando per quel medio fondamentale costituito dall'avvento della 'causa in concreto'. Proprio l'argomento della causa in senso concreto sembra aver consentito alla giurisprudenza di percorrere un'interpretazione dai tratti maggiormente obiettivi nel risolvere controversie in cui si poneva essenzialmente un problema di 'frustrazione degli scopi negoziali'. Una continuità con tale problematica è sembrato pure di scorgersela nei tentativi di interpretazione estensiva, o 'relativizzante', delle norme positive sulle sopravvenienze contrattuali, ed in particolare delle regole in materia di impossibilità sopravvenuta: maggiore è stato ritenuto l'ambito oggettivo del contratto – includendovi in particolare l'idoneità dell'oggetto dedotto in contratto a soddisfare certe funzioni/finalità tipiche o contrattualizzate – più esteso è risultato l'ambito applicativo delle stesse norme risolutorie.

Volendo provare a svolgere una sintesi, i problemi che si sono riscontrati possono essere ricondotti a due ambiti: da una parte, la rilevanza di un certo interesse creditorio o di una certa utilità assicurata dal contratto; dall'altra parte, il governo della frustrazione di quell'interesse o quell'utilità.

Il primo ambito problematico pone una questione di «selezione degli interessi giuridicamente rilevanti»⁵³⁸. Le diverse teorie, e i diversi momenti di analisi in cui le stesse teorie si incentrano, risultano volti a individuare quando un interesse possa dirsi essenziale nel concreto programma negoziale delle parti. Un ruolo centrale in questa ricerca è svolto, con tutta evidenza, dal momento interpretativo. La vicenda della presupposizione è, sotto questo profilo, davvero indicativa della molteplicità di aspetti e criteri che possono venire in rilievo per individuare un interesse creditorio giuridicamente rilevante.

Quanto elaborato in materia di presupposizione sembra illuminare anche il secondo ambito problematico, cui si è dedicata specialmente l'analisi di questo Cap. 3, ovvero sia il 'come' gestire la sopravvenienza che incide sulla realizzabilità dell'interesse riconosciuto come rilevante. Proprio gli studi e le applicazioni in materia di presupposizione sembrano mostrare una sorta di naturale flessibilità dal pun-

⁵³⁸ Tra i tanti, può in questa sede ricordarsi quanto rilevato da A. Belfiore, *La presupposizione*, cit., p. 35 sgg., nel seguente passo, già citato: «se si vuole rappresentare per grandi linee la vicenda della presupposizione si può soltanto dire che essa ha ruotato attorno al tema generale dei criteri di giuridificazione o selezione degli interessi (delle situazioni o circostanze) puntualmente non regolati né in via patizia né in via normativa».

to di vista dei rimedi⁵³⁹. Non si nasconde che l'analisi delle fattispecie concrete sembra mostrare che si tratti di un carattere di flessibilità più affermato che applicato, incentrandosi sempre sul rimedio caducatorio su istanza di parte ad effetto retroattivo. Ciò nonostante, è interessante rilevare che l'argomento principale di tale asserita flessibilità deriverebbe dalla stessa natura *praeter-legislativa* della figura della presupposizione. Infatti, pur potendo essere la stessa sussunta, talvolta, in fattispecie normative tipiche (l'errore, l'impossibilità, l'eccessiva onerosità ecc.), essa tende a sfuggire a regole tipiche, non pensate per offrirle albergo. A tal proposito, dal punto di vista comparatistico, un dato importante emerge dall'analisi dell'esperienza tedesca: in Germania, proprio una norma del tipo clausola generale, il § 242 BGB sulla buona fede contrattuale, ha infatti costituito il fondamento normativo per la teoria dei *Geschäftsgrundlage*, così mostrando la necessità di ricollegere il rimedio in una cornice normativa ampia e duttile.

Sotto questo aspetto, ovvero in relazione al carattere della flessibilità del rimedio, si è potuto considerare che la giurisprudenza sull'inutilizzabilità è sorta condividendo questo carattere⁵⁴⁰, mentre, subito dopo⁵⁴¹, ha optato per l'irrigidimento dei rimedi applicabili, facendo ricorso essenzialmente all'art. 1463 c.c.

La scelta di applicare il rimedio della risoluzione per impossibilità sopravvenuta totale, se da un lato consente di predisporre un rimedio certo al problema, porta con sé alcune conseguenze problematiche che si sono cercate di tratteggiare. Così, in particolare, l'effetto restitutorio totale, salvi i contratti ad esecuzione continuata o periodica, pone il problema della necessità di compensare le attività preparatorie o di inizio di esecuzione svolte dai contraenti (normalmente dal debitore) in buona fede. E, ancora, di non chiara comprensione logico-giuridica risulta la possibile convivenza tra risoluzione automatica (ex art. 1463 c.c.) e possibile rilevanza dei rimedi manutentivi, che si è visto aver trovato di recente un riconoscimento anche giurisprudenziale⁵⁴².

Per quanto concerne il problema della compensazione delle attività preparatorie o di inizio di esecuzione affrontate da una delle parti del contratto, si è potuto considerare che mentre si ritrova in dottrina l'opinione di chi afferma la necessità di una qualche forma di indennizzo⁵⁴³, il fondamento di questa compensazione permane tuttora incerto. Vi sono certamente alcuni indici normativi in grado di mostrare come non possa dirsi del tutto ignoto al sistema un meccanismo di compensazione delle spese affrontate da una delle parti di fronte al verificarsi di eventi sopravvenuti (il caso della disciplina delle variazioni nel contratto di appalto è forse il più chiaro in

⁵³⁹ Si rammenta la nota e ricorrente opinione di H. Köhler, *Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung*, cit., p. 296, secondo cui «la forza dei fondamenti negoziali risiede nella sua debolezza, cioè nella flessibilità dei confini interni della fattispecie e delle sue conseguenze giuridiche».

⁵⁴⁰ Corte di Cassazione, 24-07-2007, n. 16315, cit.

⁵⁴¹ Cfr. Corte di Cassazione, 14-08-2007, n. 26598, cit.; T. Varese, sent. 4-10-2010, cit.; e, in maniera meno esplicita, ma cionondimeno adesiva, Corte di Cassazione, 02-10-2014, n. 20811, cit. Sul punto si rinvia alle considerazioni già svolte (cfr. in part. Cap. 1, nota 123).

⁵⁴² Cfr. T. Bari, ord. 14-06-2011, e ord., 31-07-2012, citt.

⁵⁴³ V. in part. gli Autori citati ai par. 4 e 5 e del presente Cap. 3.

questo senso⁵⁴⁴). Tuttavia, le norme, pur interpretabili estensivamente, restano norme di tipo settoriale⁵⁴⁵, applicabili analogicamente solo qualora i rapporti da regolare presentino, per l'appunto, analogie tipologiche, anche solo per alcuni aspetti⁵⁴⁶.

Ben più solida viene dunque ad essere la ricostruzione fondata su di un parametro normativo di carattere generale. In questa ricerca, l'art. 1464 c.c. è sembrato norma tendenzialmente più adatta, almeno rispetto all'art. 1463 c.c., a regolare il fenomeno, sia sul piano sostanziale⁵⁴⁷, sia, soprattutto, su quello rimediabile. Infatti, si sono valorizzati tanto la mancanza di effetti automatici della risoluzione (sottolineando la prevalenza di un interesse particolare del creditore al mantenimento in vita del contratto), quanto la previsione di una modalità conservativa del contratto, la *reductio ad aequitatem*, maggiormente conciliabile con la prospettiva manutentiva cui si è potuto fare qualche cenno. Ad ogni buon conto non risulta facile rinvenire una norma nel sistema che offra sicuro appiglio per la risoluzione delle controversie di cui ci stiamo occupando.

Qualche spunto potrebbe giungere osservando meglio la dinamica dei rimedi manutentivi. Ed infatti, se pure si tratta di rimedi il cui ambito applicativo viene circoscritto dalla dottrina maggioritaria alla tipologia contrattuale socio-economica dei contratti a lungo termine, si è visto come, in realtà, i contorni giuridici dello stesso contratto a lungo termine siano tutt'altro che definiti. Inoltre, potrebbe anche darsi che l'esigenza di conservare il contratto non sia solo propria di questa tipologia contrattuale, ma possa estendersi ad altre figure contrattuali, ove il calcolo costi-benefici ed ogni altro elemento valutativo del caso rendano più ragionevole la soluzione conservativa piuttosto che quella risolutoria.

La vicenda dei rimedi manutentivi, con la ricostruzione di un obbligo di rinegoziazione secondo correttezza sanzionabile per taluno anche in forma specifica, consente di affrontare il problema dell'indennizzo in un'ottica nuova.

Nel caso di specie, il punto di partenza è costituito dalla mancanza – apparente – di un preciso dovere di restituzione/compensazione. Ci sembra comunque corretto quantomeno interrogarci se le stesse regole di buona fede e correttezza invocate nella prospettiva conservativa, possano giocare un ruolo rispetto a tale funzione.

La premessa teorica di un simile problema è che la risoluzione tra le parti produca comunque l'effetto, sia che vi sia una restituzione da effettuare sia che non vi sia alcuna restituzione, di instaurare tra di esse un 'rapporto giuridico', volto a disciplinare gli effetti del pregresso rapporto contrattuale. Come tale, esso dovrebbe essere caratterizzato, come ogni altro rapporto giuridico di matrice obbligatoria, dal rispetto degli obblighi di buona fede. Questo effetto si dovrebbe avere, tanto più tenu-

⁵⁴⁴ Cfr. Art. 1660 c.c., e le osservazioni già svolte a riguardo, spec. in conclusione del par. 5, in questo Cap. 3.

⁵⁴⁵ Si è cercato di scorgerne alcune, sempre nel par. 5, in questo Cap. 3.

⁵⁴⁶ Sui diversi criteri di qualificazione e di individuazione della disciplina applicabile, cfr. G. Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., p. 256 sgg.; e, più estesamente, R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 439 sgg.

⁵⁴⁷ Sul punto si rimanda al concetto di «impossibilità relativa qualitativa», che si è enucleato al Cap. 2, parr. 2 sgg.

to conto del legame di derivazione diretta tra rapporto originario contrattuale, e rapporto restitutorio derivato di matrice legale.

Non risulta peraltro una premessa priva di riscontri a suo sostegno. In dottrina si è analizzato criticamente i diversi modelli giuridici di regolazione delle restituzioni contrattuali, rilevandone la natura relativa⁵⁴⁸. In particolare, tra i diversi modelli restitutori, incentrati sulla *restitutio in integrum* e definiti ‘retrospettivi’, cui si riconduce anche il nostro, e quelli prospettici, tipici della Common Law, normalmente incentrati sulla regolazione dell’esistente, si osserva una sempre maggiore contaminazione⁵⁴⁹. Inoltre, si sottopone a vaglio critico l’aspetto della indifferenza delle cause in virtù delle quali si arriva a dover regolare le restituzioni contrattuali. Le cause che fondano le restituzioni hanno una funzione specifica che incide sulla gestione del rapporto che sorge dalla causa d’indebito.

In particolare, nelle ipotesi di *causam finitam*, ovvero di vizi funzionali del rapporto contrattuale come nel caso delle sopravvenienze contrattuali⁵⁵⁰, il contratto e il rapporto che ha potuto nel frattempo avere un inizio di esecuzione possono avere il loro peso nella vicenda restitutoria. L’unitarietà del modello della *condictio indebiti*, incentrata sulla rigida retroattività degli effetti risolutivi, viene così relativizzata, giungendo ad affermare la rilevanza delle regole contrattuali anche in materia restitutoria⁵⁵¹.

