

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI VERONA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

SCUOLA DI DOTTORATO DI GIURISPRUDENZA

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO PRIVATO EUROPEO DEI RAPPORTI PATRIMONIALI,
CIVILI E COMMERCIALI**

XXVIII CICLO / 2013

TITOLO DELLA TESI DI DOTTORATO

**Inadempimento anticipato
nella realtà italiana e nella prospettiva europea**

**- *Der antizipierte Vertragsbruch im italienischen Recht
in europäischer Perspektive* -**

REALIZZATA IN COTUTELA CON L'UNIVERSITÀ DI REGENSBURG

S.S.D. IUS/01

Coordinatori:

**Per l'Università di Verona,
Prof. Tommaso dalla Massara**

**Per l'Università di Regensburg,
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Henrich**

Tutori:

**Per l'Università di Verona,
Prof. Fabio Padovini**

**Per l'Università di Regensburg,
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Henrich**

Dottoranda: Dott.ssa Tereza Pertot

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO I

PROBLEMA, ORIGINI STORICHE

ED EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO

1. Inadempimento prima del termine: inquadramento del problema e declinazioni del fenomeno.....	7
2. Origini della dottrina dell'” <i>anticipatory breach of contract</i> ” nei sistemi di <i>common law</i>	13
2.1. <i>Ratio</i> della regola elaborata dalle corti inglesi e tentativi di inquadramento teorico.....	18
2.2. Incidenza dell'analisi economica del diritto sul problema dell'inadempimento anticipato: “ <i>efficient breach of contract</i> ”.....	23
3. Ostacoli all'accoglimento della figura nei sistemi di diritto codificato: inesigibilità della prestazione in pendenza del termine.....	30
3.1. Segue: diversità del modello continentale rispetto a quello angloamericano.....	35
3.2. Segue: principio del primato dell'adempimento in natura quale ostacolo all'incondizionata ammissibilità del rimedio risolutorio anticipato.....	40
4. Forza espansiva del rimedio dello scioglimento anticipato del contratto: evoluzione della disciplina a livello sovranazionale.....	46
4.1. Segue: inadempimento e risoluzione anticipata nella Convenzione di Vienna. Rinvio.....	48
4.2. Segue: ingresso dell'istituto nei progetti di uniformazione del diritto dei contratti.....	56
4.3. Segue: progressivo penetrare della disciplina dell'inadempimento anticipato nei singoli ordinamenti continentali.....	62
4.4. Segue: codificazione della figura in occasione della “ <i>Schuldrechtsmodernisierung</i> ”. Rinvio.....	69
4.5. Segue: tutela contro il pericolo di inadempimento nell'ordinamento italiano.....	74

5. Riepilogo.....	77
-------------------	----

CAPITOLO II

INADEMPIMENTO ANTICIPATO

NELLA CONVENZIONE DI VIENNA

SULLA VENDITA INTERNAZIONALE DI BENI MOBILI

1. Regolazione dell'istituto dell'inadempimento anticipato nella legge uniforme (artt. 71 ss. CISG): paradigma di riferimento.....	79
2. Presupposti per lo scioglimento anticipato del contratto: essenzialità e certezza della futura violazione contrattuale (art. 72, comma 1°, CISG).....	84
3. Significato della nozione di “certezza” e livello di evidenza richiesto ai fini della risoluzione anticipata: rapporto con l’eccezione dilatoria <i>ex art. 71 CISG</i>	88
3.1. Portata dell’ <i>iter</i> descritto dall’art. 72, comma 2°, CISG: certezza della futura violazione quale risultato di un procedimento volto alla sua costituzione.....	95
3.1.1. Segue: affinità con i rimedi contemplati dal codice civile italiano (artt. 1662, 2224, 1454 e 1482 cod. civ.).....	99
3.2. Congegno comunicatorio <i>ex art. 72, comma 2°, CISG</i> : differenze rispetto al meccanismo di cui all’art. 71, comma 3°, CISG.....	102
3.3. Derogabilità del procedimento di cui all’art. 72, comma 2°, CISG: “insufficienza del tempo”.....	108
3.3.1. Segue: rifiuto di adempiere reso prima della scadenza del termine (art. 72, comma 3°, CISG).....	113
3.3.2. Segue: ambito di operatività dell’art. 72, comma 3°, CISG e nozione di rifiuto.....	118
3.3.3. Segue: riconducibilità all’art. 72, comma 3°, CISG delle manifestazione d’impossibilità di adempiere.....	125
4. Inadempimento anticipato nei contratti a consegne ripartite (art. 73, comma 2°, CISG).....	126
5. Riepilogo.....	131

CAPITOLO III

INADEMPIMENTO ANTICIPATO

NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

1. Disciplina delle c.d. turbative dell'adempimento nell'impianto originario del BGB.....	133
2. Manifestazione anticipata di non adempiere quale ipotesi di violazione positiva del contratto.....	139
2.1. Segue: critiche alla ricostruzione della fattispecie del rifiuto in termini di lesione positiva e tesi alternative.....	143
2.2. Segue: ipotesi diverse dalla dichiarazione (esplicita) di non voler adempiere...	147
3. Critiche alla disciplina contenuta nel BGB e riforma del diritto delle obbligazioni: novità principali.....	153
3.1. Segue: nuova disciplina dell'inadempimento. In particolare: rifiuto del debitore di adempiere.....	159
3.2. Segue: rifiuto anticipato e riconducibilità della figura alla regola del § 323, comma 4°, BGB.....	164
3.3. Segue: ipotesi di c.d. inadempimento anticipato diverse dal rifiuto di adempiere.....	168
4. Evidenza richiesta ai fini dell'esercizio del recesso anticipato dal contratto: problemi connessi al suo conseguimento.....	171
4.1. Rimedi alternativi: adempimento in natura e c.d. condanna in futuro (§ 259 ZPO).....	178
4.2. Segue: possibilità per il creditore di sollevare la c.d. eccezione di pericolo (§ 321 BGB).....	182
4.3. Segue: ammissibilità di una pretesa risarcitoria <i>ante diem</i>	186
4.3.1. In particolare: fondamento normativo del rimedio risarcitorio anticipato.....	190
5. Riepilogo.....	196

CAPITOLO IV

INADEMPIMENTO ANTICIPATO

NELL'ORDINAMENTO ITALIANO:

QUADRO GIURIDICO ATTUALE

1. Tutela preventiva nell'attuale quadro normativo ed assenza di una disciplina generale dell'inadempimento anticipato.....	199
2. Rapporti pendenti nell'ambito del diritto dedicato alla crisi dell'impresa. Dicotomia rispetto al diritto positivo comune.....	208
3. Configurabilità dell'inadempimento anticipato nei rapporti con termine di adempimento e sua autonomia rispetto a quello di efficacia.....	213
3.1. Attualità dell'obbligazione con termine di adempimento ed implicazioni rimediali.....	216
3.2. Esperibilità anticipata dei rimedi contro l'inadempimento: tentativi di una giustificazione sistematica.....	221
3.2.1. Segue: portata applicativa dell'art. 1186 cod. civ. e sua rilevanza ai fini della soluzione del problema dell'inadempimento anticipato.....	233
3.2.2. Segue: obiezioni all'indirizzo interpretativo favorevole a riconoscere l'immediata azionabilità dei rimedi contro l'inadempimento.....	235
3.2.3. Segue: rilevanza della ricostruzione dell'obbligazione quale rapporto complesso.....	242
3.3. Carattere residuale del rimedio risolutorio quale strumento di reazione nei casi di inadempimento anticipato.....	250
3.4. Strumenti di reazione predisposti contro le ipotesi di mero pericolo del futuro inadempimento. Portata delle disposizioni vigenti ed aspetti problematici.....	257
4. Fattispecie sottoposte a termine di efficacia. Profili rimediali ed analogie con il negozio condizionato.....	265
5. Riepilogo.....	272

CAPITOLO V

TENTATIVO DI UNA RICOSTRUZIONE

SISTEMATICA DEL PROBLEMA:

PROSPETTIVE FUTURE

1. (In)adeguatezza della tutela offerta dal sistema normativo italiano attuale.....	275
2. Tentativi di una ricostruzione in via interpretativa del problema dell'inadempimento anticipato.....	278
2.1. Ricorso immediato al rimedio dello scioglimento prima del termine e residualità dello strumento risolutorio.....	281
2.2. Rimedio risarcitorio e problemi connessi alla sua esperibilità nella fase di pendenza.....	285
2.3. Ostacoli ad una compiuta ricostruzione, in via interpretativa, di una disciplina generale del pericolo del futuro inadempimento.....	290
2.4. Diverso livello di tutela dell'inadempimento anticipato: sistemi giuridici a confronto.....	294
2.5. Segue: disciplina vigente nell'ordinamento tedesco. Profili innovativi e problemi applicativi	300
3. Lacunosità della disciplina italiana. Prospettive <i>de iure condendo</i>	304
3.1. Modelli di riferimento fra diritto sovranazionale e proposte dottrinali.....	308
3.1.1. Segue: opportunità di importare nell'ordinamento interno le regole predisposte dalla legge uniforme.....	313
3.1.2. Segue: meccanismo comunicatorio <i>ex art. 72, comma 2°</i> , CISG quale regola suscettibile di estensione a tutti i casi di pericolo del futuro inadempimento.....	316
3.1.3. Segue: ambito di applicazione della tutela dilatoria ed utilità di un suo collegamento con il rimedio risolutorio.....	321
3.1.4. Segue: proposta di una regolamentazione dell'inadempimento anticipato come combinazione di diverse discipline	324
4. Autonomia contrattuale come mezzo per la gestione delle patologie nel rapporto.....	326
4.1. Aperture ad un'estensione pattizia della tutela <i>ante diem</i> e limiti all'autonomia contrattuale.....	331
5. Riepilogo.....	338

CONCLUSIONI.....341

ANTIZIPIERTER VERTRAGSBRUCH
IM ITALIENISCHEN RECHT
IN EUROPÄISCHER PERSPEKTIVE

DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG.....349

BIBLIOGRAFIA.....387

INTRODUZIONE

Oggetto della presente tesi è il c.d. inadempimento anticipato, istituto che trova le proprie origini negli ordinamenti di *common law*, dove il principio dell'immediata risolubilità del vincolo contrattuale in presenza di una situazione di certezza o elevato pericolo di una sua futura violazione costituisce regola comunemente accolta sia sul piano interpretativo che su quello del diritto positivo (cfr. § 2-609 ss. UCC)¹.

Si tratta, invero, di una figura che ha dimostrato particolare forza espansiva, essendo stata recepita, di recente, in una pluralità di testi di matrice sovranazionale (artt. 71 ss. CISG; artt. 7.3.3 s. dei Principi Unidroit; artt. 8:105, comma 1°, 9:201, comma 2° e 9:304 dei PECL; artt. III – 3:401, comma 2° e III. – 3:504 DCFR), trovando altresì ingresso in taluni corpi normativi di diritto interno (v., ad esempio, §§ 321 e 323, comma 4°, BGB)². Donde l'opportunità per il giurista italiano, anche a fronte del persistente silenzio del codice civile del 1942 sul punto, di comprenderne l'utilità ed il concreto funzionamento³.

Il lavoro dedica ampio spazio all'illustrazione delle esperienze di quei Paesi in cui l'istituto dell'inadempimento anticipato riceve applicazione nella prassi giurisprudenziale e nei quali esso ha avuto altresì un esplicito riconoscimento a livello legislativo.

Al riguardo non ci si è fermati ad un'analisi meramente ricognitiva, ma si è tentato di individuare le ragioni alla base dell'elaborazione teorica della figura nei sistemi di origine, mettendo al contempo in evidenza gli ostacoli che a lungo si sono frapposti ad un suo accoglimento negli ordinamenti continentali e che tuttora sembrano impedirne il recepimento nel diritto italiano.

Sotto il profilo metodologico, la ricerca si propone quindi di valorizzare un approccio comparatistico allo studio della figura di derivazione angloamericana, verificandone la compatibilità con i principi che governano il nostro sistema giuridico, dove, pur in presenza di singole disposizioni dedicate al problema del pericolo di una futura inattuazione del rapporto o ritenute comunque applicabili a fronte di una situazione di minaccia dell'inesecuzione della prestazione debitoria (v. artt. 1175; 1186; 1219,

¹ Per il processo di "positivizzazione" della teoria della risoluzione anticipata nei sistemi di *common law*, v. M. DELLA CHIESA, *La risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di P. PARDOLESI, Bari, 2011, 411.

² Un'ampia analisi comparatistica dell'istituto dell'inadempimento anticipato è offerta da H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch. Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2008.

³ Al riguardo, apprezzabili sono gli sforzi compiuti dagli autori delle uniche due opere monografiche dedicate al problema in Italia. Il riferimento è a: A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013 e a V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008.

comma 2°, n. 2; 1375; 1460 e 1461; 1662; 2224; 2900 ss. cod. civ.), manca una disciplina generale dell'inadempimento prima del termine⁴; sicché, la soluzione del delicato problema relativo alla configurabilità dell'istituto e del rimedio della risoluzione anticipata quale mezzo di reazione contro il rischio di una futura violazione del rapporto è compito affidato agli interpreti.

L'obiettivo del lavoro non è comunque di soffermarsi sugli approdi della giurisprudenza e della dottrina nostrane, né di proporre un'interpretazione evolutiva del diritto interno alla luce dei principi elaborati sul piano sovranazionale. È ben vero, infatti, che l'evoluzione europea e globale del diritto lancia delle sfide all'interprete⁵, il cui compito non è tuttavia quello di recepire in maniera indiscriminata le categorie elaborate in sedi diverse da quella nazionale.

Viceversa, accogliendo i suggerimenti di quella dottrina che, pur prestando attenzione al dato normativo straniero, non ritiene di poter trarre da quest'ultimo un pretesto per l'abbandono del metodo dogmatico⁶, lo studio mira a verificare se sia o no possibile una ricostruzione sistematica della fattispecie sulla base delle indicazioni provenienti dal diritto vigente: partendo quindi dallo studio delle categorie tradizionali e riflettendo su una loro eventuale riconcettualizzazione⁷.

Nella parte introduttiva della dissertazione si procederà così ad un'illustrazione del problema e dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale del medesimo nei sistemi di *common law*.

Si proseguirà, quindi, ad individuare le difficoltà che la soluzione della questione relativa alla configurabilità di un inadempimento prima del termine e della tutela risolutoria anticipata presenta per il giurista europeo-continentale.

La parte centrale della tesi sarà dedicata all'illustrazione delle tendenze emergenti a livello europeo: come anticipato, la figura della violazione anticipata trova espressa regolamentazione nei testi e progetti di diritto uniforme ed è stata altresì recepita in taluni ordinamenti nazionali.

Terminata la disamina dello stato dell'arte sul piano sovranazionale, l'analisi si concentrerà sulla descrizione del quadro normativo italiano. Particolare attenzione verrà dedicata ai principali indirizzi dottrinali sviluppatasi intorno al problema

⁴ Il punto è messo in particolare rilievo da M. DELLA CHIESA, *La risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, cit., 389 s.; V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 3.

⁵ F. PIRAINO, in *Annuario del contratto 2013*, diretto da A. D'ANGELO e V. ROPPO, Torino, 2014, 219.

⁶ Il riferimento è, qui, a L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.

⁷ F. PIRAINO, in *Annuario del contratto 2013*, cit., 219.

dell'inadempimento anticipato, nonché agli sviluppi registrati nella prassi giurisprudenziale⁸.

Il lavoro si propone segnatamente di capire, se la disciplina della responsabilità contrattuale contenuta nel codice civile italiano consenta di risolvere positivamente la questione relativa alla sussistenza, anche nel nostro ordinamento, di un quadro rimediale idoneo a far fronte a tutte le ipotesi di pericolo o di certezza del futuro inadempimento.

Al riguardo, due sono, come si avrà modo di vedere, gli scenari prospettati dagli interpreti. Da un lato vi è, ad esempio, chi ritiene di poter estendere senz'altro al diritto interno le soluzioni elaborate in sistemi diversi dal nostro e nei testi di matrice europea. Dall'altro lato non manca però chi, non condividendo siffatta operazione ermeneutica (ma forzando in maniera forse eccessiva il dato normativo), sostiene di poter ravvisare nelle disposizioni del codice indici sufficienti per una compiuta ricostruzione della fattispecie e dell'apparato rimediale predisposto a favore della parte che teme la futura violazione contrattuale, concludendo per la perfetta coincidenza tra lo *standard* di tutela garantito dal sistema italiano e quello offerto dagli ordinamenti giuridici in cui il fenomeno dell'inadempimento anticipato trova, di contro, esplicita previsione⁹.

Come si avrà modo di vedere, la seconda delle due soluzioni appare maggiormente compatibile, quantomeno sul piano argomentativo, con l'approccio metodologico prescelto. Tuttavia, neanch'essa sembra del tutto condivisibile con riguardo alle conclusioni che pare voler derivare da un'interpretazione sistematica del quadro positivo. Le disposizioni esistenti, se coerentemente interpretate, offrono sì degli utili spunti per una ricostruzione della fattispecie dell'inadempimento anticipato. Sennonché, esse non consentono di per sé di affermare l'esistenza nel nostro ordinamento di un livello di protezione delle situazioni di pericolo analogo a quello offerto dai testi e progetti di diritto uniforme, nonché dai corpi di norme nazionali che riconoscono alla parte contrattuale fedele il diritto alla sospensione ed allo scioglimento del contratto sol che sia riscontrabile una minaccia del futuro inadempimento dipendente da una situazione di incapacità del debitore di adempiere o, addirittura, a prescindere dalle ragioni che l'abbiano determinata.

⁸ Per un'analisi del percorso giurisprudenziale, v. A. VENTURELLI, *Dalla minaccia di inadempienza alla violazione «anticipata» del rapporto obbligatorio*, in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, a cura di A. VENTURELLI, Torino, 2013, 5 ss., in cui sono raccolte le principali pronunce in tema di c.d. inadempimento anticipato (v. p. 71 ss.).

⁹ Per un'approfondita analisi dei diversi approcci, si rinvia ai capitoli quarto e quinto.

Ne consegue che, per adattare il nostro sistema al livello di protezione europeo e sovranazionale e rendere lo stesso più permeabile alle esigenze del mercato, parrebbe forse opportuno procedere ad una revisione del diritto vigente: un intervento del legislatore, purché meditato, consentirebbe infatti di risolvere i residui problemi interpretativi che l'attuale formulazione delle disposizioni contenute nel nostro codice pone, contribuendo al raggiungimento di una maggiore certezza del diritto¹⁰.

L'analisi si chiuderà pertanto con un contributo propositivo circa un possibile intervento di modifica della disciplina italiana, il quale ben potrebbe trarre spunto da quello occorso nell'ordinamento tedesco con la "*Schuldrechtsmodernisierung*" del 2002¹¹ o dalle soluzioni proposte dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili¹²: testo, quest'ultimo, che risulta già oggi vigente ed applicabile anche nel nostro ordinamento, seppur entro lo specifico ambito di operatività della legge uniforme; e che si propone, altresì, sin dalla sua progettazione, di fungere da modello per eventuali future riforme dei diritti nazionali¹³.

Si cercherà, infine, di capire se, nell'attesa di un'auspicata riforma ed a fronte delle lacune che il diritto positivo tuttora presenta – difficilmente colmabili, se non attraverso vistose forzature ermeneutiche – una via alternativa (*rectius*, integrativa o comunque aggiuntiva) per superare le residue incertezze che la disciplina attuale pone possa essere costituita dalla prevenzione delle patologie del rapporto mediante una sapiente regolamentazione delle sopravvenienze già in sede di conclusione del contratto: precisamente, attraverso un'estensione pattizia, e non più solo interpretativa, degli strumenti di reazione previsti dal codice.

In definitiva, si tenterà quindi di stabilire, quale ruolo possa essere attribuito, ai fini di una più duttile gestione dell'inadempimento, all'autonomia dei privati e alla loro libertà di predisporre clausole contrattuali volte a governare *ex ante* il rischio di possibili fratture nel rapporto; libertà che trova un ostacolo insuperabile nel rispetto dell'equilibrio

¹⁰ Cfr. F. PADOVINI, *L'inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, in *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, a cura di G. ALPA e E. NAVARRETTA, Milano, 2015, 100.

¹¹ Le novità introdotte con la legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni o "*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*" saranno illustrate nel capitolo terzo.

¹² La Convenzione citata, alla cui disciplina è dedicato il secondo capitolo del presente lavoro, è stata stipulata a Vienna l'11 aprile 1980 ed è stata resa esecutiva in Italia con legge dell'11 dicembre 1985, n. 765.

¹³ Nel senso che sarebbe questa l'ambizione dei progetti di unificazione del diritto, L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 327, secondo il quale i suddetti progetti, pur riguardando la sola disciplina dei rapporti sovranazionali, non nasconderebbero "l'ambizione di servire in un secondo tempo da modello per eventuali riforme dei diritti nazionali".

degli interessi delle parti coinvolte e, perlomeno in certi contesti, nel limite del carattere non abusivo delle clausole predisposte.

CAPITOLO I

PROBLEMA, ORIGINI STORICHE

ED EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO

1. Inadempimento prima del termine: inquadramento del problema e declinazioni del fenomeno. - 2. Origini della dottrina dell'”*anticipatory breach of contract*” nei sistemi di *common law*. - 2.1. *Ratio* della regola elaborata dalle corti inglesi e tentativi di inquadramento teorico. - 2.2. Incidenza dell'analisi economica del diritto sul problema dell'inadempimento anticipato: “*efficient breach of contract*”. - 3. Ostacoli all'accoglimento della figura nei sistemi di diritto codificato: inesigibilità della prestazione in pendenza del termine. - 3.1. Segue: diversità del modello continentale rispetto a quello angloamericano. - 3.2. Segue: principio del primato dell'adempimento in natura quale ostacolo all'incondizionata ammissibilità del rimedio risolutivo anticipato. - 4. Forza espansiva del rimedio dello scioglimento anticipato del contratto: evoluzione della disciplina a livello sovranazionale. - 4.1. Segue: inadempimento e risoluzione anticipata nella Convenzione di Vienna. Rinvio. - 4.2. Segue: ingresso dell'istituto nei progetti di uniformazione del diritto dei contratti. - 4.3. Segue: progressiva penetrazione della disciplina dell'inadempimento anticipato nei singoli ordinamenti continentali. - 4.4. Segue: codificazione della figura in occasione della “*Schuldrechtsmodernisierung*”. Rinvio. - 4.5. Tutela contro il pericolo di inadempimento nell'ordinamento italiano. - 5. Riepilogo.

1. INADEMPIMENTO PRIMA DEL TERMINE: INQUADRAMENTO DEL PROBLEMA E DECLINAZIONI DEL FENOMENO.

Accade sovente, nella pratica degli affari, che le parti di un contratto a prestazioni corrispettive differiscano l'attuazione del rapporto ad un momento successivo rispetto a quello della stipulazione dell'atto¹; o prevedano che l'esecuzione delle prestazioni reciproche debba continuare nel tempo o ripetersi periodicamente.

In tali ipotesi è di regola necessario, per aversi inadempimento delle obbligazioni contrattuali, che sia scaduto il tempo previsto dai contraenti per la loro attuazione: in tanto si può infatti parlare di inadempimento in quanto la prestazione oggetto dell'obbligazione sia in concreto esigibile, e cioè non sottoposta a condizione sospensiva o a termine a favore del debitore².

¹ Risultato che – come si vedrà – può essere ottenuto, oltreché mediante la previsione di un termine – adempitorio o iniziale di efficacia –, anche attraverso l'apposizione al contratto di una condizione sospensiva. Per le differenze tra il termine di adempimento e di efficacia, nonché tra il contratto *sub die* e quello *sub condicione*, v. *infra*.

² Nel senso che l'inadempimento presupporrebbe l'esigibilità della prestazione, v., ad esempio, A. ZACCARIA, *Obligatio est iuris vinculum... Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Torino, 2015, 52. Aggiunge, tuttavia, l'A., che “qualora si partisse dall'idea che l'elencazione di cui all'art. 1186 c.c.”, il quale contempla le cause di decadenza del debitore dal beneficio del termine, “non ha carattere tassativo, si potrebbe concludere che il debitore va considerato come inadempiente, nonostante che il termine convenuto a suo favore formalmente non sia ancora scaduto, pure lì dove abbia già espresso un rifiuto definitivo ed univoco di adempiere”. Per un approfondimento, v. *infra*.

Ne deriva, con specifico riguardo alle obbligazioni *sub die*, che il creditore non può pretendere l'esecuzione della prestazione prima della scadenza del termine (v. art. 1185 cod. civ.; cfr. tuttavia l'art. 1186 cod. civ.): in pendenza di quest'ultimo, l'inesecuzione della prestazione, lungi dal costituire inadempimento, rientra quindi fra le legittime facoltà del debitore.

Non è infrequente, peraltro, che l'adempimento venga messo in dubbio prima ancora che sia maturato il tempo previsto per l'esecuzione della prestazione che ne costituisce oggetto e, quindi, prima ancora che essa sia in concreto esigibile³.

Ciò può accadere, ad esempio, qualora una delle parti dichiari, in un momento anteriore alla scadenza del termine previsto per l'esecuzione della prestazione cui è tenuta, che non vuole (o non può) più adempiere⁴.

Ma analoga incertezza circa il futuro adempimento può derivare anche da circostanze ulteriori e diverse da quella del rifiuto esplicito e formale, le quali sono del pari idonee a mettere a rischio il buon esito dello scambio o, addirittura, ad impedirlo definitivamente prima ancora della scadenza del termine fissato per la sua realizzazione. Dubbi circa il futuro adempimento potrebbero originare, ad esempio, da un comportamento antidoveroso della parte obbligata, che faccia emergere l'assenza di una sua volontà di adempiere ed assuma così i connotati di un rifiuto tacito della prestazione dovuta⁵. Si pensi all'ipotesi in cui uno dei contraenti ponga in essere atti idonei a pregiudicare l'attuazione del rapporto⁶; oppure ometta di svolgere le attività preparatorie

³ Per una sintesi della casistica, v., ad esempio, F. PADOVINI, *Inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, in *Crisi finanziari e categorie civilistiche*, a cura di G. ALPA e E. NAVARRETTA, Milano, 2015, 95 ss.; F.P. PATTI, *Risoluzione per inadempimento anteriore alla scadenza del termine*, in *Giustiziacivile.com*, articolo del 10 giugno 2014, 3 s.; G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V. *Rimedi*, 2, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, 88; H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch. Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2008, 2. Una raccolta di casi sui quali si è pronunciata negli anni la giurisprudenza è disponibile in: *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, a cura di A. VENTURELLI, Torino, 2013, 71 ss.

⁴ È quanto avvenuto nella fattispecie sottoposta all'attenzione di CASS., 9.1.1997, n. 97, in *Danno resp.*, 1997, 727 ss., con nota di A.M. PRINCIGALLI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*; nonché in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, a cura di A. VENTURELLI, cit., 365 ss. Per la natura della dichiarazione anticipata di non voler eseguire la prestazione dovuta e, più in generale, del rifiuto di adempiere, si veda, fra tutti, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, *passim*. Per un'analisi critica della giurisprudenza sul punto, si rinvia a ID., *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 5 ss.

⁵ Per le diverse condotte che possono integrare la fattispecie di rifiuto, v.: H.G. LESER, *Die Erfüllungsverweigerung. Ein Typ der Leistungsstörungen*, in *Ius privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969. Nationales und vergleichendes Privatrecht*, herausgegeben von E. v. CAEMMERER, S. MENTSCHIKOFF, K. ZWEIFERT, II, Tübingen, 1969, 643 s.

⁶ Si veda, ad esempio, il caso risolto da CASS., 21.12.2012, n. 23823, in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 383 ss.; nonché in *Contratti*, 2013, 553 ss., con nota di M. DELLA CHIESA, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, nel quale il promittente

necessarie per l'effettuazione della prestazione nel termine originariamente previsto⁷; o, ancora, non proceda alla sua esecuzione secondo le condizioni stabilite o a regola d'arte (cfr. artt. 1662 e 2224 cod. civ.).

L'insicurezza relativamente all'attuazione dello scambio potrebbe essere dovuta, inoltre, a fatti estranei alla volontà del debitore, riconducibili alla condotta di un terzo o a più o meno prevedibili crisi finanziarie, fenomeni bellici, cambiamenti climatici, o ancora, ad episodi politici i quali, com'è noto, non sono privi di ricadute sul piano economico⁸ e che, pur senza tramutarsi necessariamente in un'impossibilità della prestazione debitoria, possono comunque suscitare nel creditore il giustificato timore circa il mancato conseguimento della medesima⁹.

Di fronte alla pluralità delle situazioni in cui il futuro adempimento dell'obbligazione contrattuale può essere messo in pericolo, si pone quindi il problema di individuare i rimedi esperibili dalla parte che teme la futura inattuazione del rapporto contrattuale. In particolare, si tratta di capire se il contraente fedele abbia a disposizione i soli rimedi cautelari e conservativi, i quali di regola spettano al titolare di un'aspettativa¹⁰; o se si debba, invece, ritenere che egli sia senz'altro legittimato a

venditore, “impegnatosi a trasferire un'unità abitativa, vi aveva aperto una porta di comunicazione con l'unità adiacente, rendendo non più identificabile l'oggetto della promessa”. Cfr. anche CASS., 22.5.2015, n. 10546, in *Corr. giur.*, 2015, 1518 ss., con nota di F. ASTONE, *Anticipatory breach e termini di pagamento della parte non inadempiente, tra clausole generali e interpretazione letterale del contratto*, la quale si è pronunciata su un caso in cui, concluso un preliminare di vendita immobiliare, il promittente alienante aveva, prima della scadenza del termine previsto per la stipula del definitivo, “instaurato concrete trattative di vendita con terzi”.

⁷ Si veda, al riguardo, la fattispecie che ha dato origine alla controversia risolta da CASS., 10.4.1986, n. 2500, in *Riv. not.*, 1986, 787 ss; in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 501 ss; in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, 155 ss., con nota di G. CONTE, *Appunti in tema di mancato compimento dell'attività preparatoria e di risoluzione anticipata del contratto*; nonché in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 348 ss. nella quale il promittente venditore “aveva ommesso di espletare tempestivamente le pratiche amministrative richieste per il rilascio della licenza edilizia, necessaria per la costruzione dell'edificio in cui era compreso l'appartamento oggetto del preliminare di vendita”. Nel caso di specie mancava in realtà un termine convenzionale per il compimento di quelle pratiche. Sennonché, a parere della Corte l'inerzia del promittente alienante “aveva superato congrui limiti di tolleranza”.

⁸ Fa riferimento a tali fenomeni, quali possibili cause di un pericolo del futuro inadempimento, F. PADOVINI, *Inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 95.

⁹ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui un commissionario, impegnatosi a vendere nell'anno un minimo di prodotti del committente, risulti averne venduto, al termine del primo semestre, una quantità di gran lunga inferiore, rendendo in tal modo “inverosimile il raggiungimento del traguardo annuale” (si tratta del caso deciso da CASS., 10.12.1986, n. 7318; nonché in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Obbligazioni in genere*, n. 12; nonché in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 352 ss.); risultato che, va precisato, non necessariamente dipende da un comportamento del commissionario, il quale ometta di impegnarsi in direzione dello scopo.

¹⁰ Nell'aspettativa il potere è attribuito, infatti, in funzione solo conservativa “di una situazione che se ancora non ha dato vita alla nascita di diritti soggettivi ne appare preliminare e strumentale”. Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2015, 65.

risolvere il contratto sol che venga riscontrata la certezza o comunque l'elevata probabilità di un successivo inadempimento della controparte¹¹.

Come si avrà modo di vedere, il problema appare di più agevole soluzione in quegli ordinamenti in cui l'elaborazione di regole adeguate a disciplinare i diversi fenomeni giuridici viene lasciata, in assenza di un diritto codificato, all'opera dei giudici, disposti, di regola, ad apprestare rimedi in funzione dei bisogni di tutela che emergono dalla prassi¹².

Maggiori difficoltà circa l'ammissibilità del ricorso al rimedio risolutorio prima ancora della concreta possibilità di pretendere l'adempimento dell'obbligazione si pongono, invece, in quei sistemi, nei quali gli interpreti, abituati a ricercare le soluzioni ai problemi giuridici all'interno dei vari testi normativi, tendono a ravvisare nell'assenza di una specifica disposizione positiva che preveda un determinato istituto o rimedio un ostacolo spesso insormontabile al riconoscimento dello stesso¹³.

Proprio al fine di superare le difficoltà connesse al riconoscimento della possibilità di una risoluzione per inadempimento esercitabile *ante diem*, molti dei legislatori continentali hanno scelto, di recente, sulla spinta della giurisprudenza e delle evoluzioni a livello sovranazionale¹⁴, di introdurre nei rispettivi codici e leggi di diritto interno una regola esplicita, volta a regolare, una volta per tutte, il fenomeno dell'inadempimento prima del termine¹⁵.

Nel presente lavoro, specifica attenzione sarà dedicata alla disciplina introdotta all'interno del BGB in occasione della riforma che ha "modernizzato" il diritto delle

¹¹ In tal senso, in particolare, CASS., 10.12.1986, n. 7318, cit., secondo la quale "con riguardo all'obbligazione sottoposta a termine, l'inadempimento può sussistere anche prima del decorso del termine medesimo, ove il comportamento del debitore lasci sicuramente desumere, o comunque fondatamente presagire, la mancata esecuzione della prestazione al tempo pattuito".

¹² Il riferimento è ai sistemi di *common law*, nei quali, com'è noto, "il diritto è creato anche dalle sentenze giudiziali" ed esiste, a differenza di quanto succede negli ordinamenti di *civil law*, una circolarità tra l'elaborazione della regola e la soluzione, giacché "da una fattispecie concreta nasce una fattispecie astratta che poi si applicherà ad altre fattispecie concrete. Si parla al riguardo di *precedente vincolante*". Così, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 19, 36. Su un possibile ruolo creativo della giurisprudenza anche negli ordinamenti continentali, v. *infra*.

¹³ Nei sistemi di *civil law* le fonti sono, di regola, costituite da un documento scritto (anche se, va precisato, è ben possibile che una certa materia sia regolata dagli usi: v. art. 1 della Preleggi) e dettano sempre regole generali ed astratte. Sennonché, come si avrà modo di vedere, pur non vigendo in tali sistemi il principio del c.d. precedente vincolante (e ciò neppure ai fini della creazione di un uso c.d. normativo), non si può dire che "le sentenze non svolgano una funzione primaria contribuendo a creare, in punto di fatto se non di diritto, regole di condotta". Sul punto, in generale, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 19, 36. Per maggiori approfondimenti, si rinvia comunque al capitolo V.

¹⁴ Su cui, v. *infra*.

¹⁵ V. *infra*.

obbligazioni tedesco (la c.d. “*Schuldrechtsmodernisierung*”) del 2002¹⁶. Ma soluzioni analoghe a quella adottata in Germania sono offerte pure da altri testi normativi vigenti¹⁷.

La previsione di una disciplina positiva dell’inadempimento anticipato ed, in particolare, l’espreso riconoscimento del rimedio risolutorio *ante diem* hanno consentito così di superare – anche nei sistemi di diritto codificato, o almeno in alcuni di essi – i dubbi precedentemente sollevati, nel silenzio della legge, circa la possibilità per il contraente *in bonis* di porre fine anticipatamente al rapporto contrattuale nei casi in cui sia certa o altamente probabile una sua futura violazione.

Naturalmente, permangono, come si avrà modo di vedere nei capitoli successivi, problemi applicativi: i presupposti per poter dichiarare l’immediata risoluzione del contratto spesso non si prestano ad un accertamento univoco. Inoltre, ci si chiede quale sia il concreto ambito di operatività di una regola che continua a convivere con disposizioni, le quali espressamente ammettono la fine anticipata del vincolo in presenza di un’impossibilità sopravvenuta della prestazione (peraltro, e salvo l’obbligo del debitore al risarcimento dei danni, anche ove imputabile al debitore: v. §§ 275 e 326 BGB); o, pur in assenza di un’impossibilità della prestazione, riconoscono al contraente *in bonis* il diritto di sciogliere il contratto ove venga riscontrata una violazione di obblighi accessori a quello principale, scaturenti dal generale dovere di buona fede (si veda, ad esempio, il § 324 BGB)¹⁸; o, ancora, apprestano rimedi, quale quello dilatorio, esperibile apparentemente in presenza dei medesimi presupposti che consentono l’immediato scioglimento del contratto (v. § 321 BGB).

Nonostante i problemi operativi e dogmatico-sistematici che la regola sull’inadempimento anticipato pone, la scelta compiuta dai legislatori “più audaci”, di

¹⁶ Il riferimento è alla “Legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni” o “*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*” del 26.11.2001, in *BGBI*, I, 3138 ss. (nuovamente pubblicata il 2.1.2002, con la “*Neufassung des BGB*” – testo del BGB aggiornato con la legge di riforma, in *BGBI*, I, 42 ss.), entrata in vigore il 1° 1.2002 e che ha interessato parte del primo e l’intero libro secondo del codice civile tedesco, rappresentando senz’altro la più incisiva riforma che il BGB abbia subito nel corso della sua storia. Così C.-W. CANARIS, *Il programma obbligatorio e la sua inattuazione: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, 31, nonché, con il diverso titolo *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 19, cui si rinvia altresì per un’analisi delle principali novità relative alla disciplina della responsabilità contrattuale e delle c.d. turbative dell’adempimento (c.d. *Leistungsstörungen*). Per maggiori approfondimenti, v. *infra*.

¹⁷ Inoltre, disposizioni conformi a quella inserita nel codice germanico sono contemplate in alcuni progetti di riforma di recente elaborazione, quali, ad esempio, la proposta di riforma del diritto delle obbligazioni svizzero. Sul punto v. ancora *infra*.

¹⁸ Come si avrà modo di precisare, la disposizione non regola la risoluzione per la violazione di qualsiasi obbligo accessorio, ma solo di quelli di protezione (o *Schutzpflichten*) di cui al § 241, comma 2°, BGB.

positivizzare la possibilità di una risoluzione¹⁹ anticipata del contratto ove sia evidente il futuro inadempimento di una delle parti, appare comunque significativa, in quanto espressione di un'intrascurabile tendenza a livello europeo-continentale.

Essa merita attenzione soprattutto da parte di chi, come l'interprete italiano, si trovi tuttora costretto a dover ricercare una soluzione alla questione dell'inadempimento *ante diem* e dei rimedi contro lo stesso esperibili estrapolando principi da un sistema positivo che appare a tutta prima silente sul punto.

Obiettivo del presente lavoro è, come anticipato, di valutare, anche attraverso un confronto con le soluzioni elaborate nel contesto di altre esperienze giuridiche nazionali, nonché con le attuali tendenze emergenti sul piano sovranazionale, l'adeguatezza della disciplina predisposta dal nostro sistema contro l'incertezza della futura attuazione del contratto.

La notevole rilevanza del problema dell'inadempimento *ante diem* e le implicazioni teorico-pratiche che esso pone richiedono di stabilire, nello specifico, se sia o no possibile una ricostruzione sistematica della figura a partire dalle indicazioni provenienti dal diritto vigente; o se si debba, per converso, concludere che la disciplina elaborata a livello sovranazionale e penetrata con il tempo, attraverso la "*Rechtsfortbildung*" operata dagli interpreti, anche nel nostro ordinamento, si sia nel frattempo spinta talmente oltre quello che è il dato positivo da far apparire necessaria una revisione del sistema, sì da rendere lo stesso più permeabile rispetto alle esigenze del mercato²⁰.

¹⁹ Il termine "risoluzione" è qui usato in senso ampio per riferirsi/ed è riferito a tutti i rimedi che, ancorché consistenti in una mera dichiarazione unilaterale e stragiudiziale, consentono di addivenire al medesimo risultato estintivo del rapporto. Sull'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento, si veda, di recente, M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013. Sul rapporto tra risoluzione per inadempimento e recesso, v., fra tutti, G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 725 ss.; F. PADOVINI, *Risoluzione e recesso: strumenti diversi, esito identico*, in *Obbl. contr.*, 2012, 86 ss. Sullo scioglimento del contratto nel diritto tedesco, si veda: M.G. CUBEDDU, *Profili attuali dello scioglimento del contratto nell'ordinamento tedesco tra modello italiano e diritto privato europeo*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di M.V. DE GIORGI, S. DELLE MONACHE, G. DE CRISTOFARO, I, Padova, 2010, 601 ss. In generale, sullo scioglimento del vincolo in prospettiva comparatistica: R.E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie. Unicità e pluralità di temi e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2012. V. anche A. FLESSNER, *Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung*, in *ZEuP*, 1997, 255 ss.

²⁰ Come anticipato, auspica un intervento volto ad introdurre nel diritto interno regole specifiche dedicate all'inadempimento anticipato, F. PADOVINI, *L'inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 100. Cfr. le riflessioni di L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 507, secondo il quale "interrogarsi sulle prospettive di riforma del diritto [...] vuol dire in primo luogo porsi la domanda se tale diritto, inteso come *law in action*, sia ancora ricostruibile sistematicamente a partire dal codice civile". Per analoghe osservazioni nel diritto tedesco ante-riforma: U. HUBER, *Leistungsstörungen*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Köln, 1981, 775. Cfr. al riguardo A. DI MAJO, *La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania*

2. ORIGINI DELLA DOTTRINA DELL'ANTICIPATORY BREACH OF CONTRACT NEI SISTEMI DI COMMON LAW.

Ragioni di coerenza, ma soprattutto di logica espositiva, suggeriscono di premettere qualche breve osservazione sulla genesi della discussione teorica svoltasi intorno al problema che qui ci occupa.

Orbene, come si è avuto modo di anticipare, la dottrina dell'”*anticipatory breach of contract*” affonda le proprie radici nella tradizione giuridica dei sistemi di *common law*²¹.

Federale, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 170 che, con riguardo alla situazione esistente in Germania prima della riforma del diritto delle obbligazioni, osserva che “è legittimo chiedersi se” un’evoluzione giurisprudenziale come quella che si è avuta nell’ordinamento tedesco dall’entrata in vigore del BGB fino agli anni Ottanta “appartenga all’ordine fisiologico delle cose, nel senso dell’esigenza di un adeguamento continuo ad una realtà in divenire, oppure se debba spiegarsi con un corpo di norme «datato»”.

²¹ Sull’*anticipatory breach of contract* nei sistemi *common law*, si vedano: J. BEATSON, *Anson’s Law of Contract*, Oxford, 2002, 571 ss. (v. anche l’edizione successiva del 2010: J. BEATSON, A. BORROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson’s Law of Contract*, Oxford, 2010, 589 ss.); H.W. BALLANTINE, *Anticipatory Breach and the Enforcement of Contractual Duties*, in *Mich. L. Rev.*, (22) 1924, 329 ss.; J.W. CARTER, *Anticipatory Breach*, in *Current Developments in International Transfers of Goods and Services. 6th Singapore Conferences on International Business Law, September 1992*, edited by L. RAO PENNA, T. KEANG SOOD, W. AI AI, C. LENG SUN, Singapore, 1994, 227 ss.; ID., *The Embiricos Principle and the Law of Anticipatory Breach*, in *Mod. L. Rev.*, (47) 1984, 422 ss.; ID., *Breach of Contract*, Sydney, 1991, 213 ss.; ID., *Synthesis of the Law of Breach of Contract*, in *Camb. L.J.*, (38) 1979, 270 ss.; H.G. BEALE (General Editor), *Chitty on Contracts*, I, London, 2008, 1556 ss.; A.L. CORBIN, *Corbin on Contracts. A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law*, IV, St. Paul, 1951, 851 ss.; F. DAWSON, *Metaphors and Anticipatory Breach of Contract*, in *Camb. L.J.*, (40) 1981, 83 ss.; B. COOTE, *Breach, Anticipatory Breach, or the Breach Anticipated?*, *L.Q.R.*, (123) 2007, 503 ss.; H.R. LIMBURG, *Anticipatory Repudiation of Contracts*, in *Cornell L.Q.*, (10) 1924-25, 135 ss.; G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, London, 1962, 544 ss.; ID., *Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII, *Contracts in General*, edited by A.T. v. MEHREN, 2, ch. 16, Tübingen-Boston, 1976 (2008), 139 s.; Q. LIU, *Anticipatory Breach*, Oxford-Portland, 2011; E.A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, II, New York, 2004, 550 ss.; A.L. GOODHART, *Measure of Damages When a Contract is Repudiated*, in *L.Q.R.*, (78) 1962, 263 ss.; M. MUSTILL, *Anticipatory Breach of Contract: The Common Law at Work, Butterworth Lectures 1989-90*, London, 1990, 1 ss.; D.J. IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, 1999, 147 ss.; M.G. LLOYD, *Ready and Willing to Perform: The Problem of Perspective Inability in the Law of Contract*, in *Mod. L. Rev.*, (37) 1974, 121 ss.; A. NICOL, R. RAWLINGS, *Changing Attitudes to Anticipatory Breach and Third Party Beneficiaries*, in *Mod. L. Rev.*, (43) 1980, 696 ss.; P.M. NIENABER, *The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy*, in *Camb. L.J.*, (20) 1962, 213 ss.; Q. LIU, *Inferring Future Breach: Towards a Unifying Test of Anticipatory Breach of Contract*, in *Camb. L.J.*, (66) 2007, 574 ss.; E. TABACHNIK, *Anticipatory Breach of Contract*, in *C.L.P.*, 1972, 149 ss.; K.A. ROWLEY, *A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Law*, in *University of Cincinnati L. R.* (69), 2001, 565 ss.; G.H. JONES, P. SCHLECHTRIEM, *Breach of Contract (Deficiencies in a Party’s Performance)*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII, *Contracts in General*, cit., ch. 15, 88 ss.; P. HUBER, *Anticipatory Breach*, in *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, I, edited by J. BASEDOW, K.J. HOPT, R. ZIMMERMANN, with A. STIER, Oxford, 2012, 59 ss. In lingua tedesca, ID., *Antizipierte Nichterfüllung*, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, herausgegeben von J. BASEDOW, K.J. HOPT, R. ZIMMERMANN, unter Mitwirkung von M. ILLMER, I, Tübingen, 2009, 76 ss.; E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, Berlin-Leipzig, 1936, 273 s.; H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 51 ss.; B. AUWETER, *Die antizipierte Erfüllungsverweigerung im amerikanischen und deutschen Kaufrecht*, Diss. Mannheim, 1984; V. SCHOTT, *Antizipierter Vertragsbruch und Leistungsgefährdung. Eine Vergleichung des*

Le origini dell'”*anticipatory breach doctrine*” vengono fatte risalire, precisamente, al noto caso *Hochster v. De La Tour* del 1853, in occasione del quale fu per la prima volta affermato il principio per cui la parte destinataria di un rifiuto anticipato dell'altro contraente di tener fede agli impegni assunti può, a sua scelta, a) attendere inerte il termine originariamente previsto per l'adempimento o b) ritenersi immediatamente liberata dalle sue obbligazioni, avanzando, altresì, nei confronti del contraente infedele una pretesa risarcitoria²².