Ci sembra che questa prospettiva, che interessa propriamente il regime delle restituzioni contrattuali, potrebbe costituire un argomento di conforto della prospettata rilevanza di obblighi di correttezza anche nella gestione degli effetti della risoluzione. Di fronte al verificarsi di una sopravvenienza perturbatrice, dunque, può dirsi che o le parti addivengono ad una rinegoziazione delle condizioni contrattuali; oppure, ove la rinegoziazione sia impossibile, inesigibile o comunque non ammissibile, le stesse regole di buona fede ed equità che fondano il dovere di rinegoziare potrebbero fondare altresì il dovere per le parti di ‘risolvere il contratto a condizioni sostenibili ed esigibili per entrambi i contraenti’.

Nella compensazione delle attività preparatorie o di inizio di esecuzione, come si è già avuto modo di precisare, non dovrebbe esserci spazio per questioni risarcitorie, ma solo il problema di verificare e riconoscere che quanto fu prestato e fatto da un contraente, lo fu nell’interesse (anche) dell’altra parte. Sfuma, in questa valutazione, qualsivoglia prospettiva di guadagno, non potendo richiedersi – e comunque non dovendosi ammettere – alcuna compensazione in relazione al lucro che si sareb-

⁵⁴⁸ A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 241 sgg. Si v. anche E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit.

⁵⁴⁹ A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 245 sgg. L’A. formula, a p. 253, anche una conclusione *de jure condendo*, affermando che «l’indirizzo che sembra doversi preferire, anche in chiave di adeguamento, *de jure condendo*, della nostra legislazione, in tema di restituzioni da dissoluzione del contratto per cause sopravvenute, resta quello ispirato al principio di irretroattività, e cioè al principio che guarda il fatto dissolutivo in una visuale prospettica e non retrospettiva (modello di Common Law)».

⁵⁵⁰ Id., op. ult. cit., p. 247 sgg.

⁵⁵¹ Id., op. ult. cit., pp. 41-42, p. 241 sgg. L’A. conclude (p. 253) ritenendo che «il regime dell’indebito, in linea principale, non dovrebbe trovare applicazione sul terreno delle restituzioni contrattuali, le quali dovrebbero essere tendenzialmente regolate dagli stessi principi (quanto ad es. al rispetto del principio di reciprocità) del contratto dissolto». Sul punto, si richiama anche la posizione di Stolfi.

be ottenuto con un'espletazione fisiologica del rapporto contrattuale. Si tratterebbe, sostanzialmente, come già detto, di compartecipazione nelle perdite dovute a fatti esterni non imputabili alle parti⁵⁵².

Il potere di risoluzione del contratto, meglio giustificato anche con il riferimento all'art. 1464 c.c. e al diritto di recesso ivi previsto, verrebbe ad essere considerato nel suo aspetto di contenuto legale, scaturente dalla stipula del contratto stesso, da esercitare nei limiti e con l'osservanza degli obblighi previsti dall'ordinamento⁵⁵³.

Tra di esse si è detto, quelle di buona fede, che dovrebbe imporre ad una parte di riconoscere che quanto fu fatto diligentemente e in buona fede dall'altra parte, fu fatto anche nel proprio interesse alla corretta esecuzione del contratto. L'ipotesi non sembra del tutto priva di giustificazione, se solo si considera l'ambito applicativo del quale ci stiamo occupando: le sopravvenienze imputabili, non riconducibili alla responsabilità di nessuna delle parti, per le quali la sopportazione del peso economico delle stesse solo in capo ad una sola di esse potrebbe risultare davvero irragionevole. Perché, infatti, le regole generali (salvo dunque regolazioni particolari) di ripartizione di rischio dovrebbero portare ad imputare ad una sola delle parti il costo della sopravvenienza, e non invece a ripartirlo tra di esse?

La disciplina dell'integrazione del contratto, in fondo, comporta proprio questo, che il contratto non produca solo gli effetti che le parti hanno inteso, ma anche quelli che la legge, gli usi o l'equità prevedono in relazione a ciascuna singola fattispecie (art. 1374 c.c.). La buona fede, dal canto suo, dovrebbe impedire alle parti stesse di opporsi ad un simile effetto. L'integrazione, in questo caso, sarebbe di tipo non cogente, ma suppletiva, applicabile se le parti non hanno diversamente disposto, e se non risulti altrimenti applicabile un diverso criterio di ripartizione.

Il peso della risoluzione per frustrazione dello scopo contrattuale, infatti, salvo ipotesi particolari, come nel caso di legge protettiva⁵⁵⁴, dovrebbe essere, in linea di massima, compartecipato da entrambe le parti. La misura della compartecipazione, tendenzialmente paritaria, dovrebbe però tener conto di ogni possibile elemento in grado di collocare i costi parzialmente o totalmente su una sola delle parti. Così può pensarsi, ad esempio, alle possibili negligenze tanto nella fase di regolazione (come il non aver proceduto a regolare un fattore di rischio prevedibile; o il non aver proceduto ad assicurare un certo risultato con strumenti disponibili ed esigibili), quanto nella fase esecutiva o pre-esecutiva (come l'aver affrontato spese incaute o superflue).

⁵⁵² Questo aspetto, della compartecipazione nelle perdite, e dalla mancanza di rilievo dei mancati guadagni dovrebbe anche consentire di evitare possibili approfittamenti ingiusti di chi si adopera molto – troppo – subito in vista di un risultato, sapendo che in caso di mancato raggiungimento del risultato stesso per fatti imputabili, potrà essere tenuto indenne dall'altra parte.

⁵⁵³ Del resto, proprio con riferimento al recesso si è posta in giurisprudenza la questione dei limiti ordinamentali all'esercizio di un diritto soggettivo che si pretendeva arbitrario (Noto è il caso Renault di cui a Cass. Civ., sent. n. 20106/2009 cit.; ma in materia di recesso vi sono altre casistiche (recesso *ad nutum* dall'apertura di credito in conto corrente). La questione che si sta valutando è tuttavia in parte diversa, inerendo al se questa limitazione al diritto, insita nel concetto di doverosità, possa estendersi dalle *modalità di esercizio del diritto* stesso, agli *effetti conseguenti* al rimedio; ovvero, nel disciplinare gli effetti del rimedio stesso.

⁵⁵⁴ Si v. il caso dei *package*, da cui si è preso le mosse nel Cap. 1.

In questa valutazione sembra potersi attribuire rilievo anche alla prospettiva gius-economica.

L'idea che il contraente maggiormente in grado di sopportare il rischio delle sopravvenienze⁵⁵⁵ ne sopporti il peso sembra un'idea convincente sul piano economico. Il nostro sistema normativo, dal canto suo, apparentemente non accoglie un siffatto criterio extra-giuridico. Un'analisi più attenta mostra, tuttavia, che il criterio del contraente 'maggiormente in grado di far fronte alle sopravvenienze', pur con tutte le incertezze in ordine all'accertamento dei criteri in base al quale individuare tale contraente, può essere utilizzato tra i parametri utilmente invocabili in relazione al metro di diligenza esigibile. Si è fatto riferimento, poco sopra, al criterio della negligenza nella regolazione o nella esecuzione. Ebbene, una parte maggiormente in grado di sopportare i pesi delle sopravvenienze è senz'altro una parte che avrebbe avuto maggiore capacità di predisporre o comunque proporre una regolazione delle sopravvenienze stesse; una parte, quindi, alla quale è possibile richiedere un maggior grado di diligenza, anche pre-contrattuale⁵⁵⁶. La mancata regolazione potrebbe dunque costituire una forma di negligenza regolatoria che dovrebbe comportare, sulla base di un principio di autoresponsabilità, e sulla falsariga del principio del concorso colposo del danneggiato (art. 1227 c.c.)⁵⁵⁷, una ripartizione dei pesi derivanti dalle sopravvenienze contrattuali, che tenga conto anche di questo aspetto.

⁵⁵⁵ Nel senso già indicato *supra*, par. 4, in questo Cap. 3.

⁵⁵⁶ Una contaminazione tra regole di correttezza e regole di diligenza si rinviene proprio nelle attività pre-contrattuali, laddove l'art. 1338 c.c. fa riferimento alla(-e conseguenze risarcitorie per la negligente) parte che «avrebbe dovuto conoscere» le cause di invalidità del contratto (e non ne informi l'altra parte). È infatti evidente che il metro per conoscere le cause di invalidità attiene al parametro di diligenza e non a quello di correttezza, che invece concerne il dovere informativo delle cause di invalidità (o inefficacia) diligentemente rilevate (o negligenzatamente ignorate). Per questi rilievi, con riferimento alla buona fede pre-contrattuale, chiarissimo V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 175 sgg. («anche la diligenza è una componente della buona fede dell'art. 1337»), il quale peraltro offre una sintetica giustificazione della estensione in via interpretativa del disposto dell'art. 1338 c.c. anche alla mancata comunicazione di cause di inefficacia del contratto. Un inquadramento della funzione e dei significati del dovere di diligenza nel diritto delle obbligazioni, nel *mare magnum* di riferimenti possibili, è offerto da U. Breccia, *L'obbligazione*, cit., p. 233 sgg. e p. 461 sgg.

⁵⁵⁷ Si tratta di un dato ormai acquisito, in materia civile, quello della atipicità delle fonti produttive di un obbligo giuridico di azione. La giurisprudenza maggioritaria riconnette infatti all'art. 1227 c.c. il comportamento omissivo del danneggiato attuato non solo in violazione di legge ma, più in generale, in violazione dei doveri di diligenza e correttezza. Cfr. Corte di Cassazione, 08-01-1997, n. 72, in *De Jure*; Corte di Cassazione, 14-10-1992, n. 11207, in *De Jure*; Corte di Cassazione, 29-07-2004, n. 14484, in *De Jure*; Corte di Cassazione, 23-05-2006, n. 12111, in *De Jure*.

Abbreviazioni

Principali abbreviazioni usate

[...]	interpolazione o eliminazione
[N.d.A.]	nota dell'autore
A., AA.	autore, autori
a., aa.	anno, anni
art., artt.	articolo, articoli
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BT-Drs	Deutscher Bundestag-Drucksachen
cap., capp.	capitolo, capitoli
Cass.	Corte di Cassazione
c.	colonna
c.c.	codice civile
c.d.	così detto
cfr.	confronta, vedi
CGUE	Corte di giustizia dell'Unione europea
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods
cit.	citato
cod., codd.	codice, codici
Cod. Cons.	Codice del Consumo (d.lgs. n. 206/2005)
col., coll.	colonna, colonne
Conv.	Convenzione
Cost.	Costituzione della Repubblica
c.p.c.	codice di procedura civile
D-CFR	The Draft of a Common Frame of Reference
d.l.	decreto legge
d.lgs.	decreto legislativo
ed., edd.	edizione, edizioni
es.	per esempio
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
<i>ex multis</i>	tra i tanti
fsc., fsc.	fascicolo, fascicoli
<i>Ibidem</i>	stesso luogo o pagina all'interno di un titolo citato
Id.	Idem
<i>infra</i>	vedi sotto
Ivi	stesso luogo con pagina diversa
L.	legge
misc.	miscellanea
ms., mss.	manoscritto, manoscritti

La inutilizzabilità della prestazione

n., nn.	numero, numeri
op. loc. ult. cit.	opera e loco ultimi citati
op. ult. cit.	opera ultima citata
p., pp.,	pagina, pagine
par., parr.	paragrafo, paragrafi
<i>passim</i>	la citazione ricorre frequentemente nell'opera
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	Principles of International Commercial Contracts
s.d.	senza data
s.e.	senza editore
si v.	si veda
s.l.	senza luogo
sec. secc.	secolo, secoli
sent., sentt.	sentenza, sentenze
sez.	sezione
sg., sgg.	seguito, seguiti
<i>supra</i>	vedi sopra
tr. it., tr. ingl. ecc.	traduzione italiana, traduzione inglese, ecc.
Trib.	Tribunale
vol., voll.	volume, volumi.