La vicenda che ha dato origine alla controversia si può così sintetizzare. De La Tour assumeva Hochster come sua guida turistica per un viaggio in Europa. Prima della data fissata per l'inizio della spedizione egli comunicava tuttavia all'accompagnatore di non aver più bisogno della sua assistenza. Hochster agiva quindi in giudizio, deducendo una violazione anticipata del contratto e chiedendo la corresponsione della somma che gli sarebbe spettata ove il contratto fosse stato eseguito. De La Tour eccepiva l'infondatezza dell'azione. In particolare, egli sottolineava che di inadempimento non si sarebbe potuto parlare se non dalla data fissata per l'inizio del viaggio. Ciononostante, la Corte adita riteneva di poter qualificare il rifiuto di De La Tour quale tipica ipotesi di violazione anticipata del contratto. Di conseguenza, riconosceva la legittimità della pretesa risarcitoria avanzata dall'attore e confermava l'avvenuto scioglimento del vincolo.

Se è vero, comunque, che il caso citato viene tradizionalmente considerato come il *leading case*²³ in materia di inadempimento anticipato, si deve però altresì rilevare che, prima ancora dell'esplicito riconoscimento dell'immediata risolubilità del contratto in presenza di una sua violazione riscontrata *ante diem*, avvenuto in occasione della sopra ricordata decisione, era principio comunemente accettato fra gli interpreti inglesi

amerikanischen Rechts mit dem international vereinheitlichen Kaufrecht, Diss. Bonn, 1992; K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, edizione italiana a cura di A. DI MAJO e A. GAMBARO, Milano, 2011, 233 s. (v. anche l'edizione del 1995, 206). In lingua italiana, si vedano anche: G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 463 ss.; M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, 214 ss.; R.E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie. Unicità e pluralità di temi e problemi nella prospettiva europea*, cit., 102 ss.; M. DELLA CHIESA, *Risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, in *Seminari di Diritto Privato Comparato*, a cura di P. PARDOLESI, 2011, Bari, 407 ss.; A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, 57 ss.; V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, 97 ss.; G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1968, 257.

²² *Hochster v. De La Tour* (1853) 2 El & Bl 679; 118 ER 922. Per una rilettura in chiave critica di tale decisione si rinvia a Q. LIU, *Anticipatory Breach*, cit., 10 ss.

²³ Per il dibattito sorto fra gli autori intorno all'individuazione del “vero” *leading case* della dottrina in esame, si veda M. DELLA CHIESA, *Risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, cit., 410 s.

che la parte contrattuale fedele potesse rifiutare la propria prestazione ed agire immediatamente per il risarcimento dei danni qualora l'altro contraente si fosse posto nella condizione di non poter adempiere alla scadenza (i c.d. “*self-disablement cases*”)²⁴.

Tuttavia, fu solo nel 1853, e quindi in occasione della sopra menzionata pronuncia, che i giudici equipararono a tali ipotesi anche quella della dichiarazione anticipata di uno dei contraenti di non voler adempiere²⁵.

Il rifiuto di dare esecuzione alla prestazione dovuta si è peraltro sin da subito prestato a diventare formula di sintesi, idonea a ricomprendere, oltre alla dichiarazione espressa di non voler adempiere (c.d. “*explicit repudiation*”), anche la situazione fattuale – precedentemente descritta in termini di “*self-disablement*” – determinata dall'incapacità di dare esecuzione alla prestazione dovuta, dipendente da un comportamento volontario della parte infedele (la c.d. “*implicit repudiation*”)²⁶. Al di fuori dell'ampia figura dell'“*anticipatory repudiation*” erano destinati a rimanere, di conseguenza, i soli casi di inadempimento c.d. “giustificato”, derivante, ad esempio, da un'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a causa non imputabile al debitore²⁷.

Successivamente, la regola esplicitata nel *leading case* circa l'immediata risolvibilità del contratto e la legittimità della pretesa risarcitoria anticipata, avanzata dalla parte *in bonis* in presenza di un rifiuto comunque manifestato dall'altro contraente,

²⁴ V., ad esempio, v. *Ford v. Tiley* (1827) 6 B & C 325; 108 ER 472. Si veda, poi, *Short v. Stone* (1846) 8 QB 358; 115 ER 911, citato successivamente da Lord Cockburn CJ nel caso *Frost v. Knight* (1872) LR 7 Ex 111 (spec. 112), che viene pacificamente ricondotto alla categoria dei c.d. *anticipatory breach cases*. In dottrina, v. P.M. NIENABER, *The Effect of Anticipatory Repudiation*, cit., 216 s., nota n. 19; F. POLLOCK, in *Holmes-Pollock Letters. The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*, edited by M. DE WOLFE HOWE, Cambridge Mass., 1946, II, 74 (lettera del 14.8.1921). Cfr. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 52 ss., spec. 52 e 54.

²⁵ Prima del famoso caso *Hochster v. De La Tour* si riteneva che il rifiuto anticipato non costituisse di per sé un inadempimento e non legittimasse pertanto il creditore ad agire immediatamente per il risarcimento dei danni. V. *Philpotts v. Evans* (1839) 5 M & W 475; 151 ER 200; *Ripley v. M'Clure* (1849) 4 Ex 345; 154 ER 1245 (spec. 1251). A seguito di una dichiarazione del debitore di non voler adempiere, il creditore poteva pertanto sciogliersi dal contratto solo se d'accordo con l'altra parte. La tendenza era quella di ravvisare nella manifestazione di volontà del debitore una proposta rivolta alla conclusione di un contratto risolutorio. Così *Franklin v. Miller* (1836) 4 Ad & El 599; 111 ER 912. Cfr. *De Bernardy v. Harding* (1853) 8 Ex 822; 155 ER 1586, dove si ritiene di poter riconoscere un valore analogo a quello della dichiarazione espressa di non voler adempiere anche al comportamento del debitore che si ponga nella condizione di non poter adempiere.

²⁶ In tal senso già *Hochster v. De La Tour*, cit. Cfr. *Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati* (1957) 2 QB 401; *Heyman v. Darwins Ltd* (1942) AC 356. In dottrina, v. E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I, cit., 273 s.; H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 62 s.; P. HUBER, *Anticipatory Breach*, cit., 60; ID., *Antizipierte Nichterfüllung*, cit., 76.

²⁷ Nel senso che anche in tali ipotesi sussisterebbe un inadempimento anticipato: *Universal Cargo Carriers Corp v. Citati* (1957), cit.

è stata regolarmente applicata dai giudici in casi simili a quello risolto nella pronuncia del 1853.

La possibilità per la parte contrattuale fedele di sciogliersi anticipatamente dal vincolo per mezzo di una semplice dichiarazione unilaterale²⁸ è assurda così a regola pacifica, ampiamente riconosciuta sia in giurisprudenza che in dottrina, trovando esplicita enunciazione, in tempi più recenti, pure sul terreno del diritto positivo (v. i §§ 2-609 ss. dello “*Uniform Commercial Code*”²⁹ o UCC³⁰ nonché i §§ 118 ss. del “*Restatement [First] of Contracts* e i §§ 250 ss. del “*Restatement [Second] of Contracts*”³¹).

²⁸ Sulla risoluzione mediante dichiarazione unilaterale nel *common law* inglese e per la sua efficacia *ex nunc*, v., fra i tanti, E. DELL’AQUILA, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 846 s. Per ulteriori riferimenti bibliografici, v. *supra*.

²⁹ Trattasi di una legge uniforme, che, come sottolineato da v. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008, 165 s., rappresenta “il coronamento” del processo, iniziato verso la fine del XIX secolo dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, “costituita con il preciso scopo di preparare leggi modello le quali potessero essere uniformemente adottate da tutti gli Stati”. I lavori di redazione per l’*Uniform Commercial Code*, “preparato in seno all’American Law Institute [...] ed alla National Conference of Commissioners on Uniform State Laws”, sono iniziati precisamente nel 1942, “sotto l’impulso di Karl N. Llewellyn” e “giunsero ad una prima conclusione nel 1952. Una volta redatto un testo definitivo questo è stato proposto ai legislatori dei diversi Stati perché lo adottassero come loro legge interna. Simile operazione, grazie alla capacità di pressione dell’American Bar Association che aveva sponsorizzato l’iniziativa, ha avuto successo. Oggi”, infatti “l’U.C.C. è stato adottato, almeno in parte, in tutti gli Stati dell’Unione”.

³⁰ Si riporta il testo del § 2-609 UCC (che rappresenta senz’altro la norma centrale in tema di inadempimento anticipato): “*When either party repudiates the contract with respect to a performance not yet due the loss of which will substantially impair the value of the contract to the other, the aggrieved party may (a) for a commercially reasonable time await performance by the repudiating party; or (b) resort to any remedy for breach (Section 2-703 or Section 2-711), even though he has notified the repudiating party that he would await the latter’s performance and has urged retraction; and (c) in either case suspend his own performance or proceed in accordance with the provisions of this Article on the seller’s right to identify goods to the contract notwithstanding breach or to salvage unfinished goods (Section 2-704)*”. Per le conseguenze della ritrattazione del rifiuto, si veda il § 2-611 UCC: “*(1) Until the repudiating party’s next performance is due he can retract his repudiation unless the aggrieved party has since the repudiation cancelled or materially changed his position or otherwise indicated that he considers the repudiation final. (2) Retraction may be by any method which clearly indicates to the aggrieved party that the repudiating party intends to perform, but must include any assurance justifiably demanded under the provisions of this Article (Section 2-609). (3) Retraction reinstates the repudiating party’s rights under the contract with due excuse and allowance to the aggrieved party for any delay occasioned by the repudiation*”. Ma si veda altresì il § 2-609 UCC, il quale completa la disciplina dell’*anticipatory breach of contract*, contenuta nello UCC “*A contract for sale imposes an obligation on each party that the other’s expectation of receiving due performance will not be impaired. When reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of either party the other may in writing demand adequate assurance of due performance and until he receives such assurance may if commercially reasonable suspend any performance for which he has not already received the agreed return. (2) Between merchants the reasonableness of grounds for insecurity and the adequacy of any assurance offered shall be determined according to commercial standards. (3) Acceptance of any improper delivery or payment does not prejudice the aggrieved party’s right to demand adequate assurance of future performance. (4) After receipt of a justified demand failure to provide within a reasonable time not exceeding thirty days such assurance of due performance as is adequate under the circumstances of the particular case is a repudiation of the contract*”.

³¹ Sul punto, v. M. DELLA CHIESA, *Risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, cit., 411 ss., il quale sottolinea come il primo vero tentativo di positivizzazione della regola sulla risoluzione

È quindi oggi comune insegnamento, nei sistemi di diritto consuetudinario, che la violazione del contratto (o “*breach of contract*”), intesa come inadempimento dell’obbligazione contrattuale imputabile al debitore, possa avvenire sia al momento previsto per l’adempimento, sia anteriormente allo stesso.

L’”*anticipatory breach*” può consistere, precisamente, secondo quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza e confermato altresì nei “*Restatement*” e nello UCC³², in un rifiuto di adempiere reso prima della scadenza del termine previsto per l’esecuzione della prestazione dovuta (“*repudiation before performance is due*”); rifiuto che può avvenire sia *expressis verbis* sia attraverso un comportamento concludente³³. Si ha, inoltre, inadempimento anticipato anche nel caso in cui la

anticipate del contratto sia rappresentato dal “*Restatement [First] of Contracts*” del 1932 (compilato sotto l’egida dell’*American Law Institute*, con la funzione di ordinare ed esporre in maniera sistematica il diritto vigente in materia contrattuale). Stando alle regole del “*Restatement*” (cfr. §§ 318 ss.) vi sarebbe un *anticipatory breach* di un contratto bilaterale ogni volta che il *promisor*, senza giustificazioni e prima della scadenza del tempo previsto per l’esecuzione della prestazione: “(1) *made a positive statement to the promise, or other person having a right under the contract, indicating that she would not or could not substantially perform her contractual duties; (2) transferred or contracted to transfer to a third person an interest in specific land, goods, or other things essential for the substantial performance of her contractual duties to the promise; (3) committed any voluntary affirmative act that rendered substantial performance of her contractual duties to the promisee impossible or apparently impossible*”. Cfr. §§ 250 ss. del “*Restatement [Second] of Contracts*” del 1979. In particolare, ai sensi del § 253 la parte *in bonis* può pretendere il risarcimento dei danni per inadempimento totale (“*claim for damages for total breach*”) quando “(1) [...] *an obligor repudiates a duty before he has committed a breach by non-performance and before he has received all of the agreed exchange for it [...]*”. Il § 250 definisce la *repudiation* come “(a) *a statement by the obligor to the obligee indicating that the obligor will commit a breach that would of itself give the obligee a claim for damages for total breach under § 243, or; (b) a voluntary affirmative act which renders the obligor unable or apparently to perform with such a breach*”. Per ridurre l’incertezza della parte *in bonis* circa la sussistenza di un *anticipatory breach* il § 251 prevede poi la possibilità di domandare all’altra parte la prestazione di adeguate assicurazioni di adempimento e di sospendere nel frattempo l’esecuzione della prestazione dovuta. Se tali assicurazioni non vengono offerte, si ritiene che sussista una *repudiation ex § 250*. Stabilisce, in particolare, il § 251 che“(1) *Where reasonable grounds arise to believe that the obligor will commit a breach by non-performance that would of itself give the obligee a claim for damages for total breach under § 243, the obligee may demand adequate assurances of due performance and may, if reasonable, suspend any performance for which he has not already received the agreed exchange until the receives such assurance; (2) The obligee may treat as a repudiation the obligor’s failure to provide within a reasonable time such assurance of due performance is adequate in the circumstances of the particular case*”.

³² V., in particolare, §§ 318 ss. del “*Restatement [First] of Contracts*” del 1932; §§ 250 ss. del “*Restatement [Second] of Contracts*” del 1979; §§ 2-609 UCC.

³³ G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 257, il quale, nel descrivere le fattispecie d’inadempimento imputabile, precisa che “una particolare distinzione deve farsi con riguardo al rifiuto di adempiere, che può essere espresso, se risulta da una apposita dichiarazione in tal senso («*renunciation*» o «*explicit repudiation*») [...], ovvero implicito, se risulta da un comportamento inequivoco e concludente come il vendere ad un terzo un bene che era già stato promesso in vendita ad altri («*implicit repudiation*» [...]). “La distinzione”, spiega l’A., “è questa: il rifiuto, in ambedue le forme testé descritte, può (essere fatto) risultare nel momento stesso in cui avrebbe dovuto essere eseguito l’adempimento («*renunciation during performance*») [...] ovvero prima di questo momento («*renunciation before performance is due*» o «*implicit repudiation before performance is due*» [...]). Orbene, “ricorrendo la prima eventualità, il rifiuto integra una normale fattispecie d’inadempimento imputabile. Ricorrendo, invece, la seconda eventualità, si dà luogo alla già nota fattispecie di «*anticipatory breach*» ossia «anticipato

prestazione sia divenuta, prima del tempo previsto per la sua esecuzione, impossibile per una causa imputabile alla parte obbligata.

Quanto, poi, ai rimedi esperibili contro la particolare ipotesi di violazione contrattuale, essi coincidono con quelli spettanti alla parte *in bonis* nei casi di rottura del rapporto successiva alla scadenza del termine: ne deriva che l'”*innocent party*” ha diritto di far valere immediatamente l'inadempimento, con tutte le conseguenze che ne derivano, compresa quella di porre anticipatamente fine al vincolo (eventualmente a seguito di una sospensione dell'esecuzione del contratto e della previa richiesta di adeguate assicurazioni alla controparte: cfr. § 2-609 UCC e § 251 del “*Restatement [Second] of Contracts*” del 1979) e di pretendere il risarcimento dei danni subiti.

2.1. RATIO DELLA REGOLA ELABORATA DALLE CORTI INGLESÌ E TENTATIVI DI INQUADRAMENTO TEORICO.

Le esigenze pratiche che hanno portato gli interpreti inglesi (prima) e quelli americani (poi) a riconoscere l'istituto della violazione anticipata del contratto sono di immediata comprensione e rispondono segnatamente alla necessità, emersa nella prassi, di evitare quell'inutile spreco di risorse che si avrebbe ove, esclusa la configurabilità di un inadempimento *ante diem* e negata, di conseguenza, la possibilità di un'immediata reazione del creditore, si obbligasse lo stesso ad insistere in un rapporto ormai inidoneo a soddisfare le sue aspettative³⁴.

Ciò premesso, si spiega altresì il carattere del rimedio che si è ritenuto di predisporre a favore della parte *in bonis* la quale, una volta riscontrata – seppur prima del tempo – una violazione contrattuale, può non solo agire facendo valere una pretesa risarcitoria, ma ha altresì la possibilità di affrancarsi immediatamente dal vincolo al fine di ritornare al più presto sul mercato ed allocare in maniera più efficiente i suoi mezzi e le sue risorse, trovando, in particolare, nuovi partner commerciali con i quali soddisfare i propri interessi³⁵.

È appena il caso di notare che, così facendo, essa non solo evita di dover sopportare il rischio di un'eventuale sopravvenuta impossibilità della prestazione³⁶, ma

inadempimento» del contratto, alla quale si ricollega l'effetto tipico di attribuire alla controparte il diritto di far valere subito l'inadempimento con tutte le relative conseguenze”.

³⁴ Cfr. P. HUBER, *Antizipierte Nichterfüllung*, cit., 76; ID., *Anticipatory Breach*, cit., 60.

³⁵ Cfr. *Hochster v. De La Tour* (1853), cit.; *Frost v. Knight* (1872), cit.; *Avery v. Bowden* (1855) 5 El & Bl 714; 119 ER 647.

³⁶ V., ad esempio, *Avery v. Bowden* (1855), cit. Nel caso di specie, Bowden, dopo aver concluso un contratto di noleggio/nolo con Avery, si era rifiutato di adempiere la propria obbligazione. Avery, anziché

limita altresì l'entità del danno che il debitore deve risarcire in conseguenza della violazione del contratto³⁷. Ne deriva che, pur essendo l'"*innocent party*" libera di scegliere se porre fine o no al vincolo per un inadempimento anticipato della controparte, quella di non attendere la scadenza del termine per l'adempimento assume talvolta addirittura i caratteri di una scelta obbligata alla luce del principio che impone a ciascuna delle parti di contenere, nei limiti del possibile, i danni derivanti dall'inadempimento dell'altro contraente (c.d. "*duty to mitigate the loss*"; cfr. art. 1227 cod. civ.). Il creditore, preoccupato delle conseguenze negative di un'eventuale dichiarazione di risoluzione infondata, potrebbe quindi preferire di attendere il maturare del tempo previsto per l'adempimento, sospendendo eventualmente l'esecuzione della prestazione dovuta. Nel compiere siffatta scelta egli dovrebbe tuttavia considerare l'eventualità di vedersi successivamente rifiutata una richiesta di risarcimento dei danni che avrebbe potuto evitare, dichiarando immediatamente lo scioglimento.

Se da un lato non sembrano sussistere dubbi in ordine agli interessi che si vogliono tutelare attraverso il riconoscimento di un inadempimento *ante diem* e la predisposizione del rimedio della risoluzione anticipata quale mezzo di reazione ad una violazione anticipata del contratto, altrettanto chiaro ed univoco non è invece l'inquadramento teorico della regola elaborata dalle Corti inglesi ed americane. Pur costituendo ormai parte del "patrimonio giuridico" degli ordinamenti *common law*, la suddetta regola ha creato infatti più di qualche difficoltà agli interpreti che si sono cimentati nella ricerca del suo fondamento giuridico³⁸.

Diverse sono state le tesi a tal proposito avanzate.

In alcuni casi si è ritenuto, ad esempio, di poter ravvisare nella manifestazione oppositiva del debitore anteriore alla scadenza del termine una proposta, rivolta alla

dichiarare immediatamente sciolto il contratto ed agire per il risarcimento dei danni, decideva di aspettare, tenendo la nave presa a nolo da Bowden a disposizione di quest'ultimo per tutto il periodo di tempo concordato. Nel frattempo, tuttavia, scoppiava la guerra in Crimea e l'adempimento diveniva di conseguenza impossibile. La pretesa di risarcimento dei danni, avanzata da Avery, veniva quindi respinta. Cfr. E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I, cit., 274; K. ZWIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, cit., 233 s. (v. anche l'edizione del 1995, 206).

³⁷ Cfr. *Frost v. Knight* (1872), cit.; *Woodar Investment Development Ltd v. Wimpey Construction UK Ltd* (1980) 1 WLR 277; *Hochster v. De La Tour* (1853), cit. In dottrina, v. G.H. TREITEL, *The Law of Contracts*, cit., 545. V., per analoghe osservazioni con riguardo al rimedio previsto dall'(oramai superato) art. 116 CESL (su cui v. *infra*), C. WENDEHORST, in *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, München, 2014, sub art. 116, 593, secondo la quale "*liegt es doch im Interesse beider Parteien, in einer solchen Situation den Vertrag nicht unnötig lange aufrecht zu erhalten und einen noch höheren Schaden auf Käuferseite zu riskieren*". Così anche M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1974, 179.

³⁸ Così Q. LIU, *Anticipatory Breach*, cit., 9: "*The doctrine of anticipatory breach, despite its universal acceptance in common law jurisdictions, is deeply affected by myths and confusion*".

controparte, diretta a concludere un contratto risolutivo e collegata ad un'offerta di provvedere al risarcimento del danno. Secondo tale impostazione, di fronte al rifiuto debitorio il creditore sarebbe posto di fronte ad un'alternativa: accettare la proposta e determinare con ciò lo scioglimento del contratto (avanzando al contempo una pretesa risarcitoria); oppure respingerla, confermando in tal modo la volontà di proseguire nel rapporto (c.d. “*offer and acceptance model*”)³⁹.

Una ricostruzione del rifiuto e delle conseguenze che da esso discendono analoga a quella appena illustrata è stata, seppur isolatamente, prospettata anche nella dottrina italiana meno recente, secondo la quale una variazione delle posizioni reciproche delle parti sarebbe possibile, nella fase esecutiva, solo “nel presupposto dell'accordo”⁴⁰.

La tesi che tende ad attribuire connotati contrattuali all'istituto dell'“*anticipatory breach of contract*”, e che ravvisa il fondamento giuridico dell'anticipata risoluzione del rapporto in un nuovo accordo intercorso fra le parti non è però andata esente da critiche.

I rilievi avanzati dagli interpreti hanno riguardato, in particolare, il carattere finzionistico dell'inquadramento teorico proposto⁴¹. Manifestando la propria volontà di non adempiere il debitore non proporrebbe, infatti, alcuna sostituzione dell'obbligazione originaria con quella risarcitoria. L'obiettivo perseguito mediante la dichiarazione oppositiva non sarebbe cioè di sobbarcarsi l'esecuzione di prestazioni diverse da quella dovuta, ma, di contro, di liberarsi da ogni vincolo⁴². Mancherebbe, dunque, il presupposto stesso su cui si fonda la teoria che ricostruisce la risoluzione per

³⁹ Così, ad esempio, *Bradley and Others v. H. Newsom, Sons & Company* (1919) AC 16 (v., in particolare, p. 51 ss. per le osservazioni di Lord Wrenbury); *Denmark Productions v. Boscobel Productions* (1969) 1 QB 699 (v., in particolare, p. 731 s. per le osservazioni di Winn LJ). Sul punto, v. E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I, cit., 274.

⁴⁰ F. ROMANO, *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 610 s., secondo il quale una manifestazione unilaterale di volontà, resa nella fase esecutiva, sarebbe irrilevante, in quanto “mantenuta sul piano della pura volontà”. Il comportamento negativo del debitore sarebbe apprezzabile, secondo l'A., solo allo scadere del termine previsto per l'esecuzione della prestazione dallo stesso dovuta. In tal senso, più di recente, anche M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 563 ss.; nonché, ID., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008, 115 s., secondo il quale, qualora – in seguito al rifiuto – il creditore manifesti stragiudizialmente la volontà di risolvere il contratto, quest'ultimo si scioglie appunto per mutuo consenso (*rectius*, dissenso). Per maggiori approfondimenti e per le critiche a tale impostazione ermeneutica, v. *infra*.

⁴¹ Per le critiche all'*offer and acceptance theory*, v.: J. W. CARTER, *Breach of Contract*, cit., 223 (spec. par. 719); P.M. NIENABER, *The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy*, cit., 221.

⁴² Si consideri, poi, che spesso chi rifiuta di adempiere lo fa adducendo scuse e giustificazioni, non di rado accusando l'altra parte di essersi resa inadempiente.

inadempimento anticipato in termini contrattuali⁴³, *i.e.* la conformità delle volontà espresse dalle parti, interessate, l'una, a svincolarsi senz'altro dagli obblighi precedentemente assunti e, l'altra, al conseguimento del risarcimento dei danni subiti in conseguenza del mancato soddisfacimento dei propri interessi⁴⁴.

Nonostante il suo persistente richiamo nelle opere dei comparatisti europei continentali⁴⁵, la teoria contrattualistica è stata così con il tempo abbandonata dalle Corti britanniche e statunitensi che, allontanatesi dall'impostazione tradizionale, tendono oggi a ravvisare nel rifiuto del debitore un comportamento il quale, impedendo al creditore di raggiungere lo scopo per cui ha contrattato, risulta immediatamente lesivo del sinallagma ed è pertanto idoneo a determinare in capo al creditore la nascita di un diritto potestativo alla risoluzione del contratto. Secondo la tesi oggi prevalente, tale diritto non troverebbe, dunque, il suo fondamento in un nuovo accordo fra le parti contrattuali, ma in una patologia dello stesso rapporto originario, conseguente ad un comportamento antidoveroso del contraente infedele (la c.d. "*present breach theory*")⁴⁶.

Alla ricostruzione del rifiuto in termini di violazione immediatamente lesiva del contratto si è obiettato, tuttavia, che non sarebbe il rifiuto o la condotta debitoria in sé a costituire inadempimento. Il verificarsi di quest'ultimo presupporrebbe, di contro, anche la dichiarazione di scioglimento del contratto da parte del creditore accompagnata da contegni incompatibili con la volontà dello stesso di proseguire nel rapporto⁴⁷.

L'obiezione, seppur autorevolmente sollevata, non ha comunque ricevuto accoglimento in dottrina ed in giurisprudenza. In particolare, si è rilevato, ravvisare nella reazione creditoria un requisito indispensabile della violazione anticipata

⁴³ Sul mutuo dissenso, in generale, v. A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 2015 (ristampa inalterata con nuova prefazione dell'autore), *passim*; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011, 507 ss.

⁴⁴ Così F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 223, nota n. 149. Ma v., tuttavia, M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., 115: per l'A. l'obiezione secondo la quale, preannunciando il proprio inadempimento, il debitore non manifesterebbe propriamente la volontà di risolvere il contratto, ma solo quella di non eseguire la prestazione dovuta, sarebbe viziata da un eccesso di formalismo.

⁴⁵ V., ad esempio, E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I, cit., 274: "*Theoretisch konstruiert man den Fall so, daß die Erfüllungsverweigerung als Angebot zum Abschluß eines Vertragsauflösungsvertrags betrachtet wird, den der Käufer durch seine Erklärung annimmt*". Per una critica a tale ricostruzione, v. però p. 386. Cfr. M. RHEINSTEIN, *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht*, Berlin-Leipzig, 1932, 210; H. LESER, *Die Erfüllungsverweigerung*, cit., 652; G. ALPA, *Contratto e common law*, Padova, 1987, 105; G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law*, Padova, 2005, 192; A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 59 ss. Per le critiche mosse al carattere finzionistico della ricostruzione, v. p. 66 s.

⁴⁶ In tal senso, ad esempio: *Maredelanto Compania Naviera SA v. Bergbau-Handel GmbH (The Mihalis Angelos)* (1971), cit. In dottrina: J. BEATSON, *Anson's Law of Contract*, cit., 573.

⁴⁷ Così, ad esempio, G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, cit., 544.

significherebbe in realtà attribuire a quello che dovrebbe costituire il rimedio ad una condotta antiggiuridica anche la funzione di presupposto per l'esperimento del medesimo⁴⁸. Lungi dal richiedere un'accettazione del creditore ed il compimento da parte di quest'ultimo di atti tali da far ritenere definitivamente venuto meno il suo interesse al contratto, la condotta del debitore contraria ai doveri assunti al momento della stipula dovrebbe dunque considerarsi di per sé sufficiente ad integrare un "anticipatory breach".

Ammessa così autonoma rilevanza al contegno posto in essere dalla parte infedele prima della scadenza del termine previsto per l'esecuzione della prestazione dovuta, dubbi continuano comunque a sussistere in ordine alla natura e all'esatta qualificazione dell'obbligo violato dal contraente inadempiente mediante la sua manifestazione oppositiva.

Fra gli interpreti è diffusa, al riguardo, l'opinione secondo la quale tale obbligo non sarebbe quello principale di prestazione, quanto piuttosto un obbligo a questo strumentale, consistente nel dovere di non pregiudicare la futura attuazione del rapporto⁴⁹; obbligo che scaturirebbe, secondo alcuni, automaticamente e direttamente dal contratto⁵⁰; e che, secondo altri, discenderebbe, invece, da un apposito accordo delle parti contestuale alla stipulazione dell'atto di privata autonomia⁵¹.

⁴⁸ P.M. NIENABER, *The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy*, cit., 220 s.; H.R. LIMBURG, *Anticipatory Repudiation of Contracts*, cit., 169; H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 75 ss.

⁴⁹ Così, in particolare, J. BEATSON, *Anson's Law of Contract*, cit., 571 s., il quale sottolinea l'esistenza di un dovere delle parti, oltretutto di eseguire la prestazione dedotta in contratto, anche di preservare la possibilità della futura attuazione dello scambio: "the parties to a contract which is wholly executory have a right to something more than the performance when the time arrives. They have a right to the maintenance of the contractual relation right up to that time, as well as to a performance of the contract when due. [...] A contract is a contract from the time it is made, and not from the time that performance is due".

⁵⁰ *Frost v. Knight* (1872), cit. In dottrina, H.W. BALLANTINE, *Anticipatory Breach and the Enforcement of Contractual Duties*, cit., 341, secondo il quale l'inadempimento anticipato andrebbe considerato quale violazione di un dovere diverso da quello primario che l'A. qualifica come "the duty to respect the rights of the plaintiff by a treat of wrong".

⁵¹ Così, ad esempio, R. GOODE, *Commercial Law*, London, 2004, 126: "Every contract involves not merely the obligations expressly undertaken but also an implied major undertaking by each party that, from the time of the contract to the time fixed for performance, he will continue willing and able to perform". Secondo l'A., il c.d. *anticipatory breach* non è affatto anticipato ("the breach is non anticipatory at all") e si ha ogniqualvolta una delle parti viola il dovere di impegnarsi nella direzione dell'adempimento e di mantenersi in grado di farlo e cioè ogniqualvolta "the guilty party has broken an existing obligation to hold himself willing and able to perform". V. anche H.R. LIMBURG, *Anticipatory Repudiation of Contracts*, cit., 140 s. che, dopo aver premesso che il contratto contiene due diversi tipi di *conditions* (e precisamente, "conditions which are implied as well as those which are expressed"), precisa come fra le c.d. condizioni implicite rientri anche l'"implied obligation to continue to be ready and willing to perform the portions of the contract still remaining executory". Negli stessi termini anche F. DAWSON, *Metaphors and Anticipatory Breach of Contract*, cit., 100, secondo il quale l'inadempimento anticipato consisterebbe appunto in una violazione attuale di un dovere implicito.

Nonostante la diversa individuazione della fonte dell'obbligo violato mediante la condotta antidoverosa, le differenti opinioni paiono comunque convergere circa il valore meramente indiziario, ai fini dell'esercizio del diritto alla risoluzione, della manifestazione oppositiva del debitore: indipendentemente dalla sua immediata lesività, quest'ultima parrebbe infatti assumere, proprio in quanto rivolta ad una prestazione accessoria, un valore solo sintomatico, unitamente alle altre circostanze del caso, nell'ambito del giudizio prognostico diretto a stabilire l'inevitabilità di un futuro inadempimento dell'obbligazione e la connessa sussistenza del diritto allo scioglimento del vincolo⁵². Ciò che assumerebbe rilievo ai fini risolutivi sarebbe, in altri termini, non già la violazione dell'obbligo strumentale in sé, conseguente all'atto abdicativo del debitore, ma l'idoneità di tale atto ad incidere, insieme ad altri elementi ricavabili dalla fattispecie concreta, sulla effettiva attuabilità dello scambio.

2.2. INCIDENZA DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO SUL PROBLEMA DELL'INADEMPIMENTO ANTICIPATO: "EFFICIENT BREACH OF CONTRACT".

Va infine notato che gli sforzi compiuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza per individuare il corretto fondamento del rimedio risolutivo anticipato e l'esatta natura dell'obbligo violato mediante il comportamento antidoveroso della parte contrattuale infedele tendono a svanire di fronte all'affermarsi, in taluni contesti del *common law*, della teoria dell'"*efficient breach of contract*"⁵³, che ha un predecessore in Oliver W.

⁵² Sulla tradizionale distinzione tra *conditions* (clausole dotate di fondamentale importanza nell'economia del contratto) e *warranties* (clausole da ritenersi, invece, secondarie) e per la possibilità di ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento parziale nei soli casi in cui la clausola violata (*rectius*, la prestazione che essa prevede) sia una *condition*, mentre nei casi di lesione di una *warranty* il contraente sarebbe legittimato a chiedere esclusivamente il risarcimento dei danni patiti, v. E. DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 846. Precisa, comunque, l'A. come, essendo "alla base della distinzione [...] il grado di importanza [...] dell'inadempimento, la tendenza più recente della giurisprudenza inglese" sia "di adottare come criterio generale, ai fini della risoluzione del contratto, la regola per cui, nei casi concreti", è necessario "accertare se l'inadempimento" sia "o no fondamentale [...], giacché la distinzione tradizionale tra" le suddette clausole "è vista come uno soltanto dei parametri e non come il parametro esclusivo che può utilizzarsi a tal fine. In tal senso anche V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 111, il quale sottolinea come l'attenzione dei giudici spesso vada oltre la natura della clausola violata, rivolgendosi in particolare alle conseguenze che l'inadempimento anticipato produce, soprattutto in relazione allo scopo cui è preordinato il rapporto.

⁵³ Si veda, fra tutti: R.A. POSNER, *The Economic Analysis of Law*, Boston, Toronto, 1986, 105 ss. L'A., dopo aver distinto tra le violazioni c.d. "opportunistiche" e le altre violazioni del contratto ("*opportunistic and other breaches of contract*"), precisa che la maggior parte delle violazioni del contratto non sono, in realtà, "opportunistiche", ma involontarie ("*involuntary*") o volontarie, ma efficienti ("*voluntary but [...] efficient*"), le quali, da un punto di vista economico, corrispondono ad una violazione involontaria ("*which from an economic standpoint is the same case that of an involuntary breach*"). Per una ricostruzione della teoria in lingua italiana, si veda, ad esempio: R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, 335 ss., dove si rileva come "talvolta non rispettare un contratto" si riveli "più efficiente che eseguirlo. Questa

situazione si verifica quando i costi dell'adempimento sono superiori ai benefici per tutte le parti. L'eccedenza dei costi rispetto ai benefici è collegata al verificarsi di una circostanza che rende più vantaggioso un impiego alternativo delle risorse richieste per l'adempimento". Orbene, due sono i "tipi di circostanze che modificano il valore delle risorse. In primo luogo, una circostanza fortunata" che "aumenta il costo della prestazione". "In secondo luogo, una circostanza fortunata" che "rende l'inadempimento più vantaggioso dell'adempimento". In generale, sulle "implicazioni economiche dei diversi criteri di responsabilità contrattuale", v. P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 512 ss. Sull'inadempimento efficiente, si veda anche A. SCHWARTZ, *Law and Economics: l'approccio alla teoria del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 433 s.; V. ROPPO, *A partire dalla formazione, divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, 30 s.; M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, 474 ss.; F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, 305 ss.; B. GARDELLA TEDESCHI, *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali. Un'indagine comparatistica*, Milano, 2008, 192 s., spec. 193: "La nota teoria predica che è più efficiente lasciare una parte di un contratto libera di non adempiere e di risarcire il danno, qualora ci si accorga che il contratto non è più economicamente vantaggioso oppure se si verifica un'occasione fortunata in cui il debitore può fornire ad un terzo la medesima prestazione, in cambio di una prestazione più elevata rispetto al primo contraente. L'"occasione fortunata", si precisa, "è rappresentata dall'interferenza del terzo nel contratto, nella specie di induzione all'inadempimento", con la conseguenza, peraltro che, "la responsabilità del terzo non avrebbe alcun significato economicamente apprezzabile". Cfr. F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011, 182 ss.; P. PARDOLESI, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in *Quadr.*, 1988, 78, il quale riassume i tratti salienti della teoria dell'inadempimento efficiente nei seguenti termini: "ove il promittente conti di ricavare", ad esempio, "dalla sopravvenuta e vantaggiosa offerta di un terzo, un utile tale da consentirgli di ristorare in toto il promissario deluso (collocandolo, direbbero gli economisti, sulla stessa curva d'indifferenza in cui si sarebbe trovato in caso di adempimento ineccepibile) e di conservare, nondimeno, un margine di guadagno per sé, ben venga il rifiuto di tener fede all'impegno contrattuale". Com'è logico, "ciò presuppone esemplare chiarezza su quale debba essere la misura del ristoro per equivalente". Qualche cenno all'inadempimento efficiente si rinviene anche in F. ASTONE, *Anticipatory breach e termini di pagamento della parte non inadempiente, tra clausole generali e interpretazione letterale del contratto*, in *Corr. giur.*, 1524, nota n. 11, secondo il quale i casi in cui il debitore tenga un comportamento incompatibile con l'adempimento sono spesso caratterizzati, non già da un'incapacità ad adempiere, ma da un ripensamento del debitore medesimo, che ritiene l'inadempimento più vantaggioso rispetto all'esecuzione della prestazione dovuta. È quanto accade, ad esempio, qualora un soggetto, dopo aver promesso un bene in vendita, scopre che il prezzo che potrebbe ottenere da un terzo per quello stesso bene gli consentirebbe di ricevere un utile differenziale superiore al costo del presumibile risarcimento. È quanto, secondo l'A., potrebbe essere avvenuto nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte e risolto con la pronuncia che egli si trova a commentare (si tratta della sentenza Cass., 22.5.2015, n. 10546, cit.): nella specie, il promittente venditore, dopo aver stipulato un contratto preliminare di compravendita immobiliare, aveva, prima della scadenza del termine previsto per la stipula del definitivo, instaurato trattative di vendita con terzi; probabilmente, sottolinea l'A., per "verificare, sollecitando di nuovo il mercato, la concreta possibilità di un loro inadempimento efficiente". Per un'adesione alla teoria, v. anche G. CLERICO, *Minaccia di inadempimento contrattuale, rinegoziazione e forme di risarcimento*, in *Riv. cit. dir. priv.*, 2004, 279 ss. V., in particolare, p. 280, nota n. 2, dove l'A. sottolinea come l'inadempimento possa costituire una scelta efficiente quanto il rispetto del contratto rappresenta per la parte un costo maggiore rispetto al risarcimento da corrispondere alla parte fedele. Sostiene la compatibilità della teoria dell'inadempimento efficiente con il dettato codicistico italiano anche F. COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, in *Quadr.*, 1988, 500 ss., spec. 503, secondo il quale "il sistema del codice", nell'imporre "al debitore colpevole di inadempimento, almeno in linea di principio, il mero risarcimento del danno sofferto dal creditore, in misura compensativa della perdita subita e dei mancati guadagni [...], nella misura cioè degli *expectation interests* o danni da aspettativa del *common law*", sembrerebbe "pienamente rispondere all'esigenza economica di permettere al debitore di non adempiere all'obbligazione, qualora il «costo» dell'adempimento non appaia più conveniente, ovvero si prospetti una diversa e più remunerativa opportunità di impiego della risorsa dedotta in obbligazione". Aggiunge l'A. a p. 510, dopo aver analizzato la disciplina che regola nel nostro ordinamento il fenomeno dell'inadempimento, che appare "abbastanza lineare come sia pienamente possibile (anche se non «lecito») per il debitore che non intenda eseguire le proprie obbligazioni contrattuali, [...], sfuggire

Holmes Jr.⁵⁴, ma che ha trovato terreno fertile soprattutto nel pensiero dei cultori dell'analisi economica del diritto, sviluppatasi, com'è noto, negli Stati Uniti a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso⁵⁵, la quale ha influenzato pure il pensiero di taluni giuristi europei e di cui si trova riscontro anche nelle opere di autori nostrani⁵⁶.

all'osservanza dell'obbligo di" adempimento "che deriva in via primaria dal contratto e pagare il risarcimento del danno, ovvero, soltanto in alcuni casi, che si riducono in pratica alle ipotesi di obbligazioni di fare fungibile e di non fare, pagare il costo dell'esecuzione specifica". Diversamente, tuttavia, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 500, il quale definisce la teoria dell'inadempimento efficiente come "discutibile". V. anche M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., 475 s., secondo il quale "nella misura in cui identifica nel risarcimento del danno l'unico rimedio esperibile dal contraente deluso, la teoria dell'inadempimento efficiente è certamente incompatibile con la disciplina italiana". Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, negli *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, a cura di P. CENDON, t. 2, Milano, 1994, 361, testo e nota n. 133, il quale precisa che "il contraente inadempiente non ha il potere di sciogliersi ad libitum dall'obbligo di eseguire «in natura» le prestazioni dovute, con il solo onere di risarcire i danni all'altra parte, perché ciò contrasta" con la regola di cui all'art. 1372 cod. civ.". Secondo l'A. "il diritto all'esecuzione in forma specifica, e non per equivalente, costituisce un ostacolo preliminare a considerazioni in termini di libera scelta – al momento di eseguire la prestazione – tra il maggior e minor vantaggio dell'adempimento rispetto al risarcimento del danno da inadempimento, ostacolo preliminare con cui devono fare i conti i cultori dell'analisi economica del diritto dei paesi romanisti". V. anche F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 228, il quale sottolinea che "il riconoscimento di una valenza normativa all'analisi economica è incompatibile con il carattere precettivo del diritto". Per la dubbia compatibilità della teoria con i principi del nostro ordinamento, v. F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, cit., 182, secondo il quale la c.d. "efficient breach theory" (che l'A. definisce come "una tipica ricetta di analisi economica dei contratti"), "pur apparentemente contrastando i connotati sistemologici della nostra tradizione, appare decisamente persuasiva nel momento in cui si attribuisce all'ordine rimediabile una funzione distributiva".

⁵⁴ O.W. HOLMES JR., *The Common Law*, New York, 1881, rist. nel 2004, 184.

⁵⁵ In realtà, come osserva C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 278 ss., testo e nota n. 8 s., "la consapevolezza dell'apporto che la lettura dei risvolti economici può dare all'indirizzo e all'orientamento degli istituti giuridici", propria dell'*economic analysis of law*, è già presente nell'opera di Victor Mataja: V. MATAJA, *Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, Leipzig, 1888, 19. In tal senso anche I. ENGLARD, *Viktor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*, in *Int. Rev. L. Ec.*, 1990, 173 ss. L'analisi economica dei fatti dannosi, propria della prospettiva che caratterizza la dottrina statunitense della *law and economics* si rinviene anche in K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertragung*, I, Leipzig, 1916, 468. Da un punto di vista metodologico, su una linea analoga si pone inoltre A. MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, Berlin-Leipzig, 1885, § 666 ss. Nel *common law* nordamericano gli inizi dell'analisi economica del diritto si fanno invece risalire, tradizionalmente, alle opere di: R. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *J. L & Econ.*, 1960, 1 ss.; G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in *Yale L. J.*, 1961, 499 ss.; G. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *J. Pol. Econ.*, 1968, 169 ss. Di poco successiva è, poi, l'opera di Posner: R.A. POSNER, *The Economic Approach to Law*, in *Tex. L. Rev.*, 1975, 757 ss., che ha inaugurato l'analisi economica del diritto c.d. positiva (contrapposta a quella c.d. normativa di Calabresi). Per le origini dell'approccio economicistico nel diritto italiano, v. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961. In generale, sulla c.d. analisi economica del diritto, v., ad esempio, R. BOWLES, *Diritto e economia*, Bologna, 1985; A. SCHWARTZ, *Law and Economics: l'approccio alla teoria del contratto*, cit., 427 ss.; R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, *passim*; L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 263 ss.; R. PARDOLESI, voce *Analisi economica del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987, 307 ss., cui si rinvia altresì per un'analisi sintetica delle principali critiche mosse all'approccio metodologico della *law and economics*.

⁵⁶ Sul punto, v. L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, cit., 264, il quale precisa come l'analisi economica del diritto, il cui obiettivo fondamentale è quello dell'efficienza allocativa, è stata "originariamente teorizzata, a partire dall'inizio degli anni '70, dalle *law schools* americane nel quadro

Risultato di un approccio economicistico al diritto, la teoria citata attribuisce ruolo centrale all'efficienza del mercato, la quale rappresenta il fine ultimo cui devono tendere i soggetti nel loro agire.