Abbreviazioni delle principali riviste, enciclopedie e trattati

Arch. civ.	Archivio civile
Arch. giur. oo. pp.	Archivio giuridico delle opere pubbliche
Banca borsa	Banca, borsa e titoli di credito
Comm. al C.C.	Commentario al Codice Civile
Comm. del Cod. Civ.	Commentario del Codice civile
Contr.	I Contratti
Contr. impr.	Contratto e impresa
Contr. impr. Eur.	Contratto e impresa Europa
Corr. giur.	Corriere giuridico
D&G	Diritto & Giustizia
Danno resp.	Danno e responsabilità
Dig. disc. priv. civ.	Digesto delle discipline privatistiche sezione civile
Dir. comm. int.	Diritto del commercio internazionale
Dir. gest. ambiente	Diritto e gestione dell'ambiente
Dir. giur.	Diritto e giurisprudenza
Dir. ind.	Diritto industriale
Dir. leg. comm. est.	Diritto e legislazione del commercio estero
Dir. priv.	Diritto privato
Dir. relaz. ind.	Diritto delle relazioni industriali
Dir. trasp.	Diritto dei trasporti
D&L	Di-elle, Rivista critica di diritto del lavoro
Enc. dir	Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano
Enc. giur.	Enciclopedia giuridica Treccani, Roma
Europa dir. priv.	Europa e diritto privato

Pietro Peruzzi

Fam. dir.	Famiglia e Diritto
Foro civ.	Foro civile
Foro it.	Foro italiano
Foro it. Rep.	Foro italiano -Repertorio
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giur. loc. Modena	Giurisprudenza locale, Modena
Giur. merito	Giurisprudenza di merito
Giur. Napoletana	Giurisprudenza napoletana
Giust. civ.	Giustizia civile
Giust. civ. Mass.	Giustizia civile-massimario annotato dalla Cassazione
La nuova Giur. it.	La nuova giurisprudenza italiana
NGCC	Nuova giurisprudenza civile commentata
Mass. foro it.	Massimario del Foro italiano
Mass. giur. it.	Massimario di giurisprudenza italiana
Nov. Dig. It.	Novissimo Digesto italiano
Nov. Dig. It., App.	Novissimo Digesto italiano – Appendice
Nuove leg. civ. comm.	Nuove leggi civili commentate
Obbl. e Contr.	Obbligazioni e Contratti
Rass.dir.civ.	Rassegna di diritto civile
Rep. Gen. della Giur. it.	Repertorio generale annuale della Giurisprudenza italiana
Resp. civ. prev.	Responsabilità civile e previdenza
Resp. com. impr.	Responsabilità comunicazione impresa
Riv. crit. dir. priv.	Rivista critica del diritto privato
Riv. dir. comm.	Rivista del diritto commerciale
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. impr.	Rivista di diritto dell'impresa
Riv. dir. eur.	Rivista di diritto europeo
Riv. dir. ind.	Rivista di diritto industriale
Riv. dir. priv.	Rivista di diritto privato
Riv. giur. lav.	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza
Riv. Giur. Sarda	Rivista giuridica sarda
Riv. it. dir. lav.	Rivista italiana di diritto del lavoro
Riv. Notariato	Rivista del notariato
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
Tr. del Contratto	Trattato del contratto
Tr. Dir. Civ. Cons. Naz. Notar.	Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato
Vita not.	Vita notarile

Bibliografia

Giurisprudenza

- Corte di Cassazione, 12-05-1943, n. 1149 (solo massima), «Mass. Foro it.», 1943, c. 284;
Corte di Cassazione, 26-03-1947, n. 432, «Riv. Dir. Comm.», 1947, II, 286;
Corte di Cassazione, 17-05-1949, n. 1221, «Riv. Dir. Comm.», 1951, II, p. 77;
Corte di Cassazione, 9-03-1954, n. 671, «Foro it.», 1954, I, p. 1276;
Corte di Cassazione, 20-06-1958, n. 2148, «Giur. it.», 1959, I, p. 329-333;
Corte di Cassazione, 10-11-1961, n. 2632, «Foro it.», 1962, I, p. 238;
Corte di Cassazione, 9-11-1961, n. 2636, «Foro it. Rep.», 1961;
Corte d'Appello Trieste, 16-07-1962, «Le corti di Brescia, Venezia e Trieste», 1962, 711-714;
Tribunale Camerino, 10/05/1966, «Foro it.», 1966, I, 1414-1419;
Corte di Cassazione, 18-05-1967, n. 1051, «Il Foro padano», 1968, I, 670-671;
Corte d'Appello Firenze, 08-10-1966, «Il Foro padano», 1968, I, 671-674;
Corte d'Appello Firenze, 16-07-1966, «Il Foro padano», 1968, I, 674-675;
Corte d'Appello Firenze, 26-04-1966, «Il Foro padano», 1968, I, 675-677;
Corte di Cassazione, S.U., 06-02-1971, n. 311, «Giust. Civ.», 1971, I, 183;
Corte di Cassazione, 06-07-1971, n. 2104 (solo massima), «Rep. Gen. della Giur. it.», 1971, II, 3023;
Corte d'Appello Napoli, 02-02-1972, «Il Foro padano», 1973, I, 148;
Tribunale Verona, 02-01-1972 (solo massima), «Rep. Gen. della Giur. it.», 1973, II, 2578;
Corte di Cassazione, 03-10-1972, n. 2828, in «Giur. it.», 1974, I, 835-840;
Corte di Cassazione, 06-10-1972, n. 2878, in «Giur. it.», 1974, I, 820-826;
Corte di Cassazione, 10-04-1973, n. 1028 (solo massima), «Rep. Gen. della Giur. it.», 1973, II, 2578;
Corte di Cassazione, 19-04-1974, n. 1080, «Il Foro padano», 1974, I, 267-270;
Corte di Cassazione, 17-05-1976, n. 1738, «Foro it.», 1976, I, 2399-2406;
Corte di Cassazione, 26-06-1980, n. 4018, «Giur. it.», 1981, I, 1, 1500;
Corte di Cassazione, 21-07-1980, n. 4775, «Foro it.», 1981, I, 1352-1358;
Corte di Cassazione, 24-01-1980, n. 588 (solo massima), in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 19-03-1981, n. 1635, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 29-06-1981, n. 4249, «Giur. it.», 1982, I, 1, 672;
Corte di Cassazione, 22-09-1981, n. 5168, «Foro it.», 1982, I, 104-108;
Corte di Cassazione, 24-04-1982, n. 2548 (solo massima), in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 28-10-1982, n. 5641 (solo massima), «Mass. Giur. It.», 1982;
Corte di Cassazione, 09-02-1985, n. 1064, «Arch. civ.», 1985, I, 319-321;
Collegio Arbitrale, lodo del 08-08-1985, «Arch. giur. oo. pp.», 1986, 1313;
Corte di Cassazione, 02-01-1986, n. 20, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 26-01-1987, n. 718, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 04-03-1987, n. 2282, in *De Jure*;

La inutilizzabilità della prestazione

- Corte di Cassazione, 13-03-1987, n. 2621, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 15-12-1987, n. 9272, in *De Jure*;
Tribunale Milano 10-04-1989, «Giur. Merito», 1991, I, 99;
Corte di Cassazione, 18-07-1989, n. 3347, «Foro it.», 1990, I, 564-577;
Corte di Cassazione, 31-10-1989, n. 4554, «Rassegna giuridica dell'energia elettrica», 1991, 523-534;
Corte di Cassazione, 11-08-1990, n. 8200, in *De Jure*;
Corte d'Appello Milano, 03-07-1991, «Giur. Merito», 1993, 1016;
Tribunale Roma, 10-10-1991, «Giust. Civ.», 1992, I, 2205;
Corte di Cassazione, 03-12-1991, n. 12921, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 17-12-1991, n. 13578, in *De Jure*;
Collegio arbitrale, Lodo del 20-07-1992, «Dir. Comm. int.», 1993, 443;
Corte di Cassazione, 19-08-1992, n. 9675, in *De Jure*;
Tribunale Roma, 16-09-1992, «Rassegna giuridica dell'energia elettrica», 1995, 930-933;
Corte di Cassazione, 14-10-1992, n. 11207, in *De Jure*;
Tribunale Trento, 10-12-1992, «NGCC», 1993, I, 853;
T. Milano, 14-12-1992, «I contratti», 1994, 675;
Corte di Cassazione, 23-12-1992, n. 728, in *De Jure*;
Pretura Taranto, 24-03-1993, n. 166, «Arch. civ.», 1993, 1298-1300;
Corte di Cassazione, 13-05-1993, n. 5460, in *De Jure*;
Tribunale Parma, 22-05-1993, «I contratti», 1993, 639-642;
Corte di Cassazione, 28-08-1993, n. 9125, «I contratti», 1993, 677-680;
Collegio Arbitrale, lodo del 28-07-1994, «Vita Notarile», 1995, I, 150-173;
Corte di Cassazione, 20-04-1994, n. 3775, «Giust. Civ.», 1994, 2159;
Corte di Cassazione, 03-11-1994, n. 9060, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 09-11-1994, n. 9304, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 05-01-1995, n. 191, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 28-01-1995, n. 1040, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 29-03-1995, n. 3688, «I contratti», 1995, 3, 277;
Corte di Cassazione, 10-04-1995, 4119, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 08-08-1995, n. 8689, in *De Jure*;
Tribunale Pescara, 05-10-1995 (solo massima) «Foro it. Rep.», 1998;
Corte di Cassazione, 20-11-1995, n. 12017, in *De Jure*;
Corte d'Appello Milano, 01-03-1996, «I contratti», 4/1997, 386;
Corte di Cassazione, 08-01-1997, n. 72, in *De Jure*;
Giudice di Pace Foggia, 18-01-1997 (solo massima), «Foro it. Rep.», 1998;
Tribunale Roma, 20-01-1997, «Foro it.», 1998, I, 613-620;
Tribunale Pescara, 24-01-1997, «Foro it.», 1998, I, 613-620;
Corte di Cassazione, S.U., 01-07-1997, n. 5900, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 05-08-1997, n. 7197, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 3-10-1997, n. 9666, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 14-01-1998, n. 295, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 24-03-1998, n. 3083, «Giur. it.», 1998, Recentissime, 60-61;
Corte di Cassazione, 20-04-1998, n. 4013, in *De Jure*;
Tribunale Arezzo, 08-05-1998, n. 293, in «Toscana Giurisprudenza», 1999, 10-13;
Corte di Cassazione, 29-05-1998, n. 5297, in *De Jure*;
Tribunale Napoli, 25-06-1999, «Giur. Napoletana», 2000, 182;
Corte di Cassazione, 30-03-2000, n. 3908, in *De Jure*;
Tribunale Sondrio, 31-05-2000, «Foro it.», 2000, I, 2832;
Corte di Cassazione, 21-09-2000, n. 12496, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 06-10-2000, n. 13333 (solo massima), in *De Jure*;