Secondo i suoi sostenitori, non solo non vi sarebbero ragioni per costringere il debitore a rispettare un contratto non economicamente vantaggioso, ma l'inadempimento andrebbe addirittura incentivato, se più conveniente per la parte obbligata⁵⁷. Quest'ultima potrebbe così ritenersi libera di non adempiere (e dovrebbe essere anzi dissuasa dall'esecuzione della prestazione dovuta) ogniqualvolta, in conseguenza di un fatto sopravvenuto (si pensi, ad esempio, ad una circostanza che aumenti il costo della prestazione o che consenta un impiego più vantaggioso delle risorse) non rispettare l'impegno contrattuale fosse più efficiente (e, quindi, più conveniente) che eseguirlo.

L'adempimento perderebbe, in tale prospettiva, il carattere di doverosità e diverrebbe, da atto o fatto dovuto⁵⁸, una mera facoltà per il debitore, il quale potrebbe scegliere l'alternativa economicamente più efficiente fra esecuzione ed inesecuzione della prestazione⁵⁹.

della microeconomia neoclassica". Essa è, però, diffusa oramai "anche nella cultura europea pur tra molte diffidenze e talvolta aspre avversioni (specialmente in Germania)".

⁵⁷ Come sottolinea F. COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, cit., 487, "qualora il contratto si riveli *ex post* inefficiente, è", infatti "nell'interesse generale che esso non venga condotto a termine (non solo nell'interesse del debitore), e che le risorse vengano riallocate secondo un impiego più remunerativo".

⁵⁸ V., fra tutti, R. NICOLÒ, *L'adempimento*, in *Raccolta di scritti*, t. II, Milano, 1980, 1285 ss., spec. 1291, dove l'A., dopo aver riassunto brevemente le diverse tesi sulla struttura (negoziale o non negoziale) dell'adempimento, precisa come la "giusta veduta costruttiva dell'adempimento" paia quella "che lo definisce *atto dovuto*" e quindi "non negoziale". Diversamente, secondo i sostenitori della teoria dell'inadempimento efficiente sarebbe non già l'adempimento, ma l'inadempimento a costituire "quasi un *atto dovuto*", per l'economista, ovvero un atto da qualificarsi come «involontario». Così F. COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, cit., 487.

⁵⁹ Così F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, cit., 183; V. ROPPO, *A partire dalla formazione, divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, cit., 30 s., il quale sottolinea come l'idea dei cultori dell'analisi economica del diritto sia che "dal contratto non derivano per le parti obblighi adempimento, ma poteri di scelta fra adempimento fra adempimento e inadempimento/risarcimento", sicché "l'opzione fra adempimento e inadempimento si colloca in un'area di indifferenza assiologica, riducendosi ad apprezzamenti di pura convenienza economica, perché la violazione del contratto merita di essere considerata «migliore» del suo rispetto tutte le volte che garantisca una «migliore» allocazione delle risorse". Nel senso che il promittente sarebbe libero di rompere la promessa legalmente vincolante e che questa avrebbe quale unica conseguenza l'obbligo per la parte inadempiente di pagare i danni all'altra, v. già O.W. HOLMES JR., *The Common Law*, cit., 184, il quale teorizzò la c.d. *bad man's theory of contract*: "The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfilment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses". Il dovere di rispettare il contratto si tradurrebbe, così, secondo l'A., nell'obbligo di pagare i danni se non lo si fa.

A dire il vero, stando a quanto predica l'”*efficient breach theory*”, non parrebbe neppure corretto parlare del contratto quale fonte di veri e propri doveri di adempimento. Ciò che discenderebbe dall'atto di privata autonomia sarebbero, infatti, meri poteri di scelta spettanti ai contraenti: questi potrebbero, sulla base di valutazioni di pura convenienza economica, optare per l'adempimento, oppure, nei casi in cui l'attuazione dello scambio non garantisca più la migliore allocazione dei mezzi e delle risorse, per l'immediata interruzione del rapporto; con l'unica conseguenza, nella seconda ipotesi, di dover offrire una somma a titolo di “*damages*” nei confronti della parte insoddisfatta⁶⁰. L'obbligo di pagare i danni avrebbe, com'è facilmente intuibile, l'effetto di indirizzare la scelta del debitore, che sarebbe “indotto” a non eseguire la prestazione solo ove ciò gli consentisse di conseguire un beneficio maggiore rispetto alla perdita da ristorare⁶¹.

Si potrebbe discutere sulla natura della prestazione avente ad oggetto il pagamento dei “*damages*”. Se è vero, infatti, che aderendo alla teoria della rottura efficiente del contratto si finisce, in sostanza, per giustificare, nel nome di interessi di natura economica, l'inadempimento debitorio, purché efficiente⁶², quest'ultimo,

⁶⁰ Tentando di ricondurre la ricostruzione offerta dalla *efficient breach theory* a schemi a noi noti, sembrerebbe così potersi affermare che essa attribuisce alla prestazione risarcitoria i caratteri di una prestazione sostitutiva di quella oggetto dell'obbligazione contrattuale, riconducibile allo schema dell'obbligazione facoltativa, con facoltà per la parte obbligata di liberarsi offrendo all'altra il pagamento dei *damages*.

⁶¹ F. ASTONE, *Anticipatory breach e termini di pagamento della parte non inadempiente, tra clausole generali e interpretazione letterale del contratto*, cit., 1524, nota n. 11, secondo il quale l'inadempimento può ritenersi efficiente, ad esempio, ove, a seguito della stipula di un preliminare di compravendita, il promittente alienante scopra che il prezzo che potrebbe ottenere da un terzo per il bene promesso in vendita al promissario acquirente gli consentirebbe di ricevere un utile differenziale superiore al costo del presumibile risarcimento.

⁶² Mancherebbero, infatti, i presupposti teorici per l'applicazione della regola della “violazione efficiente” di fronte a comportamenti opportunistici del debitore infedele (sulla distinzione tra “opportunistic”, “involuntary” e “voluntary, but efficient breach”, v. ancora R.A. POSNER, *The Economic Analysis of Law*, cit., 105 s.). Siffatti comportamenti consentirebbero, anzi, la condanna dello stesso al pagamento dei c.d. danni punitivi o *punitive damages*, quantificati in misura notevolmente eccedente rispetto al valore pecuniario del beneficio derivante dall'azione opportunistica. Sul problema dell'(in)ammissibilità dei “danni punitivi per inadempimento contrattuale”, v. F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., 305 ss. Sui c.d. *punitive damages*, v., ad esempio, G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 435 ss.; nonché, più di recente, M. TESCARO, *I punitive damages nordamericani: un modello per il diritto italiano?*, in *Contr. impr. Europa*, 2012, 599 ss. Per l'estraneità di tale istituto al nostro ordinamento, si veda: CASS., 19.1.2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460, la quale, dopo aver precisato l'estraneità dell'“idea di punizione” “al risarcimento del danno”, ha affermato la “contrarietà all'ordine pubblico interno della “sentenza statunitense di condanna a danni punitivi, i quali si caratterizzano per un'ingiustificata sproporzione tra l'importo liquidato ed il danno effettivamente subito”. Ma v. F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, cit., 185, secondo il quale l'art. 1225 cod. civ., se correttamente interpretato, consente di rendere decisamente più costoso l'inadempimento opportunistico. La disposizione citata limita, com'è noto, il risarcimento dei danni non prevedibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione. Tuttavia, essa stabilisce un'eccezione per il caso dell'inadempimento doloso. Orbene, sottolinea l'A., se il concetto di

costituendo il legittimo esercizio di un “diritto di scelta”, perde i connotati di illiceità che gli sono tradizionalmente propri. Sicché la prestazione pecuniaria che si sostituisce a quella ineseguita pare assumere piuttosto la natura di un indennizzo, avente la funzione di ristorare la perdita subita dal contraente fedele in conseguenza dell’esercizio (lecito) da parte dell’altro della facoltà di non adempiere.

La teoria dell’inadempimento efficiente, postulando l’adesione ad una concezione del diritto cui è propria l’applicazione di concetti e metodi che appartengono alla scienza economica più che a quella strettamente giuridica, presta naturalmente il fianco a diversi rilievi critici, mossi soprattutto da chi poggia su altri fondamenti la propria concezione del diritto⁶³.

In particolare, la teoria dell’*“efficient breach”* è stata sovente criticata sul presupposto che giustificerebbe, ed anzi, incoraggerebbe l’inadempimento e, più in generale, comportamenti immorali del debitore⁶⁴.

Si è aggiunto, ancora, che essa priverebbe una parte della possibilità di usufruire, a sua volta, delle opportunità economiche che il contraente inadempiente è, invece, in grado di sfruttare. Ove si consideri che spesso questi non ha la consapevolezza dell’entità del vantaggio che controparte si aspetta dalla corretta esecuzione del contratto, si capisce che in un elevato numero di casi il risarcimento offerto potrebbe non essere neppure sufficiente ad assicurare al contraente deluso il ristoro dei danni subiti⁶⁵.

dolo cui fa riferimento la disposizione citata “venisse interpretato come volontario e consapevole inadempimento volto ad arrecare un danno [...], anche il sistema italiano scongiurerebbe, in tale ipotesi, comportamenti opportunistici, lasciando tuttavia impregiudicata la possibilità del debitore, qualora vi siano i presupposti, di porre in essere inadempimenti efficienti”.

⁶³ In realtà, la teoria dell’inadempimento efficiente non è condivisa neppure da tutti i sostenitori dell’analisi economica del diritto. V., ad esempio, M.A. EISENBERG, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, in *Cal. L. Rev.*, (93) 2005, 975 ss. Sul punto, v. M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., 477, cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici. Per una sintesi delle critiche al modello, si veda F. COSENTINO, *Efficienza economica dell’inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull’inadempimento del contratto*, cit., 487; B. GARDELLA TEDESCHI, *L’interferenza del terzo nei rapporti contrattuali. Un’indagine comparatistica*, cit., 194.

⁶⁴ Cfr. B. MARKOVITS, A. SCHWARTZ, *The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest. Faculty Scholarship Series. Paper n. 4165*, in *Va. L. Rev.*, (97) 2011, 1939 ss., 1986 ss.: “Moral criticism of the expectation remedy adds to the analytic claim the moral claim that encouraging breach is inconsistent with the external-to-law values involved in the morality of promising. Principles of fidelity or faithfulness require promisors to do what they say they will do. It follows from this requirement that the promisee has a right to the promised performance”. A L’aspetto è messo in luce anche da B. GARDELLA TEDESCHI, *L’interferenza del terzo nei rapporti contrattuali. Un’indagine comparatistica*, cit., 194.

⁶⁵ Cfr. M.A. EISENBERG, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, cit., 997 ss., il quale critica la tesi dell’inadempimento efficiente come generalmente applicabile. In particolare, essa non sarebbe sostenibile, in quanto non condurrebbe a ben vedere ad un risultato efficiente, con riguardo ai casi riconducibili al c.d. “*Overbidder*

Nonostante le critiche che la teoria elaborata in seno agli studi di analisi economica del diritto continua a suscitare⁶⁶, non si può però non rilevare, per quanto qui interessa, che, nel ripudiare l'idea stessa del contratto come vincolo, essa consente ai suoi sostenitori di superare con una certa facilità i residui dubbi circa l'ammissibilità e l'esatto inquadramento della figura dell'inadempimento prima del termine.

Di fronte alla facoltà riconosciuta al debitore di scegliere, anche prima della sopravvenuta impossibilità della prestazione, fra l'esecuzione della medesima e la violazione del contratto, non pare più possibile negare la configurabilità di un inadempimento *ante diem*: quest'ultimo si appalesa, precisamente, ogniqualvolta, divenuto il contratto per qualsiasi ragione antieconomico per il debitore, quest'ultimo decida di non volerlo più adempiere, manifestando tale sua intenzione mediante

Paradigm" (su cui v. p. 998 ss.) e al c.d. "*Loss Paradigm*" (v. p. 1014 ss.). Per il problema della "non esaustiva compensatività del risarcimento del danno", v. F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., 306. Cfr. M. SCHMIDT-KESSEL, *The Right to Specific Performance Under the DCFR*, in *The Common Frame of Reference: A View from Law and Economics*, edited by G. WAGNER, München, 2009, 72, il quale, nell'analizzare gli argomenti a favore e contro la "*specific performance*", e dopo aver precisato che il rimedio risulta senz'altro più adatto a soddisfare i bisogni del creditore, ove si tratti di beni infungibili ("*unique goods*"), sottolinea come, a differenza di altri rimedi, in particolare di quello risarcitorio, l'esecuzione in forma specifica garantirebbe il completo e totale soddisfacimento dell'interesse creditorio: "*the right to damages may be excluded for lack of fault or the amount of damages may be not sufficient to compensate the costs of preparing a substitute transaction or is simply not equivalent to the subjective value of the performance for the creditor*". Sennonché, sottolinea l'A., dopo aver messo in rilievo i possibili argomenti a favore dell'esecuzione in forma specifica (e, quindi, contro il rimedio risarcitorio), anche la "*specific performance*" potrebbe in realtà non garantire un completo soddisfacimento del creditore: "*the enforcement of a performance may, in some cases, even lead to a lower grade of satisfaction of the creditor. This is especially true of cases pertaining to the enforcement of services*".

⁶⁶ Puntuali sono i rilievi di L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, cit., 263 ss., spec. 265 s., il quale, dopo aver sottolineato "l'utilità dell'approccio teoretico, che postula una più stretta connessione interdisciplinare tra scienza giuridica e scienza economica" ed aver aggiunto altresì come "l'analisi economica" abbia "comunicato alla dottrina giuridica modelli di razionalità, sapere empirico e sussidi tecnici che hanno contribuito ad affrancarla dal dogmatismo e a indirizzarla verso nuove interpretazioni e concettualizzazioni sistematiche più rispondenti all'evoluzione delle strutture socioeconomiche, specialmente nelle materie dei contratti e della responsabilità civile", precisa come non manchino a ben vedere "aspetti negativi, imputabili alla pretesa di riduzione dell'analisi giuridica all'analisi economica, derivante dall'idea utilitaristica che vede in tutte le azioni umane, il risultato di un calcolo (più o meno esatto). L'estensione del paradigma del mercato ai rapporti giuridici non patrimoniali [...] mette in causa pericolosamente la distinzione, basilare della nostra civiltà, tra la persona *mana* e le cose. Ma, anche nel campo dei rapporti patrimoniali, l'analisi economica presenta aspetti incompatibili con la tradizione giuridica occidentale, soprattutto là dove riduce l'obbligo giuridico alla categoria del dovere ipotetico. La promessa contrattuale di una prestazione viene analizzata come fonte non di un obbligo in senso proprio, ma piuttosto di una facoltà alternativa che consente al promittente la scelta dell'inadempimento pagando i danni se il calcolo costi-benefici gli indica questa convenienza". Si tratta di "un'analisi che razionalizza in termini di «economicamente efficiente» il principio di *common law* che esclude il diritto del creditore all'adempimento in natura", se non come rimedio straordinario, rimesso alla discrezionalità del giudice (sul punto, v. *infra*). "Ma, sia o no il diritto del creditore soggetto a questo limite di tutela" (per il diverso rilievo del rimedio nei diversi sistemi, v. *infra*), "il concetto di obbligazione non può essere separato dalla categoria dell'imperativo categorico senza intaccare le basi etiche del diritto. L'alternativa tra adempimento e inadempimento di una promessa obbligatoria non può essere analizzata con la logica utilitaristica dell'analisi economica, i cui strumenti concettuali, tutt'altro che assiologicamente neutri, non sempre sono in sintonia con la deontologia giuridica".

dichiarazione rivolta alla controparte o tenendo un comportamento che lasci comunque trasparire l'assenza di una sua volontà di adempiere.

Una volta ammessa la facoltà per il contraente obbligato di optare per l'inadempimento, ne deriva, quale corollario, la liberazione immediata della controparte dal dovere di eseguire la prestazione dovuta così come la possibilità, per la stessa, di avanzare senz'altro e senza la necessità di attendere l'originario termine di scadenza una pretesa al pagamento dei “*damages*” nei confronti dell'inadempiente.

Di fronte alla scelta di una parte per la rottura anticipata del contratto, il contraente fedele non ha, invece, alcun diritto ad insistere per l'adempimento. Del resto, anche a prescindere dalle suggestioni dei sostenitori dell'”*efficient breach theory*” circa la legittimità della violazione efficiente del rapporto contrattuale, è principio comunemente accettato, nei sistemi di *common law*, quello secondo cui il debitore non può di regola essere condannato alla “*specific performance*”⁶⁷; rimedio, quest'ultimo, che può essere concesso, in maniera del tutto eccezionale, solo in via equitativa, qualora il risarcimento del danno risulti inidoneo a tutelare in modo efficace il contraente deluso⁶⁸.

3. OSTACOLI ALL'ACCOGLIMENTO DELLA FIGURA NEI SISTEMI DI DIRITTO CODIFICATO: INESIGIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE IN PENDENZA DEL TERMINE.

Come sottolineato nell'introduzione, non s'intende comunque, in questa sede, analizzare nel dettaglio i caratteri ed il funzionamento dell'istituto dell'inadempimento anticipato nei sistemi di *common law*. Si ritiene, pertanto, di potersi limitare, al riguardo, ai rilievi appena svolti, necessari per fornire al lettore alcune nozioni preliminari sull'argomento oggetto del presente studio e rendere lo stesso edotto delle

⁶⁷ Cfr. L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, cit., 266, secondo il quale l'analisi economica razionalizzerebbe appunto “in termini di «economicamente efficiente» il principio” proprio dei sistemi di *common law* “che esclude il diritto del creditore all'adempimento in natura”. Per il rimedio della “*specific performance*” nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, v. R. PARDOLESI, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, cit., 76 ss.; M. SCHMIDT-KESSEL, *The Right to Specific Performance Under the DCFR*, in *The Common Frame of Reference: A View from Law and Economics*, cit., 71 ss.. V. spec. p. 73, dove l'A. mette in luce anche i possibili abusi cui si presta il rimedio della “*specific performance*”.

⁶⁸ Come spiegano S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, 14, “nel perimetro del *common law* inglese, i rimedi si distinguono in *judicial remedies* e *non-judicial remedies* [...]. I *judicial remedies*, a loro volta, sono *at law*, come il risarcimento del danno o la tutela possessoria, oppure *equitable*, come la *injunction* e la *specific performance*”. Sulla *specific performance* negli ordinamenti *common law*, v. anche A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 131 ss.; K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, cit., (edizione del 1995) 170 ss. Per il diverso rapporto fra la tutela in forma specifica e quella risarcitoria negli ordinamenti continentali, v. *infra*.

peculiari caratteristiche del contesto in cui si è originariamente sviluppata la discussione teorica intorno alla figura della violazione *ante diem*.

In prosieguo si cercherà, invece, di dare maggiore spazio al vero oggetto dell'indagine che, come si è precisato, si concentrerà soprattutto sulla configurabilità e sul funzionamento dell'istituto di derivazione angloamericana negli ordinamenti di *civil law* e, in particolare, in quello italiano.

L'esigenza di salvaguardare l'aspettativa della parte fedele all'esatta e puntuale attuazione del programma contrattuale tende infatti ad emergere anche nei sistemi continentali⁶⁹.

⁶⁹ Una conferma è offerta dai numerosi contributi dedicati all'argomento dai c.d. *civil lawyers*: F. PADOVINI, *Inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 95 ss.; G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 463 ss.; ID., *Appunti in tema di mancato compimento dell'attività preparatoria e di risoluzione anticipata del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, 162 ss.; E. CONTINO, *Casi e questioni in materia di inadempimento prima del termine e possibili rimedi*, in *Quadr.*, 1988, 246 ss.; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 553 ss.; M. DELLA CHIESA, *Dichiarazione di non voler adempiere ed interpretazione del contratto*, in *Contr.*, 2006, 540 ss.; ID., *La risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, cit., 389 ss.; ID., *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 556 ss.; F.P. PATTI, *Risoluzione per inadempimento anteriore alla scadenza del termine*, cit., 1 ss.; V.M. DE SANCTIS, *Inadempimento, prima della scadenza, del contratto di edizione*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1310 ss.; M. FRAGALI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 243 ss.; E. GUERINONI, *Inadempimento anteriore alla scadenza del termine nel diritto italiano*, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 21 ss.; G. MURARO, *L'inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 140 ss.; ID., *Inadempimento prima del termine*, *ivi*, 1975, I, 248 ss.; A.M. PRINCIGALLI, *La dichiarazione orale e anticipata di non voler adempiere*, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1970, 242 ss.; ID., *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*, cit., 727 ss.; V. PUTORTI, *La risoluzione anticipata del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 121 ss.; ID., *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit.; F. ROMANO, *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, cit., 607 ss.; P. TARTAGLIA, *Dichiarazione di risoluzione del contratto per fatti imputabili alla controparte e inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 20 ss.; A. VENTURELLI, *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato, Atti del X Incontro Nazionale, Firenze, 25.-26.1.2008*, a cura di G. COLLURA, Milano, 2009, 145 ss.; ID., *Tutela dilatoria «anticipata» e contratto d'appalto*, in *Obbl. contr.*, 2012, 43 ss.; ID., *Dalla minaccia di inadempienza alla violazione «anticipata» del rapporto obbligatorio*, in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 1 ss.; ID., *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit.; M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 264 ss.; F. ASTONE, *Anticipatory breach e termini di pagamento della parte non inadempiente, tra clausole generali e interpretazione letterale del contratto*, cit., 1520 ss. Numerosi sono anche i contributi dedicati al tema dai giuristi tedeschi. Per le opere precedenti alla riforma del 2002, v.: B. AUWETER, *Die antizipierte Erfüllungsverweigerung im amerikanischen und deutschen Kaufrecht*, cit.; H. BÖB, *Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners vor der Fälligkeit*, Berlin, 1939; H. LEHMANN, *Die vorzeitige Erfüllungsverweigerung*, AcP, 1905, 122 s.; H. WIENERT, *Die Erfüllungsverweigerung bei gegenseitigen Verträgen nach und vor Fälligkeit*, Göttingen, 1936; V. SCHOTT, *Antizipierter Vertragsbruch und Leistungsgefährdung*, cit.; R. ZIMMERMANN, *Gemeines Recht heute: Das Kreuz des Südens*, in *Der Praktische Nutzen der Rechtsgeschichte. Hans Hattenhauer zum 8. September 2001*, herausgegeben von J. ECKERT, Heidelberg, 2003, 612 ss. Per le opere successive all'intervento del 2002, in occasione del quale - come si vedrà - è stata codificata la regola dell'immediata recedibilità dal contratto in presenza di un inadempimento anticipato (v. § 323, comma 4°, BGB) (v. *infra*): K. RAMMING, *Vorzeitiges Rücktrittsrecht und Schadensersatz statt der Leistung*, in *ZGS*, 2002, 412 ss.; H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit.; P. HUBER, *Antizipierte Nichterfüllung*, cit., 76 ss. (per la versione inglese, v. ID., *Anticipatory Breach*, cit., 59 ss.); P. MOSSLER, *Rücktrittsrecht vor Fälligkeit bei solvenzbedingten*

Ed anzi, al contrario di quanto si potrebbe pensare sulla base di un'analisi meramente superficiale, quello della configurabilità di un inadempimento prima del termine e dell'ammissibilità di una risoluzione anticipata è, in realtà, un problema "antico", che occupa da tempo i *civil lawyers*.

Trattasi di un problema che è divenuto, peraltro, di particolare attualità con l'emergere dell'odierna crisi economica, la quale ha inciso anche ed *in primis* sulla possibilità di adempimento delle obbligazioni contrattuali⁷⁰, rendendo più frequenti le violazioni – anche potenziali – del rapporto obbligatorio⁷¹.

Senonché, a differenza di quanto succede nei Paesi di *common law*, dove l'idea dell'immediata risolubilità del contratto in presenza di una sua violazione anticipata è, come si è visto, regola ormai comunemente accettata, negli ordinamenti di *civil law* la sua ammissibilità continua invece a costituire oggetto di vivaci discussioni. E ciò nonostante la progressiva espansione della medesima a livello internazionale, dove la figura della violazione anticipata ha trovato ingresso, di recente, oltreché nei testi di diritto uniforme, anche in taluni sistemi nazionali.

La prima e la più ovvia obiezione all'ammissibilità dell'inadempimento *ante diem* negli ordinamenti continentali ed, in particolare, in quelli in cui manca tuttora un'espressa regolamentazione della fattispecie, è quella fondata sull'inesigibilità della prestazione, connotato che caratterizza la medesima nei casi in cui la sua esecuzione

Zweifeln an der Leistungsfähigkeit des Schuldners, (§ 323 Abs. 4 BGB), in ZIP, 2002, 1831 ss. Per il problema dell'inadempimento anticipato nel diritto francese: S. WHITTAKER, *How does French Law Deal with Anticipatory Breaches of Contract?*, in *J.C.L.Q.*, (45) 1996, 662 ss.; R. HOUIN, *Some Comparative Aspects of the Law Relating to Sale of Goods*, *ivi*, *Supplementary Publication*, n. 9, 1964, 27 s. Cfr. A. PINNA, *L'exception pour risque d'inexécution*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, 33. Per la riforma del diritto francese delle obbligazioni e dei contratti (la quale non introduce l'istituto dell'inadempimento anticipato, limitandosi a prevedere e a regolare un'ampia eccezione di pericolo di inadempimento, si veda *infra*. Per un confronto anche con il diritto belga: M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme. Les droits belge et français face à l'«anticipatory breach» de la common law*, Liège, 1982. In lingua slovena, v. D. MOŽINA, *Kršitev pogodbe*, Ljubljana, 2006, 76 s., 170, 224, 269 ss., 316 s., 366 s. Per ulteriori riferimenti si rinvia a G.H. JONES, P. SCHLECHTRIEM, *Breach of Contract*, cit., 90 ed, in particolare, nota n. 728.

⁷⁰ Sul punto, G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2014, 281 ss.; nonché, "con alcune integrazioni motivate anche da esigenze di aggiornamento", in *www.juscivile.it*, 2014, 6, 215 ss.; F. PADOVINI, *Inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 95.

⁷¹ A.M. BENEDETTI, in *Annuario del contratto 2013*, Torino, 2014, 227 ss., il quale osserva come, in tempi di crisi, la maggiore frequenza degli inadempimenti – in atto e in potenza – abbia comportato una concentrazione dell'attenzione degli interpreti all'individuazione degli strumenti di tutela a disposizione della parte che abbia ragione di temere un futuro inadempimento della controparte.

venga differita – mediante l'apposizione di un termine o di una condizione sospensiva – ad un momento cronologicamente successivo a quello in cui si perfeziona l'atto⁷².

In particolare, nel silenzio della legge, ci si chiede se al creditore di una prestazione inesigibile debba essere riconosciuta solo una posizione di attesa fino al momento in cui, scaduto il tempo stabilito per l'adempimento, risulti altresì possibile una valutazione in termini di anti giuridicità della condotta debitoria⁷³; o se quest'ultima

⁷² Per le obiezioni che vengono solitamente sollevate alla configurabilità di un inadempimento anticipato in pendenza di un termine iniziale o di una condizione di efficacia, v.: A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 9, il quale osserva come “il carattere inesigibile della prestazione” sia “parso a taluni sufficiente per escludere la valutazione di anti giuridicità della condotta debitoria, perché essa dovrebbe necessariamente riferirsi ad una situazione giuridica soggettiva attiva la cui stessa esistenza risulta quantomeno controversa, se è vero che, da un lato e limitatamente al fenomeno condizionale, il creditore non può dirsi nemmeno sicuro di poter realmente ottenere la prestazione, stante il carattere futuro ed incerto della realizzazione dell'evento dedotto in condizione, e, dall'altro lato, per quanto attiene alla presenza di un termine, la certezza del suo futuro realizzarsi si accompagna ad una temporanea inefficacia del rapporto, che si sostanzia nella preclusione della facoltà di pretendere l'immediata esecuzione”.

⁷³ Con la conseguente possibilità di ricorrere ai mezzi di tutela c.d. conservativa della situazione di aspettativa, sempreché si ritenga di poter qualificare come giuridicamente rilevante la medesima. Com'è noto, tre sono le caratteristiche fondamentali connotanti la situazione giuridica soggettiva dell'aspettativa (legittima). Innanzitutto, la provvisorietà della medesima: l'aspettativa è destinata, infatti, ad esaurirsi al compimento della situazione di fatto che determina la nascita del diritto soggettivo o comunque al raggiungimento della certezza circa la sua irrealizzabilità. In secondo luogo, va messa in evidenza la strumentalità dell'aspettativa, che si configura come mezzo mediante il quale il titolare si assicura che il percorso formativo della fattispecie acquisitiva del diritto abbia regolare svolgimento. Infine, connotato peculiare della situazione giuridica soggettiva *de qua* è proprio la natura eminentemente conservativa e cautelare della tutela alla medesima accordata, volta a garantire il mantenimento della possibilità del perfezionarsi dell'acquisto del diritto soggettivo. Un'ipotesi di aspettativa legittima, che il legislatore ha ritenuto di prendere in considerazione, tutelandola, è quella di cui sono titolari i chiamati all'eredità successivamente all'apertura della successione, ma prima dell'accettazione. I soggetti a favore dei quali l'eredità viene devoluta si trovano a ben vedere in una situazione diversa rispetto a quella in cui versano, prima ancora della morte del *de cuius*, coloro a favore dei quali potrebbe operare la vocazione: a differenza di questi, che non godono di strumenti volti a proteggere la loro aspettativa (di mero fatto, su cui v. *infra*), i chiamati alla successione i quali non abbiano ancora acquisito la qualità di eredi risultano titolari di un'aspettativa di diritto, come tale protetta dalle norme di legge. Così, l'art. 460 cod. civ., attribuisce a tali soggetti una serie di diritti – di esercitare azioni possessorie, di compiere atti conservativi e, previa autorizzazione, anche dispositivi dei beni ereditari – i quali possono essere esercitati dai chiamati ogniqualvolta non si sia provveduto alla nomina di un apposito curatore dell'eredità. Un'ipotesi di aspettativa di diritto, ritenuta meritevole di tutela dal legislatore, si ha, poi, anche al di fuori dell'ambito successorio. In particolare, essa fa capo a colui che ha acquistato un diritto sotto condizione sospensiva nella fase di pendenza, precedente quindi al verificarsi dell'evento – futuro ed incerto – dedotto in condizione. L'acquirente *sub condicione* dispone, infatti, per espressa previsione di legge, del diritto di compiere atti conservativi (v. art. 1356 cod. civ.) e di disporre del diritto, con effetti subordinati all'avverarsi della condizione (art. 1357 cod. civ.). La sua posizione è ulteriormente rafforzata dall'obbligo di buona fede *ex art.* 1358 cod. civ., posto in capo a ciascuna delle parti del negozio condizionato, al fine di preservare le ragioni della controparte; nonché la finzione di avveramento di cui all'art. 1359 cod. civ., applicabile ogniqualvolta il mancato avveramento dell'evento dedotto in condizione sia imputabile al contraente controinteressato. Ci si chiede, ancora, se un'aspettativa giuridicamente rilevante possa essere ravvisata anche nei casi di c.d. possesso non titolato (o *ius possessionis*). Secondo alcuni interpreti il possessore privo di un diritto sulla cosa sarebbe titolare di una situazione giuridica soggettiva assimilabile a quella dell'aspettativa. Infatti, egli avrebbe interesse a continuare a possedere, attendendo l'evolversi, mediante lo strumento dell'usucapione, della sua situazione non titolata in una situazione dotata, invece, di consistenza, quale la proprietà o altro diritto reale. Sarebbe appunto per tale motivo che l'ordinamento attribuirebbe al possessore la legittimazione ad

possa, invece, considerarsi suscettibile di un'immediata reazione (peraltro non esclusivamente conservativa) del creditore, pur non essendo la prestazione dovuta ancora esigibile⁷⁴.

In realtà, come si avrà modo di vedere in prosieguo, pare ormai quasi del tutto superata l'opinione di chi tendeva, soprattutto in passato, a negare rilevanza alla posizione delle parti in pendenza di un termine o di una condizione.

Ciò che continua, invece, a costituire oggetto di discussione è la natura dei mezzi di tutela esperibili dalla parte fedele nella fase precedente alla sopravvenuta esigibilità della prestazione promessale.

Per quanto riguarda i contratti a prestazioni corrispettive, si pone, precisamente, il problema se il contraente *in bonis* abbia la possibilità di attivare i soli mezzi conservativi e cautelari⁷⁵; o se gli possa essere, di contro, riconosciuta la possibilità di esperire anche il più drastico rimedio risolutorio. E ciò nonostante il silenzio della legge che parrebbe, anzi, richiedere, quale presupposto per aversi inadempimento e per consentire, di conseguenza, l'attivazione dei relativi mezzi di tutela estintivo-interruttivi, l'esistenza di una prestazione esigibile, e cioè non sottoposta né a termine a favore del debitore né a condizione sospensiva.

agire mediante le c.d. azioni possessorie, esperibili nella fase preliminare, e cioè prima ancora del perfezionarsi dell'usucapione, al fine di consentire al possessore di conservare la situazione di potere di fatto sulla cosa che costituisce presupposto necessario, insieme agli altri requisiti di legge, per l'acquisto del diritto. Tanto premesso, dubbi si sono posti, inoltre, in ordine all'esatta qualificazione della posizione nella quale si trovino i genitori del soggetto, la cui morte sia stata causata da un terzo; o il figlio di genitori morti per causa imputabile ad un estraneo. Ci si è chiesti, in particolare, se questi siano o meno titolari di un'aspettativa; e soprattutto, in caso di risposta positiva, quale tutela possa essere loro accordata in seguito alla lesione della situazione giuridica soggettiva. Nell'ambito della tutela dell'aspettativa (tutelabile) parrebbe riconducibile ancora, secondo alcuni, la posizione del nascituro, e cioè di colui che, non ancora nato, si presume nascerà in futuro; o perché già concepito o perché, pur non ancora embrione umano, si ritiene possa essere concepito da una persona vivente. Diversa da quella di diritto è, invece, l'aspettativa di mero fatto, consiste in una mera situazione di attesa, giuridicamente irrilevante, nella quale si trova colui che si attende un beneficio futuro; beneficio che appare abbastanza probabile alla stregua delle circostanze maturate, ma che l'ordinamento non ritiene meritevole di tutela. Un'aspettativa di fatto è, ad esempio, quella che fa capo al proponente in attesa dell'accettazione dell'oblato, con il quale sono intercorse trattative per la conclusione di un determinato contratto. Ancora, carattere meramente fattuale e, pertanto, giuridicamente non rilevante, ha, anteriormente alla delibera assembleare *ex art. 2433 cod. civ.*, l'aspettativa dei soci di una società di capitali alla distribuzione degli utili. Altra ipotesi di aspettativa di fatto è, poi, quella degli eredi designati prima dell'apertura della successione: questi ultimi si trovano in una situazione di attesa dell'avvenimento morte, che l'ordinamento non ritiene di dover tutelare attraverso la predisposizione a loro favore di specifici strumenti di tutela. Per la distinzione fra aspettativa di diritto o legittima e aspettativa di fatto, si veda F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 64 s.

⁷⁴ V. *infra*.

⁷⁵ Quelli, cioè, che sono normalmente attribuiti ai titolari di una situazione di aspettativa legittima: v. *supra*.

3.1. SEGUE: DIVERSITÀ DEL MODELLO CONTINENTALE RISPETTO A QUELLO ANGLOAMERICANO.

Si potrebbe obiettare che quello dell'inesigibilità della prestazione dovuta è un ostacolo al riconoscimento della regola dell'immediata risolubilità comune anche ai sistemi di *common law*, nei quali però esso non sembra aver impedito il riconoscimento del diritto allo scioglimento anticipato del contratto in presenza di una sua violazione prima del termine.

Senonché, le maggiori difficoltà riscontrate dai giuristi continentali rispetto a quelli angloamericani nel riconoscere una tutela risolutoria *ante diem* originano – come stiamo per vedere – dall'intrinseca diversità dei sistemi in cui essi si trovano ad operare.

Le ragioni che hanno impedito e che continuano tuttora ad impedire nei Paesi di diritto codificato un incondizionato riconoscimento dell'inadempimento prima del termine e della tutela risolutoria anticipata sono diametralmente opposte a quelle che hanno portato all'elaborazione ed al pacifico accoglimento della figura nei sistemi d'origine.

Al riguardo, va messa in evidenza, innanzitutto, la tradizionale estraneità degli ordinamenti europeo-continentali alla vocazione rimediabile. Nei Paesi di *civil law* prevale, infatti, com'è noto, "l'approccio sostanzialistico dell'attribuzione dei diritti e della struttura della fattispecie": l'ordinamento è, di conseguenza, "fonte dell'effetto" nella sola misura in cui ricollega efficacia giuridica ad un fatto o condizione legalmente prevista. In tale prospettiva il riconoscimento del diritto non può che precedere l'attribuzione del rimedio⁷⁶.

Quanto detto non significa che non esistano eccezioni in cui situazioni soggettive, seppur non legislativamente previste, vengono appunto create – in via interpretativa – per soddisfare bisogni ritenuti meritevoli di tutela. È quanto è successo, ad esempio, nel nostro ordinamento, nell'ambito della tutela d'urgenza di cui all'art. 700 cod. proc. civ.⁷⁷. Ma è quanto continua ad accadere anche con l'affermarsi del criterio interpretativo della lettura costituzionalmente orientata, che ha certamente contribuito a potenziare la creatività rimediabile degli organi giurisdizionali⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 1 ss., spec. 2, testo e nota n. 2; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 123. Per un approfondimento, si rinvia a F.H. LAWSON, *Remedies of English Law*, London, 1980.

⁷⁷ S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 1 ss.

⁷⁸ Per la progressiva diffusione dell'approccio rimediabile anche nei paesi di tradizione *civil law* ed, in particolare, nel nostro ordinamento, v.: A. PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, nonché in *Le tutele*

La capacità creativa del giudice sul piano rimediale incontra però tuttora diversi limiti: in particolare, oltre a quello della legge, cui egli è notoriamente soggetto⁷⁹, onde la sua minore propensione a riconoscere rimedi nuovi rispetto a quelli tipizzati dal legislatore, anche e soprattutto quello della mancanza in capo allo stesso di un potere diretto di controllo di costituzionalità, il quale fonda tradizionalmente la maggiore creatività delle Corti statunitensi⁸⁰.

È innegabile ed altresì comprensibile, quindi, la persistente tendenza dei *civil lawyers*, destinata per il vero ad affievolirsi con il penetrare nel diritto interno di soluzioni elaborate a livello sovranazionale, “inquisite” dall’influenza esercitata dalla prospettiva rimediale⁸¹, ad ancorare la tutela giuridica a situazioni giuridiche soggettive previamente individuate⁸².

Diversa è invece la prospettiva nei sistemi di *common law*: connotati dall’assenza di un diritto codificato e dalla conseguente maggiore autonomia dei giudici

giurisdizionali dei diritti. Studi, Napoli, 2003, 160 ss.; ID., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile*, in *Foro it.*, 2002, 151 ss.; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 341 ss.; ID., *La tutela civile dei diritti*, Milano 2003; ID., *Linguaggio dei rimedi e tipologia dei danni*, in *Remedies in contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2008, 67 ss.; E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, *ivi*, 161 ss.; P. PERLINGIERI, *Rimedi e modello sociale europeo*, *ivi*, 203 ss.; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, *ivi*, 149 ss.; ID., A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, *cit.*; G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 53 ss.; ID., *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo tra le Corti*, *ivi*, 2011, 237 ss.; U. MATTEI, *I rimedi*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *La parte generale del diritto civile*, II, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2001, 105 ss.; U. BRECCIA, *Possesso e denunce nel quadro della tutela civile dei diritti*, in AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, 847 ss.; E. LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali. Qualità delle regole e nuovi assetti di valori*, Milano, 2012, 177 ss.; L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 157 ss.; F. PIRAINO, *Alcune osservazioni in tema di rimedi*, in *Giureta*, 2010, 35 ss.; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 605 ss.; ID., *La sistematica rimediale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 11 ss.; P. SIRENA, Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, *ivi*, 2012, I, 365 ss.; S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1033 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010. V. anche la raccolta di contributi in AA.VV., *Violazioni del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003, nonché in AA.VV., *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 2012 (nella quale sono contenuti anche alcuni degli scritti sopra citati).

⁷⁹ Per maggiori approfondimenti sul punto, si rinvia al capitolo V.

⁸⁰ Per tali osservazioni, si rinvia a U. MATTEI, *I rimedi*, *cit.*, 123.

⁸¹ Per la vocazione rimediale del diritto privato europeo, si veda S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, *cit.*, 3 ss., secondo i quali siffatta vocazione del diritto di origine comunitaria ed europea troverebbe una spiegazione, innanzitutto, nella “circostanza che l’ordinamento comunitario non sottende un ordinamento statale”. Inoltre, “la norma comunitaria, tenuto conto della diversità di diritti nazionali su cui va ad incidere, è indotta a servirsi di percorsi di tutela (per l’appunto i rimedi) oltremodo semplificati che si caratterizzano per una forte flessibilità”.

⁸² S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, *cit.*, 3 ss.

nell'elaborazione degli strumenti di tutela⁸³, accentuata peraltro, nel contesto statunitense, dall'esistenza di un controllo di costituzionalità diffuso⁸⁴, essi si caratterizzano infatti per l'adozione di un approccio tipicamente rimediale.

In tale contesto, l'individuazione dell'interesse meritevole di tutela non dipende, quindi, da una previa individuazione di specifiche situazioni soggettive e dalle proclamazioni della loro tutela, ma tende ad essere affidata al rimedio stesso, il quale, sganciato da una necessaria correlazione con situazioni soggettive determinate, assume il significato di strumento di "giuridicizzazione dei bisogni dei privati"⁸⁵, ponendosi "a stretto ridosso della loro violazione"⁸⁶. Ne deriva che la protezione, ancorché non previamente enunciata, può nascere con l'emergere dell'interesse ritenuto meritevole di tutela e la contestuale attribuzione del relativo mezzo di reazione e/o soddisfacimento al soggetto che ne è portatore; sicché i diritti, anziché precedere i rimedi, vengono, in definitiva, a svilupparsi e a cristallizzarsi intorno ai medesimi⁸⁷.

La tecnica rimediale ha trovato terreno fertile, nei Paesi di tradizione *common law*, anche in ambito contrattuale, dove l'atto di privata autonomia, lungi dal costituire una mera fonte di diritti e di obblighi, assistiti dai tipici mezzi di tutela, com'è nei sistemi continentali, è considerato appunto quale "programma negoziale costellato di rimedi", attribuiti di volta in volta, anche a prescindere dal previo riconoscimento di precise situazioni giuridiche soggettive, per consentire alle parti di eliminare i conflitti sorti nella fase di formazione e/o di esecuzione del contratto⁸⁸.

Com'è stato opportunamente notato, l'idea di un diritto contrattuale che privilegia l'aspetto della tutela ha potuto radicarsi, nei sistemi di *common law*, anche per la mancanza negli stessi del "medio" dell'obbligazione⁸⁹, intorno a cui verte, invece, com'è noto, la disciplina del contratto negli ordinamenti di *civil law*.

Ma la prospettiva rimediale è stata di recente ulteriormente accentuata, in quei sistemi, proprio in conseguenza dei già menzionati studi compiuti in tema dell'inadempimento efficiente⁹⁰ che, oltre ad aver impresso una specifica fisionomia alla tutela contrattuale (la quale è venuta incentrandosi sul rimedio risarcitorio), hanno

⁸³ Come è stato correttamente osservato, in dottrina, la vocazione rimediale è connaturata appunto a sistemi non codificati. Così S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 6.

⁸⁴ U. MATTEI, *I rimedi*, cit., 123.

⁸⁵ Cfr. S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 1.

⁸⁶ S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 2.

⁸⁷ S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 1 ss.

⁸⁸ S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 17.

⁸⁹ Così V. MANNINO, *Questioni di diritto*, Milano, 2007, 374.

⁹⁰ Su cui v. *supra*.

portato altresì, quale corollario, all'affermarsi di una nuova concezione del contratto: in particolare, con l'accoglimento dell'idea secondo cui il promittente sarebbe libero di scegliere se dare o no esecuzione alla prestazione promessa, l'atto di privata autonomia parrebbe perdere il suo carattere di fonte di doveri reciproci per diventare, di contro, un semplice strumento di allocazione delle risorse delle parti, ciascuna delle quali sarebbe libera di sciogliersi dal rapporto sol che le si prospettasse un impiego più vantaggioso dei propri mezzi. Trattasi, com'è facile intuire, di "un *vulnus* non da poco al principio della vincolatività del contratto"⁹¹.

Radicalmente diversa rispetto a quella propria dei *common lawyers*, specialmente di quelli nordamericani, è, viceversa, la concezione che del rapporto contrattuale hanno i giuristi continentali⁹².

Nella tradizione *civil law*, il contratto ha, infatti, per sua definizione, carattere vincolante fra le parti (v., ad esempio, l'art. 1372, comma 1°, cod. civ.; cfr. altresì l'art. 1134, nonché i nuovi artt. 1103 e 1193 *Code civil*⁹³), le quali, lungi dal potersi sciogliere liberamente ed in ogni momento dall'impegno assunto all'atto della stipula, come predica l'"*efficient breach theory*", sono invece tenute ad adempiere le reciproche obbligazioni fino al limite dell'impossibilità sopravvenuta (cfr. art. 1218, 1256 cod. civ.), mentre il contratto, una volta concluso, non può – di regola e salvi i casi espressamente previsti – cessare di produrre i propri effetti per volontà unilaterale di uno dei contraenti (v. art. 1372, comma 1°, cod. civ. e cfr. altresì l'art. 1134, comma 2°, nonché il nuovo 1193 *Code civil*).