Tribunale Savona, 07-03-2001, «Famiglia e Diritto», 2001, 529-533;
Corte di Cassazione, 21-11-2001, n. 14629, «Vita Notarile», 2002, 397-401;
CGUE, 12-03-2002 (C-168/00), <www.curia.europa.eu> (03/16);
Corte di Cassazione, 09-12-2002, n. 17534, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 10-02-2003, n. 1952, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 06-06-2003, n. 9130, in *De Jure*;
Corte d'Appello Torino, 11-07-2003, «Giur. Merito», 2004, I, 6-10;
Consiglio di Stato, 29-07-2003 n. 4312, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 03-04-2003, n. 1539, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 23-07-2003, n. 11454, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 27-02-2004, n. 4016, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 04-03-2004, n. 4411, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 29-07-2004, n. 14484, in *De Jure*;
Corte d'Appello Genova, 01-09-2004, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 23-09-2004, n. 19144, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 29-09-2004, n. 19563, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 29-03-2005, n. 6570, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 17-05-2005, n. 10340, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 26-09-2005, n. 18785, in *De Jure*;
Tribunale Isernia, 18-10-2005, «Giur. Merito», 2006, 563;
Corte di Cassazione, 08-11-2005, n. 21647, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 16-02-2006, n. 3440 in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 20-02-2006, n. 3651, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 11-03-2006, n. 5390, «I contratti», 2006, 1079-1084;
Corte di Cassazione, 24-03-2006, n. 6631, «I contratti», 2006, 1085-1087;
Corte di Cassazione, 29-04-2006, n. 10052 in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 02-05-2006, n. 10138 in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 08-05-2006, n. 10490, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 16-05-2006, n. 11356, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 23-05-2006, n. 12111, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 05-09-2006, n. 19076 (solo massima) in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 19-10-2006, n. 22396, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 14-11-2006, n. 24295 in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 21-11-2006, 24696, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 12-03-2007, n. 5701, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 25-05-2007, n. 12235, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 30-05-2007, n. 12700, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 24-07-2007, n. 16315, «Giur. it.», 2008, 857;
Corte di Cassazione, 14-08-2007, n. 17698, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 14-08-2007, n. 26598, in *De Jure*;
Corte d'Appello Firenze, 15-10-2007, «D&L», 2008, 2, 553;
Corte di Cassazione, 18-02-2008, n.3954, in *De Jure*;
Corte d'Appello Firenze, 23-04-2008, n. 690, in *De Jure*;
T.A.R. Brescia, 26-09-2008, n. 1132, in *De Jure* (massima);
Tribunale Perugia, 13-10-2008, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 24-04-2008, n. 10651, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, S.U., 11-09-2008 n. 23385, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 08-10-2008, n. 24830, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, S.U., 11-11-2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, S. U., 14-01-2009, n. 533, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 20-01-2009, n. 1374, in *De Jure*;

La inutilizzabilità della prestazione

- Corte di Cassazione, S.U., 27-01-2009, n. 1875, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 06-02-2009, n. 2997, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 18-02-2009, n. 3913, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 09-03-2009, n. 5664, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 19-03-2009, n. 6664, in *De Jure*;
Tribunale Salerno, 31-03-2009, in *Leggi d'Italia.it*;
Corte di Cassazione, 15-05-2009, n. 11330, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 04-06-2009, n. 12879, in *De Jure*;
Tribunale Torre Annunziata, 12-06-2009, «Riv. It. Dir. Lav.», 2010, II, 173;
Corte di Cassazione, 06-07-2009, n. 15798, in *De Jure*;
Tribunale Cagliari, 02-09-2009, «Riv. Giur. Sarda», 2011, 119;
Corte di Cassazione, 18-09-2009 n. 20106, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 18-09-2009, n. 20245, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 01-10-2009, n. 21074, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 05-10-2009, n. 21237, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 03-12-2009, n. 25401, in *De Jure*;
T.A.R. Catania, 22-12-2009, n. 2196, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 18-03-2010, n. 6558, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 05-05-2010, n. 10899, in *De Jure*;
Tribunale Varese, 4-10-2010, <<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/8514.pdf>>
(01/16);
Corte di Cassazione, 07-01-2011, n. 263, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 12-01-2011, n. 629, in *De Jure*;
Tribunale Bari, ord. 14-06-2011, «I contratti», 7/2012, 571;
Corte di Cassazione, 02-03-2012, n. 3256, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 11-05-2012, n.7256, in *De Jure*;
Corte di Cassazione S.U., 04-07-2012 n. 11135, in *De Jure*;
Tribunale Bari, ord. 31-07-2012, «NGCC», 2013, I, 117;
Corte di Cassazione, 9-10-2012, n. 17117, in *De Jure*;
Tribunale Taranto, 16-10-2012, <<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/9455.pdf>>
(02/16);
Tribunale Taranto, 19-11-2012,
<<http://www.altalex.com/documents/massimario/2013/05/17>> (02/16);
Corte di Cassazione, 11-12-2012, n. 22619, in *De Jure*;
Tribunale Roma, ord. 24-12-2012, «Riv. Giur. Lav.», 2013, II, 274;
Tribunale Modena, 31-01-2013, in *De Jure*;
Tribunale Modena, 20-02-2013, n. 249, in «Giur. loc. Modena», 2013;
Corte di Cassazione, 28-02-2013, n. 5033, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 14-06-2013, n. 15025, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 03-07-2013, n. 16629, «I contratti», 2014, 2, 156;
Corte di Cassazione, 15-11-2013, n. 25777, in *De Jure*;
Tribunale Milano, 12-02-2014, n. 2106, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 09-04-2014, n. 12061, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 03-07-2014, n. 15267, in *De Jure*;
Tribunale Roma, 17-09-2014, n. 18390, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 02-10-2014, n. 20811, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 12-12-2014, n. 26214, in *De Jure*;
Corte di Cassazione S.U., 12-12-2014, n. 26242, n. 26243, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 04-05-2015, n. 8867, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 12-06-2015, n. 12294, in *De Jure*;
Corte di Cassazione, 23-09-2015, n. 18813, in *De Jure*;

Dottrina italiana

Manualistica, Trattati, Voci enciclopediche, Commentari

- Albanese A., *L'azione di arricchimento senza causa*, in Franzoni M. (a cura di), *Le obbligazioni*, III, Utet, Torino, 2005;
- Alessi R., *La disciplina generale del contratto*, Giappichelli, Torino, 2015;
- Alpa G., Bessone M. (diretto da), *I contratti in generale*, in Bigiavi W. (fondata da), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Utet, Torino, 1991;
- Alpa G., Martini R., voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1995;
- Alpa G., voce *Rischio (dir. Vig.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Giuffrè, Milano, 1989;
- Id., voce *Rischio contrattuale*, in *Nov. Dig. It., App.* VI, Utet, Torino, 1986;
- Amadio G., *L'inadempimento risolutorio: L'importanza*, in Roppo V. (a cura di) *Rimedi II* in Id. (diretto da), *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006;
- Amadio G., Macario F. (a cura di), *Diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 2014;
- Ambrosoli M., voce *Recesso*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 2014;
- Aru L., *Della gestione di affari altrui, Art. 2028-2032*, in Galgano F. (a cura di) *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981;
- Bessone M., D'Angelo A., voce *Presupposizione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1986;
- Betti E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971 (ed. orig. 1949);
- Id., *Teoria generale del negozio giuridico*, Esi, Napoli, 2002 (ed. orig. 1960);
- Id., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953;
- Bianca C.M., *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000-2004;
- Id., *Diritto Civile*, 4, *L'Obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1990;
- Id., *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2012;
- Bigliazzi Geri L., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1988;
- Birocchi I., voce *Rischio (dir. intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Giuffrè, Milano, 1989;
- Bortolotti F., *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Vol. I, Cedam, Padova, 2001;
- Breccia U., *L'arricchimento senza causa*, in Cannata C.A. et al. (a cura di), *Obbligazioni e contratti*, I, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di Diritto Privato*, Utet, Torino, 1999;
- Id., *Le obbligazioni*, in Iudica G., Zatti P. (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 1991;
- Cabella Pisu L., *Dell'impossibilità sopravvenuta, Art. 1463-1466*, in Galgano F. (a cura di) *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2002;
- Cagnasso O., Cottino G., *Contratti commerciali*, in Cottino G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, IX, Cedam, Padova, 2000
- Id., voce *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1987;
- Id., voce *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, *Diritto Civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVI, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1989;
- Cannata C.A. et al. (a cura di), *Obbligazioni e contratti*, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di Diritto Privato*, Utet, Torino, 1999;
- Id., voce *Oggetto del contratto*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1979;

La inutilizzabilità della prestazione

- Carnevali U., Gabrielli E., Tamponi M., *Il contratto in generale*, Tomo VIII, 2, *La risoluzione* in Bessone M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XIII, Giappichelli, Torino, 2011
- Castronovo C., voce *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1990;
- Cataudella A., *I contratti, parte generale*, Giappichelli, Torino, 2014;
- Cattaneo G., *Della mora del creditore*, Art. 1206-1217, in Galgano F. (a cura di) *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1973;
- Cendon P. (a cura di), *Commentario al Codice Civile Artt. 1343-1469 bis*, Giuffrè, Milano, 2010;
- Chiné G., Fratini M., Zoppini A., *Manuale di diritto civile*, Neldiritto, Roma-Lecce, 2013;
- Ciccarello C., voce *Indennità (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971;
- Costanza M. (a cura di), *II-Effetti*, in Roppo V. (diretto da), *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006;
- Id., (diretto da), *L'appalto privato*, Torino, 2000;
- Id., voce *Revoca*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1998;
- Cuffaro V. (a cura di), *I contratti di utilizzazione dei beni*, in Rescigno P., Gabrielli E. (diretto da), *Trattato dei Contratti*, Vol. 9, Utet, Torino, 2008;
- D'Amico G., voce *Liberazione coattiva del debitore*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1998;
- D'Onofrio P., *Dell'arricchimento senza causa*, Art. 2041-2042, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981;
- De Franchis M., *Dizionario giuridico, Inglese-Italiano*, Giuffrè, Milano 1984;
- De Nova G., voce *Caparra*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1988;
- Id., voce *Clausola penale*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1988;
- Id., voce *Recesso*, in *Dig. disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1998;
- Delfini F., Morandi F. (a cura di), *I contratti del turismo*, in Rescigno P., Gabrielli E. (diretto da), *Trattato dei Contratti*, Vol. 13, Utet, Torino, 2010;
- Devoto G., Oli G.C., *Dizionario della lingua Italiana*, Le Monnier, Firenze, 2009
- Di Giandomenico G., Riccio D., *I contratti speciali: i contratti aleatori*, in Bessone M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2005;
- Di Majo A., *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173-1176, in Galgano F. (a cura di) *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988;
- Id., *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 2003;
- Di Marzio F., *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008;
- Di Paola S., Pardolesi R., voce *Arricchimento*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, II, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1988;
- Ferrando G., voce *Motivi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XX, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1991;
- Franceschelli V., Morandi F. (a cura di), *Manuale di diritto del turismo*, Torino, 2003;
- Frignani A., Torsello M., *Il contratto internazionale, Diritto comparato e prassi commerciali*, Cedam, Padova, 2010;
- Frignani A., voce *Hardship clause*, in *Dig. disc. Priv. Comm.*, Utet, Torino, 1991;
- Gabrielli E. (a cura di), *I Contratti in generale*, in Rescigno P., Gabrielli E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, Vol. 1, Utet, Torino, 1999-2008;
- Gabrielli G., Padovini F., voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988;
- Galgano F., *Diritto Privato*, Cedam, Padova, 2001;
- Id., *Trattato di diritto civile*, Cedam, Padova, 2010;