⁹¹ V. V. MANNINO, *Questioni di diritto*, cit., 321; S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 5; V. ROPPO, *A partire dalla formazione, divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, cit., 31, secondo il quale l'adesione alla teoria dell'inadempimento efficiente deriva "una figura del contratto che rifiuta l'idea del vincolo, disconosce la sacertà del principio «pacta sunt servanda», si estrania totalmente dalla metafora della «forza di legge»". Aggiunge l'A. che "il paradigma di un contratto all'«americana»" comporti in sostanza "un'erosione del valore del vincolo contrattuale, che da essenza del contratto si ridurrebbe a metro di calcolo per la regolazione in moneta del rapporto fra le parti".

⁹² Per un'analisi storico-comparatistica del contratto in Europa (invero, con particolare riguardo all'elemento causale), si rinvia a D. HENRICH, *Il contratto in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 643 ss.

⁹³ Ai sensi del primo comma dell'art. 1134 (che continuerà ad essere applicabile, nella sua formulazione attuale, fino al 1° ottobre 2016, data in cui entreranno in vigore le modifiche introdotte con l'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, su cui v. *infra*), il cui contenuto è sostanzialmente riprodotto nel nostro art. 1372 cod. civ., "*les conventions légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*". Aggiunge, il secondo comma che "*elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise*". Il contenuto del primo comma della citata disposizione è stato riversato, dalla recente riforma, nel nuovo art. 1103 (che sarà applicabile dal 1° ottobre 2016), secondo il quale "*les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*". Riproduce, invece, il contenuto del citato art. 1134, comma 2° il nuovo art. 1193: "*les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement des parties, ou pour les causes que la loi autorise*".

Ne deriva che, stante l'assenza di un'apposita disposizione legislativa in tal senso, il debitore non può svincolarsi dal rapporto sulla base della mera prospettiva di un maggiore guadagno derivante da una diversa distribuzione delle proprie risorse⁹⁴.

Per la medesima ragione parrebbe altresì da negare, salvo il riscontro di un apposito appiglio normativo, la possibilità per il creditore (*rectius*, per la parte contrattuale fedele) di dichiarare lo scioglimento anticipato del contratto in presenza di una situazione di certezza del futuro inadempimento della controparte, presupposto che, a ben vedere, continua a non figurare fra quelli che consentono la risoluzione del contratto in buona parte degli ordinamenti di *civil law*.

Non è un caso, del resto, che l'introduzione dell'inadempimento anticipato fra i presupposti dello scioglimento, avvenuta di recente – come si avrà modo di vedere – in taluni sistemi continentali, sia mancata invece negli ordinamenti, nei quali il principio *pacta sunt servanda* continua ad essere interpretato in maniera rigida. È così, ad esempio, in Italia, dove la lettera dell'art. 1372 cod. civ. parrebbe appunto spiegare la maggiore propensione dell'ordinamento al riconoscimento di strumenti di reazione diretti a garantire la conservazione del contratto. Ma è così, altresì, in Francia, dove i redattori dell'ultima riforma in materia di obbligazioni e contratti⁹⁵ hanno scelto di non introdurre nel *Code* una regola, presente peraltro in taluni progetti di precedente elaborazione⁹⁶, volta a consentire la risoluzione anticipata del contratto per un

⁹⁴ Si rinvia, ancora, alle critiche di L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, cit., 265 s.

⁹⁵ Trattasi dell'"*Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*". Per un'analisi dei lavori che precedettero l'elaborazione del *Projet d'ordonnance* del 25 febbraio 2015, v. B. FAUVARQUE-COSSON, *The French Contract Law Reform in a European Context*, in *Elte Law Journal*, 2014, 59 ss.; G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, reperibile fra i materiali del Prof. Alpa, sulla pagina internet www.scienze giuridiche.uniroma1.it/materiali-alpa; V. BARELA, *Risoluzione del contratto in Francia, nuove prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 385 ss.

⁹⁶ Il primo progetto di riforma fu l'"*Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*" (conosciuto anche come l'"*Avant projet Catala*"), pubblicato il 22 settembre 2005. Il progetto fu redatto da un gruppo patrocinato dall'*Association Capitant*, fondato nel 2003 e diretto dal prof. Pierre Catala. Per un commento, si rinvia a AA.VV., *L'avant-projet Catala*, a cura di G.B. FERRI e P. SPADA, Milano, 2008. All'"*Avant Projet Catala*" seguì il primo progetto della *Chancellerie* ("*Le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie*"), pubblicato dal Ministero della Giustizia nel giugno 2008. Tale progetto, a differenza del primo, il quale si limitava a proporre la positivizzazione delle regole di elaborazione giurisprudenziale, mostrava maggiore apertura verso le altre tradizioni giuridiche europee e traeva altresì ispirazione dai PECL, oltretutto dai Principi UNIDROIT. Successivamente, nel dicembre del 2008, sotto l'egida dell'*Accadémie des Sciences morales et politiques*, un altro gruppo di studiosi, diretto dal Prof. François Terré, presentò un progetto ("*Le projet du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques*") che prendeva le distanze dal tradizionale modello contrattuale francese. Con il tempo, il progetto della *Chancellerie* ebbe nuovi sviluppi che confluirono, infine, nel "*Projet de réforme du droit des contrats*", presentato il 27.11.2013. Per un commento, si rinvia a D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 800 ss. Ulteriori obiezioni, sollevate dagli interpreti relativamente alla possibilità di procedere alla modifica del *Code* attraverso un'*ordonnance*, e cioè mediante un provvedimento del governo analogo al nostro decreto legislativo,

inadempimento riscontrato *ante diem* (cfr. art. 111 dell'”*Avant-projet Terré*” e l’art. 169 del “*Projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie*” del 2008)⁹⁷.

Anche il nuovo art. 1220 *Code civil*, il quale disciplina la c.d. eccezione di sospensione e che presenta un ambito di applicazione assai più ampio del nostro art. 1461 cod. civ., si limita ad attribuire alla parte *in bonis* un potere meramente dilatorio⁹⁸, mentre non prevede, a differenza di analoghe disposizioni inserite nei testi e progetti di diritto uniforme, ed introdotte di recente pure in alcuni corpi normativi di diritto interno⁹⁹, la possibilità di porre anticipatamente fine al vincolo ove, a seguito della mancata prestazione di adeguate garanzie di adempimento da parte del contraente infedele, risulti certo che questi non eseguirà la prestazione dovuta alla scadenza (cfr. art. 1461 cod. civ.).

3.2. *SEGUE: PRINCIPIO DEL PRIMATO DELL’ADEMPIMENTO IN NATURA QUALE OSTACOLO ALL’INCONDIZIONATA AMMISSIBILITÀ DEL RIMEDIO RISOLUTIVO ANTICIPATO.*

Sottolineata così la rilevanza che può assumere il principio della vincolatività del contratto (soprattutto se rigidamente interpretato) quale ostacolo al riconoscimento e alla regolamentazione della figura dell’inadempimento *ante diem*, va aggiunto che sembrerebbe impedire l’incondizionata ammissibilità nei sistemi continentali di un’anticipata risolubilità del contratto anche il maggiore favore che negli stessi si riscontra per il c.d. principio dell’adempimento in natura, in forza del quale il creditore

impedirono tuttavia la definitiva approvazione di una riforma. La questione fu risolta, infine, dal *Conseil constitutionnel*, e nel febbraio del 2015 fu presentato dalla *Chancellerie* un nuovo progetto.

⁹⁷ Una disposizione volta a disciplinare l’istituto dell’*anticipatory breach* mancava, invece, nel più tradizionale “*Avant projet Catala*”. Per la configurabilità dell’istituto dell’inadempimento anticipato nel diritto francese v. S. WHITTAKER, *How does French Law Deal with Anticipatory Breaches of Contract?*, cit., 662 ss.; R. HOUIN, *Some Comparative Aspects of the Law Relating to Sale of Goods*, cit., 27 s., secondo i quali non esisterebbe in Francia una dottrina dell’*anticipatory breach* come conosciuta negli ordinamenti di *common law*. Precisa, infatti, Houin che „*in conclusion, we can note that French law does not recognise anticipatory breach of contract, when it becomes certain that the vendor will not be able to perform his obligations according to the conditions or by the date agreed on: rescission can only be demanded after the time fixed for performance. It does not seem that in practice clauses in the agreement anticipating such a rescission are common*“. Ma v., tuttavia, A. PINNA, *L’exception pour risque d’inexécution*, cit., 33, il quale precisa che “*la jurisprudence a également considéré qu’une dette non exigible le devient «lorsque, par son comportement, le débiteur manifeste sa volonté de ne pas respecter ses engagements», aboutissant en pratique à l’admission de l’anticipatory breach of contract du anglo-américain*“. V. ancora G.H. JONES, P. SCHLECHTRIEM, *Breach of Contract*, cit., 89.

⁹⁸ Dispone, in particolare, l’art. 1220, che “*une partie peut suspendre l’exécution de sa prestation dès lors qu’il est manifeste que son cocontractant ne s’exécutera pas l’échéance et quel es conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais*”.

⁹⁹ V. *infra*.

ha diritto (o è addirittura tenuto) ad esigere, innanzitutto ed ove possibile, l'esecuzione materiale della prestazione dedotta in obbligazione¹⁰⁰.

È così, ad esempio, in Germania¹⁰¹, dove il § 241 BGB afferma che il creditore è autorizzato, in virtù del rapporto obbligatorio, a pretendere l'esecuzione della prestazione¹⁰². In realtà, il contraente non ha tendenzialmente la facoltà di scelta tra

¹⁰⁰ In generale, sul c.d. adempimento in natura, che “implica la predisposizione, ad opera dell'ordinamento, di *mezzi o strumenti*, la cui struttura può essere varia, ma la cui funzione e/o risultato sia tale comunque da garantire all'avente diritto il conseguimento di quel bene e/o utilità oggetto *specifico* dell'aspettativa contrattuale e/o dell'obbligazione”, v.: A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 124 ss. Sottolinea l'A. che vi è una certa coincidenza fra l'adempimento in natura con quello coattivo: se è vero, infatti, che l'avente diritto non può farsi giustizia da solo, è altresì vero che, per ottenere l'adempimento, egli “dovrà ricorrere al giudice e all'uopo munirsi di titolo (appunto giudiziale) che gli consenta, sempre con l'ausilio degli organi della giurisdizione, di ottenere, questa volta *manu militari*, la consegna e/o il rilascio forzati delle cose dovute e, trattandosi di prestazioni di *fare*, che *altri* esegua la prestazione al posto dell'obbligato e che i costi di siffatta esecuzione *coattiva* siano posti a carico di quest'ultimo”. In particolare, se il debitore non darà spontaneamente esecuzione al comando di adempimento contenuto nella sentenza, il creditore potrà, nei casi descritti dagli artt. 2930 ss. cod. civ., ottenere l'esecuzione forzata del suo credito in forma specifica. Se, poi, la prestazione originariamente dovuta è consistita nel pagamento di una somma di denaro, la sentenza di condanna all'adempimento attribuirà al debitore, così come quella di condanna al risarcimento del danno, il solo diritto di promuovere l'espropriazione dei beni del debitore (c.d. esecuzione mediante espropriazione forzata). Sull'adempimento in natura v. ID., *L'adempimento “in natura” quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 1149 ss. (trattasi, precisamente, di una recensione alla monografia di F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., che affronta, fra l'altro, anche il problema dell'adempimento in natura: v., in particolare, pp. 781 ss.); L. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, 128 s. L'A. precisa come “il principio dell'adempimento in natura” precluda “la pretesa di risarcimento del danno in luogo dell'adempimento finché perduri la possibilità della prestazione, salvi” naturalmente “i casi in cui il ritardo equivale a inadempimento definitivo in ragione” ad esempio “dell'essenzialità del termine oppure, quando l'obbligazione deriva da un contratto con prestazioni corrispettive, per effetto di una clausola risolutiva espressa fatta valere dal creditore (art. 1456) o anche, se il ritardo è qualificato ai sensi dell'art. 1455, per effetto della domanda di risoluzione giudiziale (art. 1453, comma 3). Fuori da questi casi il creditore che domanda i danni per inadempimento deve provare l'impossibilità della prestazione”. Cfr. ID., *Sull'efficienza come principio giuridico*, cit., 266; L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, cit., 173. Per un'analisi del rimedio nell'ordinamento tedesco, v.: P. SCHLECHTRIEM, M. SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2005, 224. Per un'analisi comparatistica, si rinvia a K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, cit., (edizione del 1995), 158 ss.; R. PARDOLESI, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, cit., 76 ss.; M. SCHMIDT-KESSEL, *The Right to Specific Performance Under the DCFR*, cit., 71 ss.

¹⁰¹ E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I, cit., 375; M. RHEINSTEIN, *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht*, cit., 138 s.; H.G. LESER, *Die Erfüllungsverweigerung*, cit., 644 ss. Sul principio del primato dell'adempimento in natura, si rinvia a T. RIEHM, *Der Grundsatz der Naturalerfüllung*, Tübingen, 2015. Per i riferimenti alla tradizione romanistica, si veda H. DERNBURG, *System des Römischen Rechts*, bearbeitet von P. SOKOLOWSKI, II, Berlin, 1912, 633, nota n. 10; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Wetton, Johannesburg, 2006, 770 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, München, 1975, 343 s., nonché ID., *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955, 401 ss., cui si rinvia anche per una descrizione del contenuto del rapporto obbligatorio nel diritto romano. A tal proposito, si vedano, fra le opere pandettistiche: B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Düsseldorf, 1870, 44 s., nonché, nella versione italiana, ID., *Diritto delle pandette*, traduzione di C. FADDA e P.E. BENA (con note e riferimenti al Diritto Civile Italiano), II, Torino, 1925, 55; K. L. ARMDTS V. ARNESBERG, *Lehrbuch der Pandekten*, 2, Stuttgart, 1864, 252 s. Sul punto, si veda anche A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 68; A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 354 ss.

¹⁰² Così il primo comma della citata disposizione: “*Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. [...]*”.

adempimento e risarcimento: la richiesta del primo costituisce, infatti, passaggio obbligato, se si considera che la possibilità di procedere all'esecuzione in natura costituisce al contempo oggetto di una legittima pretesa dell'obbligato, interessato ad evitare le conseguenze della responsabilità per inadempimento. Ne deriva che il risarcimento può essere domandato solo nel caso in cui l'esecuzione della prestazione dovuta non sia possibile o il tentativo di ottenerla abbia avuto esito negativo.

Nell'ordinamento tedesco, la priorità dell'adempimento è principio predicato anche con riguardo al risarcimento che, come emerge dal § 249 BGB, deve appunto tendere alla reintegrazione in forma specifica (o "*Naturalherstellung*")¹⁰³.

Espressione (o conseguenza) dello stesso principio parrebbero essere altresì i nuovi §§ 281 e 323 BGB, i quali condizionano, rispettivamente, il ricorso al risarcimento e quello alla risoluzione, alla previa diffida, con cui è attribuita al contraente inadempiente un'ulteriore *chance* di adempimento¹⁰⁴; diffida che può essere omessa nei soli casi in cui il debitore abbia dichiarato di non voler adempiere, quando sussistano comunque circostanze tali da legittimare l'immediato esperimento del rimedio (cfr. § 281, comma 2°, BGB¹⁰⁵ e 323, comma 2°, nn. 1 e 3 BGB¹⁰⁶), o, limitatamente allo strumento risolutorio, qualora il debitore non abbia eseguito la prestazione entro il termine, ove questo sia da considerarsi essenziale (§ 323, comma 2°, n. 2, BGB¹⁰⁷).

¹⁰³ Così il primo comma del § 249 BGB: "*Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre*". Sottolinea A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, cit., 378, come il principio della primazia della *Naturalrestitution* non sia stato peraltro sconfessato dalla riforma del 2002, pur figurando oggi più declamato che garantito nella pratica.

¹⁰⁴ Così il primo comma del § 281 BGB: "*Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. [...]*". Così il primo comma del § 323 BGB: "*Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten*".

¹⁰⁵ Così la disposizione citata: "*Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen*".

¹⁰⁶ Così la citata disposizione: "*Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn 1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, 2. [...], oder 3. im Falle einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen*".

¹⁰⁷ Così la citata disposizione: "*Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn 1. [...] 2. der Schuldner die Leistung bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist nicht bewirkt, obwohl die termin- oder fristgerechte Leistung nach einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsschluss oder auf Grund anderer den Vertragsabschluss begleitenden Umstände für den Gläubiger wesentlich ist, oder 3. [...]*".

Diversamente da quanto succede nell'ordinamento tedesco, nei sistemi italiano e francese l'adempimento in natura o coattivo non è, di contro, sancito a livello generale (così come è, invece, per il risarcimento del danno: cfr. art. 1218 cod. civ. e art. 1147, nonché il nuovo art. 1231-1 *Code civil*¹⁰⁸)¹⁰⁹. Sennonché, come osserva autorevole dottrina (e come sarebbe dato desumere dalla stessa Relazione al codice civile), quello dell'adempimento in natura è principio il cui fondamento normativo è dato desumere, almeno nel nostro ordinamento, dallo stesso art. 1218 cod. civ.¹¹⁰. Più precisamente, si tratta di un principio implicitamente contemplato (o, meglio, presupposto), oltreché dalla citata disposizione, anche dall'art. 1256 cod. civ., il quale prevede l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta della prestazione debitoria. Entrambe le disposizioni citate, definendo, l'una, una fattispecie risarcitoria, e l'altra, una fattispecie estintiva dell'obbligazione, lasciano infatti "libero spazio che può essere occupato dall'adempimento *in natura*": quest'ultimo si colloca, precisamente, "dove non v'è impossibilità", la quale soltanto può liberare l'obbligato dall'esecuzione della prestazione e, se imputabile, consentire l'ingresso dell'obbligazione risarcitoria (cfr. artt. 1218 e 1256 cod. civ.); di contro, in costanza di possibilità della prestazione, è da considerarsi prioritario il principio dell'adempimento in natura¹¹¹.

Alla luce di tali premesse, la priorità dell'adempimento sui rimedi aventi carattere non soddisfacente non ha neppure bisogno di essere affermata in una regola esplicita. La possibilità della prestazione fa parte, infatti, del concetto stesso

¹⁰⁸ Così l'art. 1147 *Code civil*: "*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part*". Cfr. il nuovo art. 1231-1 *Code civil*: „*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison de l'inexécution. S'il ne justifie pas que l'exécution e été empêchée par la force majeure*“.

¹⁰⁹ Sul punto, v. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 128 ss., 133 ss.

¹¹⁰ Così, fra tutti, L. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 128: sottolinea, infatti, l'A., che in virtù del principio dell'adempimento in natura il risarcimento del danno in luogo dell'adempimento non può trovare ingresso "finché perduri la possibilità della prestazione". Conf. anche C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 83.

¹¹¹ A. DI MAJO, *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, cit., 1149 ss.; L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, cit., 170. Diversamente, per l'applicazione della regola risarcitoria anche al caso di prestazione ancora possibile, ma rimasta inattuata, C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, 12. Precisa l'A. che "in un processo relativo ad un'obbligazione inadempita ma il cui adempimento è ancora possibile, il debito del convenuto si estingue per trasformarsi in responsabilità al momento della precisazione delle conclusioni", essendo quello appunto il "momento in cui cessano di avere rilevanza per il giudice, in ordine al giudizio, i fatti sopravvenuti". "Dopo, il convenuto sarà soggetto alla condanna, e lo sarà in quanto tenuto al risarcimento del danno; un suo eventuale adempimento sarà un pagamento d'indebito (oggettivo: art. 2033), e l'attore, non più creditore, nulla potrà pretendere finché la sentenza non costituisca a suo favore la nuova obbligazione della quale essa stessa è fonte". Ma v. tuttavia, L. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, 128.

dell'obbligazione: se la prestazione è possibile, il debitore rimane quindi tenuto ad adempiere¹¹².

In dottrina¹¹³ ci si è chiesti, peraltro, se la regola fondante dell'adempimento in natura non sia forse da ravvisarsi nella previsione dell'art. 1453 cod. civ. (cfr. art. 1184 ed i nuovi artt. 1224 ss. *Code civil*¹¹⁴) nella misura in cui prevede l'alternativa tra l'adempimento e la risoluzione¹¹⁵.

La risposta al quesito tende ad essere però negativa: la disposizione citata e quelle successive ad essa si limitano, infatti, a stabilire le condizioni in presenza delle quali il contraente ha titolo per domandare la risoluzione e non costituiscono pertanto, neppure indirettamente, il fondamento del suddetto principio¹¹⁶.

Al riguardo va tuttavia rilevato che, nel limitare la possibilità di optare per lo scioglimento, circoscrivendola ai soli casi di inadempimento grave (art. 1455 cod. civ., nonché il nuovo art. 1224 *Code civil*¹¹⁷), e nel privilegiare, al di fuori di tali ipotesi, il

¹¹² Regola che non è peraltro destinata a scomparire, ma ad assumere solo una nuova valenza in presenza di quella risarcitoria. Così A. DI MAJO, *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, cit., 1149 ss.

¹¹³ V., ad esempio, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 143 ss.

¹¹⁴ Così la disposizione citata: "*La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.*

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances". L'art. 1184 *Code civil* (destinato ad essere sostituito dai nuovi artt. 1224 ss.) rappresenta il referente storico del nostro art. 1453 cod. civ. e che, al pari di quest'ultimo enuncia il principio della coazione all'adempimento, quale alternativa alla risoluzione; e ciò, va notato, nonostante l'incoercibilità delle obbligazioni di fare e di non fare declamata all'art. 1142 *Code civil*, ai sensi del quale l'inadempimento di tali obbligazioni non può che dare luogo ad una responsabilità risarcitoria. Ma v., tuttavia, l'art. 111-1 del *Code des procédures civiles* ed ora anche il nuovo art. 1221 *Code civil*: "*Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier*".

¹¹⁵ Rimane dubbio, in realtà, se per adempimento debba intendersi l'adempimento in natura o coattivo o altresì quello per equivalente in via risarcitoria. Al riguardo, v. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 134 ss., cui si rinvia altresì per i rapporti fra adempimento e risarcimento del danno. Nel senso che non vi sarebbe spazio, dopo l'inadempimento, per forme di adempimento, sia pure coattivo, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 807 ss., secondo il quale l'adempimento coattivo si configurerebbe perciò, in sostanza, quale risarcimento del danno in forma specifica. Ma v., tuttavia, S. MAZZAMUTO, *L'inattuazione della obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 513 ss.; A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, ivi, 2003, 567.

¹¹⁶ A. DI MAJO, *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, cit., 1149 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 143 ss., secondo il quale il riferimento all'art. 1453 cod. civ. prova troppo e troppo poco con riguardo all'esistenza di un principio del primato dell'adempimento in natura. Troppo perché esso non si rivolge solo ai contratti ad effetti obbligatori, ma anche a quelli ad effetti reali; e poco perché si limita alle sole obbligazioni contrattuali.

¹¹⁷ Ai sensi di tale disposizione "*la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice*".

rimedio conservativo¹¹⁸, tali disposizioni parrebbero quantomeno presupporre l'esistenza della regola del primato dell'adempimento in natura; primato che, come si è visto, troverebbe però il suo fondamento nella struttura stessa dell'obbligazione e, si può ora aggiungere, per quanto riguarda il contratto, nel sopra menzionato effetto vincolante, al medesimo attribuito dall'art. 1372 cod. civ.