- Gallo P., *Arricchimento senza causa e quasi contratti, I rimedi restitutori*, in Sacco R. (diretto da),
- Id., voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, VII, Utet, Torino, 1991;
- Id., voce *La revisione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, XVII, Utet, Torino, 1998;
- Id., voce *Quasi-contratti (I. agg.)*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 2011;
- Id., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 2011;
- Id., voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Addenda, Utet, Torino, 2012
- Gambino F., voce *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XV, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2007;
- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2009;
- Gentili A., *Il diritto come discorso*, in Iudica G., Zatti P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013;
- Id., *La risoluzione parziale*, Jovene, Napoli, 1990;
- Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965;
- Giampieri A., voce *Rischio contrattuale*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1998;
- Giannattasio C., *L'appalto*, in Cicu E., Messineo F. (diretto da) Mengoni L., Schlesinger P. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1967;
- Gianni A. (diretto da), *Dizionario Italiano Ragionato*, D'Anna-Sintesi, Firenze, 1988.
- Giorgianni M., *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1951;
- Girino F., voce *Presupposizione*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, Utet, Torino, 1957, p.780;
- Granelli C. (a cura di), *La formazione, I*, in Roppo V. (diretto da), *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006
- Guastini R., *Interpretare e argomentare*, in Cicu E., Messineo F. (diretto da), Mengoni L., Schlesinger P. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2011;
- Innelli C., voce *Presupposizione*, in Patti S. (diretta da), *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, Il sole-24 ore, Milano, 2007;
- Lanzillo R., *La proporzione tra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Cedam, Padova, 2003;
- Lener R. (coordinato da), *Artt. 2028-2042*, in Gabrielli E. (diretto da), *Comm. del Cod. Civ.*, Utet Giuridica, Torino, 2014;
- Lipari N., Rescigno P. (diretto da), *Diritto civile*, vol. III, *Obbligazioni*, Tomo II, *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2009;
- Luminoso A., *Codice dell'appalto privato*, Giuffrè, Milano, 2010;
- Macario F., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, Giuffrè, Milano, 2008;
- Marini A., voce *Caparra, I*, *Dir. civ.*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, V, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1988;
- Marrella F., *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. XXX, Cedam, Padova, 2003;
- Mazzamuto S., Plaia A., *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012;
- Mengoni L., voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Giuffrè Milano, 1988;
- Modugno F., voce *Norma singolare*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978;
- Monateri P.G., voce *Diritto soggettivo*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, VI, Utet, Torino, 1990;
- Moscati E., *Pagamento dell'indebito, Art. 2033-2040*, in Galgano F. (a cura di) *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981;

La inutilizzabilità della prestazione

- Navarretta E., Orestano A. (a cura di), *Dei contratti in generale, artt. 1350-1386*, in Gabrielli E. (diretto da), *Comm. del Cod. Civ.*, Utet Giuridica, Torino, 2011;
- Idd., (a cura di), *Dei contratti in generale, artt. 1425-1469-bis e leggi collegate*, in Gabrielli E. (diretto da), *Comm. del Cod. Civ.*, Utet Giuridica, Torino, 2011;
- Osti G., voce *Clausola "rebus sic stantibus"*, in *Nov. Dig. it.*, Utet Torino, 1957;
- Id., voce *Impossibilità sopravvenuta*, in *Nov. Dig. it.*, Utet Torino, 1957;
- Patti F. P., *Caparra (diritto comparato)*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 2014;
- Patti S. (a cura di), *Il nuovo diritto delle locazioni abitative*, Giuffrè, Milano, 2001;
- Id., voce *Ragionevolezza (diritto civile)*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Addenda, Utet, Torino, 2014;
- Perlingieri P., Ruggeri L. (a cura di), *Diritto privato comunitario*, I, Esi, Napoli, 2008
- Pietrobon V., voce *Presupposizione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1991;
- Polito P., art. 1455, in Ruperto C. (diretta da), *La giurisprudenza sul Codice Civile coordinata con la dottrina, diretta da Cesare Ruperto*, Giuffrè, Milano, 2011;
- Proto Pisani A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2006;
- Pubusa A., voce *Indennità e indennizzo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Utet, Torino, 1993;
- Pugliatti S., voce *Autoresponsabilità*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959;
- Rescigno P., voce *Appalto*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1988;
- Id., voce *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979;
- Roppo V. (a cura di), *V-Rimedi*, in Id. (diretto da), *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006;
- Roppo V., *Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2014;
- Id., *Il Contratto*, in G. Iudica G., Zatti P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè Milano, 2001;
- Rubino D., Iudica G., *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, in Galgano F. (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1992;
- Sacco R., De Nova G., *Il Contratto*, in Sacco R. (diretto da), *Trattato di diritto Civile*, Utet, Torino, 2004;
- Sacco R., voce *Causa*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Addenda, Utet, Torino, 2014;
- Id., voce *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1998;
- Santoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1954;
- Schupfer F., *Il diritto delle obbligazioni secondo i principii del diritto romano*, Sacchetto, Padova, 1868;
- Scognamiglio C., voce *Motivo (del negozio giuridico)*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1994, p. 466;
- Scognamiglio R., *Dei contratti in generale, Art. 1321-1352*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1970;
- Id., voce *Indennità*, in *Nov. Dig. It.*, VIII, Utet, Torino, 1962;
- Sereni A. P., *Studi di diritto comparato*, I, *Diritto degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1956;
- Serio M., voce *Presupposizione*, in *Dig. disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1996;
- Sicchiero G., voce *Rinegoziazione*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Addenda, Utet, Torino, 2003;
- Tarello G., voce *Argomenti interpretativi*, in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, Utet, Torino, 1987;
- Terranova C. G., *L'eccessiva onerosità nei contratti, Art. 1467*, in *Comm. al c.c. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1995;
- Tommasini R., voce *Revisione del rapporto (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Giuffrè, Milano, 1989;
- Trabucchi A., *Istituzioni di Diritto civile*, Cedam, Padova, 1952, 2009⁴⁴;
- Id., voce *Arricchimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, III, Giuffrè, Milano, 1958;

- Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1996
- Travaglino G., *Art. 1174*, in Cuffaro V. *Delle obbligazioni, artt. 1173-1217* in Gabrielli E. (diretto da), *Comm. del Cod. Civ.*, Utet Giuridica, Torino, 2012;
- Trimarchi M., *La locazione*, in Perlingieri P. (a cura di), *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Esi, Napoli, 2013;
- Trimarchi V.M., voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VI, Giuffrè, Milano, 1960;
- Turco C., *Diritto Civile*, Giappichelli, Torino, 2014;
- Vettori G. (a cura di), *Regolamento, II*, in Roppo V. (diretto da), *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006;
- Vettori G., *Contratto e rimedi*, Cedam, Padova, 2008;
- Visintini G. (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, Vol. I, Cedam, Padova, 2009;
- Windscheid B., *Diritto delle Pandette. Traduzione dei professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa con note e riferimenti al diritto civile italiano*. Torino, Utet, 1902-1930;
- Zweigert K., Kötz H., *Introduction to comparative law*, Clarendon Press, Oxford, 1998;
- Idd., *Introduzione al Diritto comparato, I, Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1998.

Monografie e Raccolte monografiche

- Alpa G., Bessone M., Roppo E., *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Jovene, Napoli 1982;
- Alpa G., Delfino R., *Il contratto nel common law inglese*, Cedam, Padova, 2005;
- Ambrosoli M., *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2002
- Astone A., *Contratto negozio regolamento: contributo allo studio del negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 2008;
- Astone F., *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1999;
- Barcellona M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2006;
- Barcellona P., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1962;
- Bargelli E., *Il sinallagma rovesciato*, Giuffrè, Milano, 2010;
- Id. (a cura di), *Ripetizione d'indebito*, Utet giuridica, Torino, 2014
- Belfiore A., *La presupposizione*, Giappichelli, Torino, 2003 (ed. orig. 1998);
- Bellante M., *La caparra*, Giuffrè, Milano, 2008;
- Bellantuono G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Cedam, Padova, 2000;
- Benedetti G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969;
- Bessone M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1969;
- Cabella Pisu L., Nanni L. (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Cedam, Padova, 1998;
- Caccavale C., *Giustizia del contratto e presupposizione*, Giappichelli, Torino, 2005;
- Calvo R., *L'equità nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2010;
- Camardi, C., *Economie individuali e connessione contrattuale, Saggio sulla presupposizione*, Giuffrè, Milano, 1997;
- Cantelmo V. E., *La presupposizione nella giurisprudenza italiana*, Giuffrè, Milano, 1969;
- Capaldo G., *Contratto aleatorio e alea*, Giuffrè, Milano, 2004;
- Cappelletti M., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984;
- Cappellini P., Sordi B. (a cura di), *Codici, una riflessione di fine millennio, atti dell'Incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000*, Giuffrè, Milano, 2002;
- Caputo Nasseti F., *I contratti derivati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2011;
- Caredda V., *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2004
- Cariota Ferrara L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1948;
- Carusi D., *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, Esi, Napoli, 2004;

La inutilizzabilità della prestazione

- Cataudella A., *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano, 1966;
- Cendon P., *Il danno esistenziale nell'attuale panorama giurisprudenziale*, Key editore, Viccalvi, 2014;
- Cesaro V. M., *Conservazione e rinegoziazione dell'equilibrio contrattuale*, Esi, Napoli, 2000;
- Chiodi G. (a cura di), *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2009;
- Cian G. (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti? atti del Convegno svoltosi in Ferrara il 7-8 marzo 2003*, in *I quaderni della Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, 2004;
- Cocuccio M., *Viaggio turistico e vacanza rovinata*, Giuffrè, Milano, 2010;
- Cogliolo P., *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in Id., *Scritti vari di diritto privato*, I, Utet, Torino, 1914;
- Cooter R. et. al., *Il mercato delle regole, analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 1999;
- Costanza M., *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Giuffrè, Milano, 1989;
- D'Adda A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, Padova, 2008;
- D'Amico G., Pagliantini S., *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2013;
- D'Angelo A. (a cura di), *Le obbligazioni restitutorie*, Giappichelli, Torino, 2015;
- De Cristofaro G. (a cura di), *I "Principi" del diritto comunitario dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2009;
- De Mauro A., *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Giuffrè, Milano, 2000;
- De Nova G., *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, Padova, 2011;
- Deiana G., *I motivi nel diritto privato*, Istituto giuridico della R. Università, Torino, 1939;
- Del Vecchio G., *La verità nella morale e nel diritto*, Studium, Roma, 1952;
- Delfini F., *Autonomia privata e contratto: tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Giappichelli, Torino, 2017;
- Di Giovanni F., *Le promesse unilaterali*, in Alpa G., Patti S. (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, Cedam, Padova, 2010;
- Di Majo A., *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2009;
- Falzea A., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Giuffrè, Milano, 1947;
- Ferri G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966;
- Id., *Il negozio giuridico*, Cedam, Padova, 2004;
- Fici A., *Il contratto "incompleto"*, Giappichelli, Torino, 2005;
- Franceschetti P., *Il contratto*, Edizioni giuridiche Simone, Napoli, 2003-2005;
- Frignani A., Torsello M., *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2010;
- Gabrielli E., *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, Giappichelli, Torino, 2012;
- Galgano F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005;
- Gallo P., *Contratto e buona fede: buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Utet, Torino, 2009;
- Id., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992;
- Gambino F., *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, Milano, 2004;
- Garofalo L., Burdese A. (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001), Cedam, Padova, 2003;

- Gazzoni F., *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970;
- Gentili A., *La risoluzione parziale*, Jovene, Napoli, 1990;
- Giorgianni M., *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1975;
- Gitti G., Villa G. (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008;
- Goia G., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1955;
- Granieri, M. *Il tempo e il contratto*, Giuffrè, Milano, 2007;
- Grondona M., *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Giappichelli, Torino, 2011;
- Grossi P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001;
- Guastrini R., *Interpretare e argomentare*, in Cicu E., Messineo F. (diretto da), Mengoni L., Schlesinger P. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2011;
- Kötz H., Patti S., *Diritto europeo dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2006;
- La Rosa E., *Percorsi della causa nel sistema*, Giappichelli, Torino, 2014;
- Landini S., *Travel and tourism contracts*, Antezza, Matera, 2013;
- Lipari N., *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013;
- Lombardi A., *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Giuffrè, Milano, 2007;
- Lucchesi F., *Contratti a lungo termine e rimedi correttivi*, Firenze university press, Firenze, 2012;
- Macario F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996;
- Mantello M., *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Jovene, Napoli, 2003;
- Marasco G., *La rinegoziazione del contratto*, Cedam, Padova, 2006;
- Marchesini C., *L'impossibilità sopravvenuta, nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2008;
- Martorano F., *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Jovene, Napoli, 1959;
- Mazzola M.A., *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Giuffrè, Milano, 2007;
- Meucci S., *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2009;
- Nanna C.M., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, Padova, 2010;
- Nuzzo M., *Utilità sociale ed autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975;
- Orlando Cascio S., *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, Giuffrè, Milano, 1938;
- Palazzo A., Sassi A. (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Istituto per gli studi economici e giuridici Gioacchino Scaduto, Perugia, 2007;
- Pasquili R., *La prestazione dell'organizzatore nel contratto di viaggio*, Giappichelli, Torino, 2012;
- Passagnoli G., *Nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995;
- Perlingieri P., *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2007
- Pietrobon V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1963;
- Piraino S., *La presupposizione negli accordi in tema di espropriazione per pubblica utilità*, Giuffrè, Milano, 1971;
- Polidori S., *Discipline della nullità ed interessi protetti*, Esi, Napoli, 2001;
- Pontecorvo A., *La impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Giuffrè, Milano, 2007;
- Putorti V., *Inadempimento e risoluzione anticipata*, Giuffrè, Milano, 2008;
- Rizzuti M., *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Esi, Napoli, 2015.
- Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè Milano, 2004 (ed. orig. 1969);
- Rolli R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, Padova, 2008;
- Roppo V., *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2005 (ed. orig. 2002);
- Saccoccio A., *Si certum petetur*, Giuffrè, Milano, 2002;

La inutilizzabilità della prestazione

- Scannerini A. L., *Tour operator. Il controllo di gestione*, Cedam, Padova, 1999;
- Scognamiglio C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Cedam, Padova, 1992;
- Stella G., *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Giuffrè, Milano, 1995;
- Timoteo M., *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Cedam, Padova, 2004;
- Tomassini R. (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2003;
- Traisici F. P., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Esi, Napoli, 2003;
- Trimarchi P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010;
- Troiano S., *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 2005;
- Velluzzi V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010;
- Vettori G. (a cura di), *Remedies in contract. The Common Rules for a European Law*, Cedam, Padova, 2008;
- Vettori G. (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Cedam, Padova, 2002;
- Id., *Diritto dei Contratti e "Costituzione" europea*, Giuffrè, Milano, 2005;
- Id., *Il contratto europeo fra regole e principi*, Giappichelli, Torino, 2005;
- Villanacci G., *La buona fede oggettiva*, Esi, Napoli-Roma, 2013;
- Zaccheo M., *Rischio e sopravvenienza*, Giuffrè, Milano, 1994;
- Zimmermann R., Whittaker S., *Good faith in European contract law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

Saggi, articoli e note di commento

- Abas P., Errore di previsione e sopravvenienza contrattuale: un'indagine comparatistica, «Riv. trim. dir. proc. civ.» 2011, p.787;
- Aiello G.F., L'applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della Cassazione, «NGCC», 2011, p. 305;
- Alpa G., I progressi del diritto contrattuale europeo, in Sintesi della relazione presentata alla giornata di studio organizzata da CNF, Accademia virgiliana e Gruppo italiano dell'associazione Henry Capitant a Mantova il 23 Aprile 2005, <<http://www.consigionazionaleforense.it>> (03/16);
- Ambrosoli M., nota a Corte di Cassazione n. 6631 del 24-03-2006, «I contratti», 2006, pp. 1087-1095;
- Id., Presupposizione e gravità della turbativa, «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 2/2014, p. 437 sgg.
- Azzari F., nota a Corte di Cassazione n. 12235 del 25-05-2007, in «La nuova Giur. it.», 2007, pp. 1181-1189;
- Bacciardi E., Vendita di autocaravan e risoluzione per inadempimento: è risarcibile la perdita della vacanza «immaginata»? , nota a Corte di Cassazione, 9-10-2012, n. 17117, in «Resp. civ. prev.» 2013, p. 504,
- Barcellona M., Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze, in «Europa e Diritto Privato», Milano 2003, pp. 467-501;
- Barela V., Risoluzione del contratto in Franca: nuove prospettive di riforma, «Riv. Dir. Civ.», 2015, p. 2;
- Bellantuono G., Indeterminatezza dell'oggetto e incompletezza contrattuale, «Foro it.», I, 2007, p. 1700;
- Bertotto N., Alcune riflessioni sulla presupposizione a margine di una recente pronuncia della Cassazione, «Riv. Crit. Dir. Priv.», 2008, II, pp. 309-327;

- Bessone M., Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione. In margine al ruolo delle valutazioni di diligenza e buona fede, «Giur. it.», 1972, I, 1, p. 125;
- Bigiavi W., In materia di presupposizione, «Giur. it.», 1948, I, p. 173;
- Branca G., Considerazioni pratiche sulla presupposizione, «Foro it.», 1962, I, p. 239;
- Breccia U., Morte e resurrezione della causa: la tutela, in Mazzamuto S. (a cura di), Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo, Giappichelli, Torino, 2002;
- Briguglio A.R., «Embargo iracheno» e certezza del diritto comunitario, in Banca, borsa, tit. credito, 1994, II, p. 163
- Bruno C., La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione, «Giust. Civ.», 5/2010, p. 235;
- Burton S. J., L'esecuzione del contratto secondo buona fede, in «Riv. Crit. Dir. Priv.», 1984
- Cabella Pisu L., L'impossibilità della prestazione e la "sfera" del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive, «Contr. e Impr.», 1988, p. 547;
- Calderoni C., "Presupposizione" e disciplina del contratto, «Giust. Civ.», 1998, I, p. 3163;
- Canaris C.W., La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungstörungen, «Riv. Dir. Civ.», 3/2003, p. 23;
- Capocasale C., Sull'irrelevanza dell'errore sul valore dell'azione nella vendita di partecipazioni sociali, Nota a Corte di Cassazione n.16031 del 19 luglio 2007, «Giust. Civ.», 2008, 9, p. 1979;
- Castronovo C., Il significato vivente di Luigi Mengoni nei suoi scritti, «Europa e Diritto Privato», 1/2012, p. 203;
- Id., L'avventura delle clausole generali, «Riv. Crit. Dir. Priv.», 1/1986, p. 21;
- Id., La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano, «Europa e Diritto Privato», 1999, p. 793;
- Castrovinci D., Il problema della inesigibilità della prestazione, «Giust. Civ.», 1988, 10, p. 346;
- Chessa C., La sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore, «Contr. e Impr.», 1991, p. 523;
- Chiodi G., Inadempimento, responsabilità contrattuale e rischio d'impresa nel primo novecento, «Contr. e Impr.», 4-5, 2015, p. 885.
- Cian G., Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione, «Riv. Dir. Civ.», 1968, I, p. 222;
- Id., Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco, «Riv. Dir. Civ.», 3, 2003, p. 1;
- Ciccio G., nota a T. Parma sent. 22-05-1993, «I contratti», 1993, pp. 643-645;
- Coase R.H., The problem of social cost, in «Journal of Law and Economics», 3, 1960, pp. 1-44;
- Cogliolo P., La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti, in Scritti vari, I, Torino, 1914, p. 417;
- Comporti M., Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla teoria della presupposizione, «Studi senesi», 1960, III, p. 492;
- Conforto C., Se il turista si ammala in viaggio, che vacanza è?, «Giust. Civ.», 9/2010, 1957;
- Cottino G., L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione, «Riv. Dir. Comm.», 1948, pp. 443-458;
- De Nova G., Contratti senza Stato (a proposito del Draft CFR), «Riv. Dir. Priv.», 2008, p. 667;
- Degl'Innocenti F., Teoria della presupposizione e rimedi contrattuali alla luce di nuovi orientamenti ermeneutici, «Giustizia civ.», 2, 2009, pp. 79-94;
- Delli Priscoli L., nota a Corte di Cassazione 16315 del 24-07-2007, «Danno e responsabilità», 8-9/2008, p. 848;

La inutilizzabilità della prestazione

- Di Majo A., Clausole generali e diritto delle obbligazioni, in «Riv. crit. dir. priv.», 1984, p. 59 e sgg.
- Id., I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit, «Contratto e impresa/Europa», 1996;
- Donzella A., Le imprese e la crisi del golfo, «Giust. Civ.», 1992, p. 2213;
- F. Martorano, "Presupposizione" ed errore sui motivi nei contratti, «Riv. Dir. Civ.», 1958, I, pp. 69-108;
- Fajella S., Mancato trasferimento di licenza, rilevanza della presupposizione, risoluzione del contratto, nota a Corte di Cassazione n. 1080 del 19-04-1974, «Il Foro padano», 1974, I, pp. 267-270;
- Fassò G., Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1972, pp. 897-952;
- Feinman J.M., Per un'analisi critica del diritto dei contratti, «Riv. Crit. Dir. Priv.», 2/1986, p. 357;
- Ferrante E., Causa concreta e impossibilità della prestazione nei contratti di scambio, «Contratto e impresa», 1/2009, pp. 151-170;
- Ferrara L., Accenni sulla presupposizione, «Foro it.», 1939, I, p. 83;
- Ferri G.B., Il problema della causa del negozio giuridico nelle riflessioni di Rosario Nicolò, «Europa e Diritto Privato», 2007, p. 659;
- Id., L'invisibile presenza della causa del contratto, «Europa e Diritto Privato», 2002, p. 897-913;
- Id., Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza, «Europa e Diritto Privato», 2, 2009, pp. 331-378;
- Fici A., Compravendita di partecipazioni sociali e mancanza di qualità, Nota a Corte di Cassazione n.16031 del 19 luglio 2007, «Giust. Civ.», 12, 2008, p. 2905;
- Gabrielli E., L'operazione economica nella teoria del contratto, «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 2009, p. 905;
- Id., Storia e dogma dell'oggetto del contratto, «Riv. Dir. Civ.», I, 2004, p. 327
- Galgano F., Libertà contrattuale e giustizia del contratto, «Contratto e impresa/Europa», 2005, p. 509;
- Gambino A., Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto, «Riv. Dir. Comm.», I, 1960, p. 416;
- Gambino F., Revisione del contratto e autonomia privata, «Riv. Dir. Priv.», 2007, p. 347;
- Gentili A., Abuso del diritto e uso dell'argomentazione, in «Resp. Civ. Prev.», 2, 2010, pp. 354-364;
- Id., Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza, nota a Corte di Cassazione n. 3074 del 9 maggio 1981, «Giur.It.», 11, 1983, p. 1173;
- Guerinoni E., L'interpretazione della Corte di Giustizia riguardo al danno da "vacanza rovinata", in «Resp. Civ. Prev.», 2/2002, p. 363;
- Id., Malattia del turista e impossibilità della prestazione, nota a Corte App. Milano 1/03/1996, «I contratti», 4/1997, p. 388;
- Hesselink M.W., La dimensione politica di un codice civile europeo, (tr. it. a cura di S. Cattanossi e A. Pierucci) «Riv. Crit. Dir. Priv.», III, 2006, pp. 379-414;
- Inzitari B., Inesigibilità della prestazione, impossibilità della prestazione, «NGCC», I, 1993, p. 857;
- Irti N., Scambi senza accordo, «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 1998, p. 1;
- Izzi B., Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso, nota Corte di Cassazione n. 16315 del 24-07-2007, «Giur. it.», 2008, pp. 1133-1139;
- Izzo N., La "seconda casa" nella disciplina ordinaria della locazione e nella nuova normativa del codice del turismo, «Giust. Civ.», 2012, 1, p. 169
- La Torre M.E., Il contratto di viaggio "tutto compreso", «Giust. Civ.», 1996, 1, p. 27;

- Lanotte A., La causa: uno, nessuno e centomila, «Riv. Crit. Dir. Priv.», 2007, III, pp.541-551;
- Lascialfari M., nota a T. Arezzo sent. del 08-05-1998, in Toscana Giurisprudenza, Firenze, 1999, pp. 13-16;
- Macario F., Eccessiva onerosità, riconduzione a equità e poteri del giudice, nota a Corte di Cassazione n. 3347 del 18-07-1989, «Foro it.» 1990, I, p. 564;
- Id., Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio, «Riv. della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze (SSEF)», n. 3, 2005, p. 119;
- Id., Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo Diritto dei contratti: dalla Presupposizione all'obbligo di rinegoziare, «Riv. Dir. Civ.», 2002;
- Mancinelli V., Consegna anticipata della cosa ed inefficacia del contratto preliminare di vendita, nota a Corte di Cassazione n. 16629 del 3 luglio 2013, «I contratti», 2/2014, p. 156.
- Marasco G., La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto, «Contratto e impresa», 2005, p. 539;
- Marini G., Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale, «Riv. Crit. Dir. Priv.», 2/1986, p. 257;
- Martino M., La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo idolum fori, «Corr. Giur.», 11/2013, pp. 1441-1451.
- Martorano F., Motivo inespresso, irrilevanza dei motivi e presupposizione, nota a Corte di Cassazione n. 2148 del 20-06-1958, «Giur. it.», 1959, I, pp. 329-332;
- Mauceri T., Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto, «Europa e Diritto Privato», 2007, p. 1095;
- Mazzamuto S., Il danno non patrimoniale contrattuale, «Europa e Diritto Privato», 2/2012, p. 437;
- Mengoni L., L'oggetto dell'obbligazione, in Jus, 1952, p. 156;
- Id., Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, «Riv. Dir. Comm», 1954, I, p. 185;
- Id., Spunti per una teoria delle clausole generali, in «Riv. Crit. Dir. Priv.», 1/1986, p. 5;
- Michinelli M.A., La caparra confirmatoria, «Riv. Notariato», 4, 2002, p. 405;
- Monateri P.G., Ripensare il contratto: Verso una visione antagonista del contratto, su Cardozo 2004, <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/2004/ripensare%20il%20contratto.pdf>> (03/16);
- Moretti M., nota a Corte di Cassazione n. 9125 del 28-08-1993, «I contratti», 1993, pp. 680-683;
- Negri A., Libertà del volere e giustizia nei trattati e manuali francesi, «Europa e Diritto Privato», Milano, 2003, p. 53;
- Nicolussi A., Presupposizione e Risoluzione, in Mazzamuto S. (a cura di), Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo, Giappichelli, Torino, 2002;
- Pagliantini S., I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: Quid nocit?, «Persona e Mercato», 1/2015, p. 24, <<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/05/Pagliantini-derivati.pdf>> (01/16)
- Id., La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile, «Riv. Notariato», 5/2010, p. 1211;
- Palmieri A., Pardolesi R., Il ritorno di fiamma del danno esistenziale (e del danno morale soggettivo): l'incerta dottrina della Suprema Corte sull'art. 2059 c.c., «Foro it.», 2013, fasc. 12, pt. 1, pp. 3445- 3448;
- Palmieri A., Pardolesi R., In tema di risarcibilità del danno morale ed esistenziale, «Foro it.», 2013, fasc. 12, pt. 1, pp. 3443- 3445;
- Parola F., nota a Corte di Cassazione n. 16315 del 24-07-2007, «Obbl. e Contr.», 1/2008, pp. 23-24;
- Id., nota a Corte di Cassazione n. 26958 del 2007, «Obbl. e Contr.», 1/2009, p. 34;
- Passagnoli G., Invalidità del contratto e restituzioni, «Persona e Mercato», 2010, p. 100;
- Patti F.P., Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione, «NGCC», 2013, I, p. 120

La inutilizzabilità della prestazione

- Id., nota a ord. T. Bari, 14-06-2011, «I contratti», 7/2012, p. 573;
- Perlingieri P., Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, «Rass. Dir. Civ.», 2001, p. 334;
- Piraino F., Alcune osservazioni in tema di rimedi, «Giureta», 2010, <www.giureta.unipa.it/phpfusion/images/articles/zio_Osservazioni_rimedi_%20DirPri_01_2010.pdf> (01/16) PirainoFabrizio
- Pontani A., La presupposizione nella sua evoluzione, con particolare riferimento all'errore ed alla causa, in «Quadrimestre», 1991, p. 833;
- Ponzanelli G., Non è tanto il danno esistenziale, ma il "quantum" il vero problema del danno non patrimoniale, «Danno e responsabilità», 2013 fasc. 2, pp. 135-138
- Prospero L., «Esodati» bancari, fondi di solidarietà e riforma Fornero, «Riv. Giur. Lav.», 2013, II, p. 274;
- Ramat M., L'equità nel giudice e nella giustizia, in La cultura, 1966, p. 302;
- Riccio A., La Presupposizione è dunque causa di recesso dal contratto, «Contratto e impresa», 2008, I, pp. 11-32;
- Rolli R., Guerra del golfo ed embargo internazionale, «Contratto e impresa», 1997, p. 115
- Roppo V., Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito, «Riv. Dir. Civ.», 4/2013, pp. 957-988.
- Id., Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?, «Riv. Crit. Dir. Priv.», 4/2007, pp. 599-609;
- Russo E., Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma suppletiva, «Riv. Dir. Civ.», 2001, I, p. 580;
- Santarsiere V., Ricerca sui motivi del contratto, in Il nuovo dir., 1994, p. 601;
- Santoro G., Crisi del Golfo e impossibilità sopravvenuta imputabile al creditore, «Contratto e impresa», 1991, p. 497;
- Schlesinger P., L'autonomia privata e i suoi limiti, «Giur. it.», 1999, I, p. 229;
- Scoditti E., Gli interventi del giudice e della legge sul regolamento contrattuale, «Riv. Dir. Priv.», 3, 2002, p. 571;
- Silvestrini A., nota a Corte di Cassazione. n. 4775 del 21-07-1980, «Foro it.» 1981, I, p. 352;
- Stefanelli N., La parabola della causa, «Persona e mercato», 4/2014, p. 225, consultabile all'indirizzo <<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/03/Stefanelli.pdf>> (02/16)
- Trimarchi P., Commercial Impracticability in Contract Law: an Economic Analysis, «Int. Rev of Law and Ec.», 11, 1991, p. 63;
- Tucci A., La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto, in Banca borsa tit. cred., 2013, p. 68.
- Vettori G., Autonomia privata e contratto giusto, «Riv. Dir. Priv.», 2000, p. 21;
- Id., Contratto giusto e rimedi effettivi, «riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 3, 2015, p. 787
- Id., Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità, «Riv. Dir. Priv.», 2003, pp. 240-254;
- Id., Libertà di contratto e disparità di potere, «Riv. Dir. Priv.», 2005, pp. 743-768.

Letteratura Internazionale

Germania

- Becker C., *Fälle zum Zivilrecht*, C.H. Beck, München, 2008;
- Beuthien V., *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969;
- Brox H., Walker W.D., *Allgemeines Schuldrecht*, 32.Aufl., C.H. Beck, München, 2007;

- Dauner Lieb B., Dötsch W., *Prozessuale Fragen rund um § 313 BGB*, «Neue Juristische Wochenschrift», C.H. Beck, München, 2003, p. 921-925;
- Ehmann H., *Die Lehre vom Zweck als Entwicklung der Voraussetzungslehre*, in Schöpflin M. et al., (a cura di), *Festschrifts V. Beuthien*, C.H. Beck, München, 2009
- Emmerich V., *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6.Aufl., C.H. Beck, München, 2005;
- Esser J., *Schuldrecht*, Müller, Karlsruhe, 1960;
- Häsemeyer L., *Geschäftsgrundlage und Vertragsgerechtigkeit*, in *Privatautonomie, Eigentum und Verantwortung, Festgabe Weitnauer*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980;
- Henssler M., *Risiko als Vertragsgegenstand*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994;
- Hirsch C., *Der Tatbestand der Geschäftsgrundlage im reformierten Schuldrecht*, «JURA» 2/2007, De Gruyter Recht V, Berlin, p. 81-88.;
- Janda C., *Störung der Geschäftsgrundlage und Anpassung des Vertrages*, «Neue Justiz», 1/2013, Nomos, Freiberg, p. 1
- Köhler H., *Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung*, in Canaris C.W. et al. (a cura di), *Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof*, vol. I, C.H. Beck, München, 2000;
- Krebs P., in Dauner Lieb B. et al., *Anwaltkommentar, Schuldrecht*, Deutscher Anwalt, Bonn, 2002;
- Krüger W. (a cura di), *Schuldrecht, Allgemeiner Teil: §§ 241-432 FernAbsG*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, C.H. Beck, München, 2008
- Larenz K., *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, I, C.H. Beck, München, 1987
- Lubbe G., *Fundamental breach under the CISG: A source of fundamentally divergent results*, «Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht» / «The Rabel Journal of Comparative and International Private Law», Mohr Siebeck, Tübingen, 2004
- Medicus D., *BGB-Allgemeiner Teil*, 7.Aufl., Müller, Karlsruhe, 1997;
- Id., *Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage in Festschrift Flume zum 70. Geburtstag*, Otto Schmidt KG V., Köln, 1978;
- Medicus D., Lorenz S., *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 18. Aufl., C.H. Beck, München, 2008;
- Nauen B., *Leistungserschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001
- Petersen J., *Der Irrtum im Bürgerlichen Recht*, «JURA» 9/2006, De Gruyter Recht V, Berlin, p.662;
- Pfeiffer T., *Geschäftsgrundlage und Kündigung aus wichtigem Grund*, in Remien O. (a cura di), *Schuldrechtmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008;
- Id., in Juncker M. et al. (a cura di), *Schuldrecht*, 2, in Herberger et al. (a cura di), *Juris PraxisKommentar BGB*, C.H. Beck, München, 2004;
- Reiter C., *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002;
- Rösler H., *Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage*, in «JuS», C.H. Beck, München, 2004, p. 1058 sgg.;
- Schack H., *BGB Allgemeiner Teil*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1995;
- Schlechtriem P., *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*, (1997), <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem16.htm>> (02/16);
- Shollmeyer M., *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage: Zurechnung und Haftung bei Geschäftsgrundlagenstörungen gemäß 313 BGB*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014;
- Titze H., *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht*, Leipzig, 1900
- Von Jhering R., *Geist des römischen Recht*, Lipsia, 1866, <<https://archive.org/stream/geistdesrsmische06jhergoog#page/n111/mode/2up>> (02/16)
- Wörten R., *Schudrecht AT*, C.H. Beck, München, 2008.

Altra provenienza

- Albaladejo M., Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, XI ed., Bosch, Barcelona, 2002;
- Antoniolli L. - Veneziano (a cura di), The Principles of European Contract Law and Italian Law, A Commentary, Kluwer Law International / Giuffrè, Milano The Hague, 2005;
- Beatson J., Friedman D., Good Faith and Fault in Contract Law, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1995;
- Carbonnier J., Droit civil, Vol. II, «Quadrige», Puf, Paris, 2004;
- Cheshire G., Fifoot C.H.S., Furmston M.P., Law of contract, Oxford University Press, Oxford, 200715;
- El-Malik W., The Islamic Concept of Changed Circumstances and its Application to Mineral Agreements, Citation: 2 Y.B. «Year Book of Islamic & Middle Eastern Law», 12, 1995 <<http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/221129896x00028>> (02/16);
- Fauvarque-Cosson B., D. Mazeaud (a cura di), European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference, Sellier, München, 2008;
- Ferrari F., Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention, 25 Years of Article 25 CISG, «Journal of Law and Commerce» (Spring 2006) pp. 489-508, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html>> (01/16)
- Ghestin J. (diretto da), Traité de Droit civil, Les effets du Contrat, II ed., L.G.D.J., Paris, 1994;
- Gordley J., Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances, «American Journal of Comparative Law», 52, 2004, Oxford University Press, Oxford, pp. 513-530;
- Graffi L., Case Law on the Concept of 'Fundamental Breach' in the Vienna Sales Convention, «Revue de droit des affaires internationales» / «International Business Law Journal» (2003), N. 3, 338-349, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>> (02/16);
- Hondius E., Grigoleit H.C., Unexpected circumstances in european contract law, Cambridge University Press, Cambridge, 2011;
- Koch R., The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), «CISG Rev.», 1998, pp. 177- 354;
- Le Tourneau P., Droit de la responsabilité et des contrats, DalloZ, Paris, 2006;
- Liang S., Issues of change of circumstances under contract law, «CASS Journal of Law», 6, 1988;
- Markesinis B.S., Lorenz W., Dannemann G., The German Law of Obligations, Vol. 1, The law of Contracts and Restitution: a comparative introduction, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- Martinez De Aguirre Aldaz C. (coordinato da), Curso de derecho civil, II. Derecho de obligaciones, Colex, Madrid, 2000;
- Mazeaud H. et al., Leçons de Droit civil, Tomo II, Montchrestien, Paris, 1998;
- Momberg Uribe R.A., The Effect of a Change of Circumstances on the Binding Force of Contracts, Utrecht, 2011, <<http://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/204792/momberg.pdf>> (01/16);
- Morales Moreno A.M., voce Presuposición (D.º Civil), in Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas, Madrid, 1995;
- Philippe D. et al., «Revue de droit international et de droit comparée», 2/2015, Bruylant, Bruxelles;
- Puig Brutau J., Fundamentos de derecho civil, Doctrina general del contrato, Bosch, Barcelona, 1988;
- Ragel Sánchez L.F., Estudio Legislativo y Jurisprudencial de derecho civil: obligaciones y contratos, Dykinson, Madrid, 2000;

- Ramadan H.M., *Understanding Islamic Law: From Classical to Contemporary*, Altamira press, Lahnham MD, 2006;
- Soler Presas A., *Damages for fundamental breach of Contract in PECL/D-CFR*, «InDret», 2/09, Barcellona, 2009, <<http://ssrn.com/abstract=1418034>> (01/16);
- Starck B., Roland H., Boyer L., *Obligations, 2. Contrat*, Litec, Parigi, 1995;
- Treitel G.H., *An outline of the Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2004;
- Wagner G., *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, C.H. Beck, München, 2009;
- Zimmermann R., *Remedies for Non-Performance*, «The Edinburgh Law Review», 6/2002, Edinburgh University Press, Edinburgh.

PREMIO TESI DI DOTTORATO

ANNO 2007

- Bracardi M., *La Materia e lo Spirito. Mario Ridolfi nel paesaggio umbro*
Coppi E., *Purines as Transmitter Molecules. Electrophysiological Studies on Purinergic Signalling in Different Cell Systems*
Mannini M., *Molecular Magnetic Materials on Solid Surfaces*
Natali I., *The Ur-Portrait. Stephen Hero ed il processo di creazione artistica in A Portrait of the Artist as a Young Man*
Petretto L., *Imprenditore ed Università nello start-up di impresa. Ruoli e relazioni critiche*

ANNO 2008

- Bemporad F., *Folding and Aggregation Studies in the Acylphosphatase-Like Family*
Buono A., *Esercito, istituzioni, territorio. Alloggiamenti militari e «case Herme» nello Stato di Milano (secoli XVI e XVII)*
Castenasi S., *La finanza di progetto tra interesse pubblico e interessi privati*
Colica G., *Use of Microorganisms in the Removal of Pollutants from the Wastewater*
Gabbiani C., *Proteins as Possible Targets for Antitumor Metal Complexes: Biophysical Studies of their Interactions*

ANNO 2009

- Decorosi F., *Studio di ceppi batterici per il biorisanamento di suoli contaminati da Cr(VI)*
Di Carlo P., *I Kalasha del Hindu Kush: ricerche linguistiche e antropologiche*
Di Patti F., *Finite-Size Effects in Stochastic Models of Population Dynamics: Applications to Biomedicine and Biology*
Inzitari M., *Determinants of Mobility Disability in Older Adults: Evidence from Population-Based Epidemiologic Studies*
Macri F., *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*
Pace R., *Identità e diritti delle donne. Per una cittadinanza di genere nella formazione*
Vignolini S., *Sub-Wavelength Probing and Modification of Complex Photonic Structures*

ANNO 2010

- Fedi M., *«Tuo lumine». L'accademia dei Risvegliati e lo spettacolo a Pistoia tra Sei e Settecento*
Fondi M., *Bioinformatics of genome evolution: from ancestral to modern metabolism. Phylogenomics and comparative genomics to understand microbial evolution*
Marino E., *An Integrated Nonlinear Wind-Waves Model for Offshore Wind Turbines*
Orsi V., *Crisi e Rigenerazione nella valle dell'Alto Khabur (Siria). La produzione ceramica nel passaggio dal Bronzo Antico al Bronzo Medio*
Polito C., *Molecular imaging in Parkinson's disease*
Romano R., *Smart Skin Envelope. Integrazione architettonica di tecnologie dinamiche e innovative per il risparmio energetico*

ANNO 2011

- Acciaioli S., *Il trompe-l'œil letterario, ovvero il sorriso ironico nell'opera di Wilhelm Hauff*
Bernacchioni C., *Sfingolipidi bioattivi e loro ruolo nell'azione biologica di fattori di crescita e citochine*
Fabbri N., *Bragg spectroscopy of quantum gases: Exploring physics in one dimension*
Gordillo Hervás R., *La construcción religiosa de la Hélade imperial: El Panhelenion*
Mugelli C., *Indipendenza e professionalità del giudice in Cina*
Pollastri S., *Il ruolo di TAF12B e UVR3 nel ciclo circadiano dei vegetali*
Salizzoni E., *Paesaggi Protetti. Laboratori di sperimentazione per il paesaggio costiero euro-mediterraneo*

ANNO 2012

- Evangelisti E., *Structural and functional aspects of membranes: the involvement of lipid rafts in Alzheimer's disease pathogenesis. The interplay between protein oligomers and plasma membrane physicochemical features in determining cytotoxicity*
- Bondi D., *Filosofia e storiografia nel dibattito anglo-americano sulla svolta linguistica*
- Petrucci F., *Petri Candidi Decembrii Epistolarum iuvenilium libri octo. A cura di Federico Petrucci*
- Alberti M., *La 'scoperta' dei disoccupati. Alle origini dell'indagine statistica sulla disoccupazione nell'Italia liberale (1893-1915)*
- Gualdani R., *Using the Patch-Clamp technique to shed light on ion channels structure, function and pharmacology*
- Adessi A., *Hydrogen production using Purple Non-Sulfur Bacteria (PNSB) cultivated under natural or artificial light conditions with synthetic or fermentation derived substrates*
- Ramalli A., *Development of novel ultrasound techniques for imaging and elastography. From simulation to real-time implementation*

ANNO 2013

- Lunghi C., *Early cross-modal interactions and adult human visual cortical plasticity revealed by binocular rivalry*
- Brancasi I., *Architettura e illuminismo: filosofia e progetti di città nel tardo Settecento francese*
- Cucinotta E., *Produzione poetica e storia nella prassi e nella teoria greca di età classica*
- Pellegrini L., *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*
- Locatelli M., *Mid infrared digital holography and terahertz imaging*
- Muniz Miranda F., *Modelling of spectroscopic and structural properties using molecular dynamics*
- Bacci M., *Dinamica molecolare e modelli al continuo per il trasporto di molecole proteiche - Coarse-grained molecular dynamics and continuum models for the transport of protein molecules*
- Martelli R., *Characteristics of raw and cooked fillets in species of actual and potential interest for italian aquaculture: rainbow trout (*oncorhynchus mykiss*) and meagre (*argyrosomus regius*)*

ANNO 2014

- Lana D., *A study on cholinergic signal transduction pathways involved in short term and long term memory formation in the rat hippocampus. Molecular and cellular alterations underlying memory impairments in animal models of neurodegeneration*
- Lopez Garcia A., *Los Auditoria de Roma y el Athenaeum de Adriano*
- Pastorelli G., *L'immagine del cane in Franz Kafka*
- Bussoletti A., *L'età berlusconiana. Il centro-destra dai poli alla Casa della Libertà 1994-2001*
- Malavolti L., *Single molecule magnets sublimated on conducting and magnetic substrates*
- Belingardi C., *Comunanze urbane. Autogestione e cura dei luoghi*
- Guzzo E., *Il tempio nel tempio. Il tombeau di Rousseau al Panthéon di Parigi*

ANNO 2015

- Lombardi N., *MEREAFAPS: uno Studio di Farmacovigilanza Attiva e Farmacoepidemiologia in Pronto Soccorso*
- Baratta L., *«A Marvellous and Strange Event». Racconti di nascite mostruose nell'Inghilterra della prima età moderna*
- Richichi I.A., *La teocrazia: crisi e trasformazione di un modello politico nell'Europa del XVIII secolo*
- Palandri L., *I giudici e l'arte. Stati Uniti ed Europa a confronto*
- Caselli N., *Imaging and engineering optical localized modes at the nano scale*
- Calabrese G., *Study and design of topologies and components for high power density dc-dc converters*
- Porzilli S., *Rilevare l'architettura in legno. Protocolli metodologici per la documentazione delle architetture tradizionali lignee: i casi studio dei villaggi careliani in Russia*

ANNO 2016

Martinelli S., *Study of intracellular signaling pathways in Chronic Myeloproliferative Neoplasms*

Abbado E., *"La celeste guida". L'oratorio musicale a Firenze: 1632-1799*

Focarile P., *I Mannelli di Firenze. Storia mecenatismo e identità di una famiglia fra cultura mercantile e cultura cortigiana*

Nucciotti A., *La dimensione normativa dell'imprenditorialità accademica. Tre casi di studio sugli investigatori principali, i loro gruppi di ricerca e i fattori di innesco dell'imprenditorialità accademica*

Peruzzi P., *La inutilizzabilità della prestazione*

Lottini E., *Magnetic Nanostructures: a promising approach towards RE-free permanent magnets*

Uricchio T., *Image Understanding by Socializing the Semantic Gap*