Diversa da quella sin qui illustrata è, come si è visto, la situazione nei Paesi di *common law*, i quali non conoscono, a differenza di quelli continentali, il principio del primato dell'adempimento in natura e nei quali la “*specific performance*” ha, anzi, natura assolutamente eccezionale: ne deriva che il creditore è quindi, di regola, legittimato a chiedere al debitore inadempiente il mero risarcimento dei danni, mentre è il giudice che può semmai decidere, in via equitativa, di condannare la parte infedele all'esecuzione materiale della prestazione dovuta¹¹⁹.

È chiaro, in base a quanto appena detto, che negli ordinamenti di *common law* il debitore, consapevole di non poter tendenzialmente essere costretto alla “*specific performance*”, è, di fatto, maggiormente “incentivato” a non dare esecuzione alla prestazione originariamente promessa: del resto, scegliendo di non adempiere, egli corre il solo rischio di dover corrispondere alla controparte una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno alla medesima derivante dal mancato conseguimento della prestazione sperata. Nessun diritto ha, di contro, la parte *in bonis* di pretendere dall'altra l'adempimento in natura e, per quanto qui interessa, la manutenzione del contratto, sicché l'unica possibilità è quella di procedere allo scioglimento del vincolo.

Negli ordinamenti continentali, il diverso rapporto fra tutela in natura e risarcimento del danno, tende invece a dissuadere il debitore dall'inadempimento e, quindi, dalla rottura del contratto: sapendo che il creditore è legittimato (ed anzi tenuto) ad optare innanzitutto per l'adempimento, il debitore mostra infatti solitamente minore propensione per la violazione, benché efficiente.

Ma anche ove egli “decida” di non adempiere, il creditore, ancorché non più interessato alla prestazione promessagli, non è comunque libero di “accettare” senz'altro tale inadempimento, agendo per il risarcimento e domandando la risoluzione del contratto. Come emerge dalla lettura delle disposizioni racchiuse nei diversi testi

¹¹⁸ Sul punto, v. *infra*.

¹¹⁹ V., ad esempio, L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, cit., 266; E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I, cit., 375; M. RHEINSTEIN, *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht*, cit., 138 s.; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 132 s. Per un'indagine comparatistica, v. anche K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, Istituti, cit., (edizione del 1995), 170 ss. V. anche *supra*.

legislativi nazionali, la possibilità per la parte *in bonis* di “accontentarsi” del risarcimento del danno e di sciogliersi dal contratto è possibile, infatti, solo in presenza di determinati presupposti o, addirittura, solo dopo che sia stata offerta alla parte infedele un’altra *chance* di adempimento.

Ebbene, sia l’idea del contratto che trova il suo elemento identificativo nel vincolo esistente fra le parti e che è indissolubile se non nei casi espressamente previsti, come pure la connessa preferenza dell’ordinamento per gli strumenti di tutela di tipo conservativo, parrebbero spiegare, in definitiva, la maggiore resistenza degli ordinamenti continentali ad ammettere il ricorso al rimedio risolutorio al di fuori degli stretti confini entro i quali l’esperibilità dello stesso è espressamente contemplata.

4. FORZA ESPANSIVA DEL RIMEDIO DELLO SCIoglimento ANTICIPATO DEL CONTRATTO: EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA A LIVELLO SOVRANAZIONALE.

L’esistenza degli ostacoli appena menzionati, connaturati ai sistemi di *civil law*, non ha in realtà impedito agli interpreti continentali di ricercare una soluzione al problema del c.d. inadempimento anticipato. La consapevolezza circa la vincolatività del contratto e le conseguenze di una sua violazione tende bensì a dissuadere i contraenti da condotte antidoverose, le quali sono però tutt’altro che improbabili, soprattutto ove si consideri la variabilità e la mutabilità, oltretutto delle circostanze del caso, anche e soprattutto della volontà umana. Di qui l’esigenza di offrire adeguati mezzi di reazione alla parte contrattuale i cui interessi rischiano di essere pregiudicati da un comportamento dell’altra idoneo ad impedire o a mettere in serio pericolo la realizzazione del programma negoziale.

Trattasi di una necessità che è emersa con particolare evidenza in tempi recenti, in conseguenza del diffondersi della già menzionata crisi economica e con la progressiva valorizzazione del principio dell’effettività della tutela che, soprattutto a seguito della sua enunciazione nella Carta di Nizza¹²⁰ e della sua emersione nella giurisprudenza della Corte di giustizia, così come in quella nazionale, tende ad assumere sempre maggiore rilevanza in tutti i settori del diritto. Tale principio, che si sostanzia nell’attribuzione all’individuo di rimedi giurisdizionali in grado di garantire una tutela piena ed effettiva dei suoi interessi e che consente pertanto di abbandonare l’ottica della

¹²⁰ V. art. 47 della Carta, proclamata per la prima volta a Nizza il 7 dicembre 2000 e, successivamente a Strasburgo il 12.12.2007. Com’è noto, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1°.11.2009, la Carta ha assunto il medesimo valore giuridico dei trattati (v. art. 6 TUE).

rigida tipizzazione dei mezzi di reazione¹²¹, è di centrale importanza per il riconoscimento di tecniche di tutela anticipata a colui che, deluso nelle sue aspettative contrattuali, abbia interesse a ritornare al più presto sul mercato per investire in maniera più efficiente le sue risorse economiche¹²².

Tuttavia, come anticipato e come si vedrà meglio in prosieguo, i primi interventi giurisprudenziali e dottrinali che hanno argomentato a favore del riconoscimento dell'esperibilità dello strumento risolutorio *ante diem*, inteso quale mezzo di reazione ad una situazione di certezza circa il futuro inadempimento, risalgono ad un'epoca precedente sia all'ultima crisi sia all'entrata in vigore delle c.d. costituzioni rigide e della Carta di Nizza, testi in cui trova appunto enunciazione il suddetto principio di effettività.

A dire il vero, l'esigenza di attribuire alla parte fedele strumenti di reazione ulteriori a quelli aventi carattere conservativo e/o cautelare emerge già da talune pronunce ed opere dottrinali anteriori all'entrata in vigore delle moderne codificazioni.

In particolare, come dimostrano recenti analisi¹²³, era opinione diffusa, fra gli interpreti di fine '800 – inizio '900 che, pur nel silenzio della legge sul punto, la parte contrattuale fedele avesse la possibilità di svincolarsi senz'altro dal rapporto in presenza di un rifiuto dell'altro contraente di eseguire la prestazione dovuta alla scadenza prevista: la manifestazione della volontà di non adempiere, soprattutto se seria e connotata dal carattere della definitività, sarebbe stata infatti di per sé sufficiente a dimostrare l'assenza di qualsiasi volontà del debitore di tener fede agli impegni assunti, sì da far apparire inutile, ed anzi, dannosa, l'attesa del creditore fino allo spirare del termine¹²⁴.

Naturalmente, i tentativi di superare l'assenza di espresse soluzioni legislative hanno da sempre incontrato l'opinione contraria dei "formalisti", di coloro, cioè, che proprio nella mancanza di un generale riconoscimento del rimedio hanno ritenuto di dover ravvisare l'ostacolo principale all'ammissibilità di un'anticipata risolvibilità del

¹²¹ S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 6.

¹²² Così, in particolare, V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 248 s.

¹²³ Il riferimento è, in particolare, alla raccolta giurisprudenziale curata da A. VENTURELLI, *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit. e all'analisi compiuta dall'autore in premessa. Per la giurisprudenza tedesca, si rinvia a H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., *passim*.

¹²⁴ V. *infra*.

rapporto per inadempimento posto in essere prima del termine e quindi prima della sopravvenuta esigibilità della prestazione¹²⁵.

Ma anche chi si è dimostrato favorevole all'ammissibilità del citato mezzo di tutela pur in assenza di espressi indici normativi, ha dovuto compiere più di qualche sforzo interpretativo per argomentare a favore della soluzione prescelta.

Le difficoltà incontrate dagli interpreti nell'inquadrare il fenomeno dell'inadempimento anticipato e nel ricercare il fondamento della regola dell'immediata risolubilità del contratto hanno convinto, in definitiva, taluni legislatori continentali a positivizzare la regola di elaborazione giurisprudenzial-dottrinale.

Senonché, la scelta di recepire nel diritto positivo interno la soluzione predisposta in sede pretoria pare aver trovato un'ulteriore e definitiva spinta negli sviluppi del diritto di matrice sovranazionale: nonostante i criteri del "primato" e dell'"interpretazione conforme" valgano in relazione ai soli principi di elaborazione comunitaria o, *rectius* europea, si va infatti diffondendo l'opinione che quei medesimi criteri possano trovare applicazione anche con riferimento alle norme contenute nei testi di diritto uniforme; opinione, questa, che trova conferma nell'evidente influenza che tali norme hanno nell'elaborazione del diritto europeo e delle regole nazionali¹²⁶.

Pare quindi opportuno procedere ad una breve rassegna delle principali iniziative di uniformazione ed armonizzazione del diritto contrattuale europeo (e non), che hanno contribuito, attraverso la positivizzazione delle regole sull'inadempimento anticipato, al diffondersi delle medesime anche al di fuori di quello che è il loro contesto d'origine.

4.1. SEGUE: INADEMPIMENTO E RISOLUZIONE ANTICIPATA NELLA CONVENZIONE DI VIENNA. RINVIO.

Com'è noto, gli inizi del processo di uniformazione del diritto in materia contrattuale risalgono all'opera di Ernst Rabel, insigne giurista tedesco, che, insieme ad un gruppo di collaboratori, diede vita, negli anni '30 del secolo scorso, ad un'opera monumentale, dedicata alla disciplina della compravendita nei diversi sistemi mondiali, la cui lettura ancora oggi costituisce un passaggio inevitabile per chi intenda intraprendere lo studio dei testi di disciplina uniforme di successiva elaborazione¹²⁷.

¹²⁵ V. *infra*.

¹²⁶ R. FADDA, *La tutela preventiva del credito*, Napoli, 2012, 286 s., 291; F. PADOVINI, *L'inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 95 ss.

¹²⁷ E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, II, Tübingen-Berlin, 1936 (e 1958).

Fu peraltro proprio su proposta del Prof. Rabel che, nel lontano 1929, l'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato, l'Unidroit, incaricò un primo gruppo di esperti di avviare gli studi necessari alla preparazione di un testo contenente una disciplina uniforme sulla compravendita internazionale¹²⁸.

Dalla lettura di tale opera e dall'analisi dei diversi progetti di legge susseguitisi nel tempo emerge come l'esigenza di inserire nel suddetto testo una regola quale quella elaborata dalle Corti angloamericane, diretta a consentire a ciascuna delle parti la possibilità di dichiarare lo scioglimento del contratto nell'ipotesi di una sua violazione anticipata fosse presente, fra coloro che ebbero a collaborare alla redazione della legge uniforme, sin dall'inizio dei lavori preparatori¹²⁹.

Un'apposita disposizione dedicata al problema dell'inadempimento e della risoluzione anticipata del contratto fu inserita, infine, nella Convenzione dell'Aja del 1964¹³⁰ (v. art. 76 ULIS¹³¹), primo risultato "concreto" del processo di uniformazione avviato ad iniziativa del Prof. Rabel, come pure, benché con talune modifiche, nella successiva Convenzione di Vienna del 1980¹³², di ben maggiore successo rispetto a quella che la precedette, come dimostra altresì l'elevato numero dei Paesi che ad oggi vi hanno dato esecuzione¹³³, nonché la pluralità delle opere ad essa dedicate¹³⁴.

¹²⁸ Il compito di coordinare i lavori fu conferito allo stesso Rabel il quale già nel 1935 provvedeva a presentare un primo Progetto (v. E. RABEL, *Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes*, in *RabelsZ*, (9) 1935, 1 ss.).

¹²⁹ Nel Progetto del 1935, l'inadempimento anticipato veniva regolato, ad esempio, dall'art. 101 che così recitava: "*Wenn ein Vertragsteil vor dem Eintritt der Lieferzeit durch sein Verhalten den Willen kundgibt, den Vertrag nicht zu erfüllen, so kann der andere Teil durch unverzügliche Mitteilung den Vertrag aufheben*". Una disposizione analoga a quella appena citata fu poi inserita in tutti i progetti successivi. Cfr. art. 80 del Progetto del 1939; art. 87 del Progetto del 1956; art. 87 del Progetto del 1963. Sul punto, v.: P. HUBER, *Antizipierte Nichterfüllung*, cit., 77; ID., *Anticipatory Breach*, cit., 61.

¹³⁰ Il riferimento è alla Convenzione dell'Aja del 1964, il cui testo è consultabile su *RabelsZ*, 1965, 166 ss. Per un commento ai singoli articoli, si veda AA.VV., *Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964*, herausgegeben von H. DÖLLE, München, 1976. Per un'analisi critica, v. E. VON CAEMMERER, *Probleme des Haager einheitlichen Kaufrechts*, in *AcP* (178), 1978, 121 ss.

¹³¹ Così la disposizione citata: "*Where prior to the date fixed for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of the contract, the other party shall have the right to declare the contract avoided*".

¹³² Si tratta della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, adottata a Vienna l'11.4.1980 su progetto elaborato dall'Uncitral, resa esecutiva con l. n. 765 dell'11.12.1995, pubblicata nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 303 del 27.12.1985 ed entrata in vigore il 1°1.1988. Per alcuni cenni storici, si rinvia a: P. SCHLECHTRIEM, *Bemerkungen zur Geschichte des Einkaufsrechts, in Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht: Referate und Diskussionen der Fachtagung Einheitliches Kaufrecht am 16.-17. 2. 1987*, herausgegeben von P. SCHLECHTRIEM, Baden-Baden, 1987, 27 ss.; F. PADOVINI, *La vendita internazionale dalle Convenzioni dell'Aja alla Convenzione di Vienna*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, 47 ss.

¹³³ Al 1°1.2016, gli Stati che hanno ratificato la Convenzione erano ben 84.

¹³⁴ Diverse sono le opere generali sull'argomento: AA.VV., *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht. Neues Recht für den internationalen Warenkauf*, herausgegeben von H. HOYER und W. POSCH, Wien, 1992; B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11.4.1980*, Paris,

Più precisamente, alla figura della violazione anticipata ed ai rimedi contro la medesima si riferisce l'art. 72 CISG¹³⁵, disposizione che riproduce in sostanza il

1990; AA.VV., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, edited by C.M. BIANCA and M.J. BONELL, Milano, 1987; AA.VV., *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, herausgegeben von H. HONSELL, Heidelberg, 2010; AA.VV., *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure, 26-28 settembre 1980, Milano, 1981; AA.VV., *International Sales of Goods, Dubrovnik Lectures* edited by P. ŠARČEVIĆ and P. VOLKEN, New York, London, Rome, 1986; R. HERBER e B. CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, München, 1991; J.O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, The Hague, 1999; ID., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, edited and updated by H.M. FLECHTNER, The Netherlands, 2009; AA.VV., *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, begründet von P. Schlechtriem, herausgegeben von I. SCHWENZER, München,-Basel, 2008; AA.VV., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, §§ 1-610, CISG*, herausgegeben von H.G. BAMBERGER und H. ROTH, München, 2012; K.H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, édité par F. DESSEMONTET, Lausanne, 1993; B. PILTZ, *Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung*, München, 2008; F. FERRARI, *La vendita internazionale: applicabilità ed applicazioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XXI, Padova, 2006; P. SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über internationale Warenkaufverträge. Darstellung und Texte*, Tübingen, 1981; ID., *Uniform Sales Law, The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Wien-Vienna, 1986; ID., *Internationales UN-Kaufrecht. Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, Tübingen, 2005; ID., P. BUTLER, *UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sale of Goods*, Heidelberg, 2009; AA.VV., *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Commentario coordinato da C.M. BIANCA, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989; M. SCHMIDT-KESSEL, *CIGS-Verträge in der Insolvenz, eine Skizze, in Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von I. SCHWENZER und G. HAGER, Tübingen, 2003, 255 ss.; ID., *Vertragsaufhebung nach UN-Kaufrecht*, in *RIW*, 1996, 60 ss.; P. HUBER, A. MULLIS, *The CISG. A new textbook for students and practitioners*, München, 2007; T. FOX, *Das Wiener Kaufrechtsübereinkommen. Ein Vergleich zum italienischen und deutschen Recht*, München, 1994; AA.VV., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, edited by S. KRÖLL, L. MISTELIS, P.P. VISCASILLAS, München, 2011; AA.VV., *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, edited by F. FERRARI, München, 2008.

¹³⁵ Per un commento a tale disposizione, v.: P. SCHLECHTRIEM, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, cit., 157 ss.; A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Commentario coordinato da C.M. BIANCA, cit., sub art. 72, 291 ss.; G. SANTINI, *La sospensione e la risoluzione anticipate del contratto*, in *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure, cit., 246 ss.; M. AZEREDO DA SILVEIRA, *Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *N.J.C.L.*, 2/2005, 1 ss.; P. HUBER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III, Schuldrecht, Besonderer Teil I. §§ 433-610*, herausgegeben von W. KRÜGER und H.P. WESTERMANN, München, 2012, sub art. 72, 2406 ss.; H.T. BENNETT, in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, edited by C.M. BIANCA and M.J. BONELL, cit., sub art. 72, 525 ss.; C. BRUNNER, C. HURNI, in *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, herausgegeben von H. HONSELL, cit., sub art. 72, 977 ss.; A. DAWWAS, *Anticipatory Avoidance of Contract: CISG and Egyptian Law Compared*, in *N.J.C.L.*, 1/2012, 1 ss.; R. HORNUNG, C. FOUNTOLAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, begründet von P. Schlechtriem, herausgegeben von I. SCHWENZER, cit., sub art. 72, 814 ss.; M.G. STRUB, *The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries*, in *I.C.L.Q.* (38) 1989, 475 ss.; J.S. ZIEGEL, *The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives*, in *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, edited by N.M. GALSTON, H. SMIT, New York, 1984, §

precedente art. 76 ULIS¹³⁶, dettando, tuttavia, a differenza di quest'ultimo, un articolato procedimento, diretto a consentire alla parte interessata ad esperire il rimedio risolutorio il raggiungimento della necessaria certezza circa la futura inattuazione dello scambio: così, “se vi è tempo sufficiente, la parte che intende dichiarare il contratto risolto deve darne notizia all'altra in modo tale da permetterle di provvedere ad un'idonea garanzia dell'adempimento delle sue obbligazioni” (art. 72, comma 2°, CISG). Va da sé che la certezza di cui all'art. 72, comma 1°, CISG potrà dirsi conseguita solo quando, nonostante l'attivazione del descritto procedimento, il contraente infedele non presterà la garanzia richiesta. Di contro, l'offerta di idonee assicurazioni dovrà intendersi come preclusiva del diritto della parte *in bonis* di procedere alla dichiarazione di risoluzione.

Del meccanismo sopra descritto non si richiede comunque attivazione, oltreché nei casi in cui il tempo a disposizione non lo consenta (art. 72, comma 2°, CISG), anche e soprattutto qualora la parte infedele abbia anticipatamente manifestato la volontà di non eseguire la prestazione promessa (art. 72, comma 3°, CISG). La legge uniforme parrebbe risolvere in certa misura la questione che continua, invece, a tormentare gli interpreti italiani circa l'idoneità dell'atto abdicativo a determinare quella certezza del futuro inadempimento che appare presupposto indispensabile ai fini dell'equiparazione

9.05, 9-35 s.; U. MAGNUS, in *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, herausgegeben von M. MARTINEK, Berlin, 2012, *sub art. 72*, 819 ss.; K.H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente international de marchandises*, cit., *sub art. 72*, 469 ss.; B. SAENGER, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1, §§ 1-610, CISG, herausgegeben von H.G. BAMBERGER und H. ROTH, cit., *sub art. 72*, 2361 ss.; D. SAIDOV, in *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, edited by S. KRÖLL, L. MISTELIS, P.P. VISCASILLAS, München, 2001, *sub art. 72*, 950 ss.; V. SCHOTT, *Antizipierter Vertragsbruch und Leistungsgefährdung. Eine Vergleichung des amerikanischen Rechts mit dem internationalen vereinheitlichten Kaufrecht*, cit.; R. HERBER, B. CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht*, cit., *sub art. 72*, 321 ss.; J.O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, cit., *sub art. 72*, 437 ss.; ID., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, edited and updated by H.M. FLECHTNER, cit., *sub art. 72*, 561 ss.; C. LIU, *Suspension or Avoidance due to anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, in *CISG Database*; B. SCHEIFELE, *Die Rechtsbehelfe des Verkäufers nach dem deutschen und UN-Kaufrecht*, Rheinfelden, Rheinfelden, 1986, 168 ss.; J. VILUS, *Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer*, in *International Sales of Goods, Dubrovnik Lectures*, edited by P. ŠARČEVIĆ and P. VOLKEN, New York-London-Rome, 1986, 239 ss.; H. STOLL, *Zur Haftung bei Erfüllungsverweigerung im Einheitlichen Kaufrecht*, in *RebelsZ*, (52) 1988, 617 ss.; T. SELIAZNIOVA, *Prospective Non-Performance or Anticipatory Breach of Contract (Comparison of the Belorussian Approach to CISG Application and Foreign Experience)*, in *J.L. & Com.*, (24) 2004, 111; M.G. BRIDGE, *Issues Arising Under Articles 64, 72 and 73 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, *ivi*, 2005-2006, 405 ss.

¹³⁶ Si riproduce il testo dell'art. 72 CISG (nella traduzione italiana, disponibile sul sito: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/italiantext.html>): “1. Se prima della data di esecuzione del contratto è certo che una delle parti commetterà un inadempimento essenziale, l'altra parte può dichiarare il contratto risolto. 2. Se vi è tempo sufficiente, la parte che intende dichiarare il contratto risolto deve darne notizia all'altra parte in modo tale da permetterle di provvedere ad un'idonea garanzia dell'adempimento delle sue obbligazioni. 3. Le disposizioni del paragrafo precedente non si applicano se l'altra parte ha dichiarato che non adempirà le sue obbligazioni”.

dello stesso ad un inadempimento definitivo. Anche se nessuna indicazioni specifica è fornita in ordine all'esatto significato da attribuire al verbo "dichiarare" ("declare", "erklären" o "déclaré") impiegato dai redattori della CISG¹³⁷; sicché permane il dubbio se la disposizione citata trovi applicazione pure in caso di semplice dichiarazione, ancorché orale, di non adempiere; o se quest'ultima, ove non connotata dai caratteri della serietà e della definitività o comunque non accompagnata da una linea di condotta conforme all'intento manifestato, atta come tale a sorreggerlo, sia bensì predittiva di un futuro inadempimento, ma comunque non sufficiente ad integrarlo di per sé¹³⁸.

La previsione contenuta nell'art. 72 CISG non esaurisce invero la disciplina dedicata dalla Convenzione all'inadempimento *ante diem*. Il principio da essa dettato trova, infatti, ulteriore specificazione, con riguardo ai contratti a consegne ripartite, nell'art. 73, comma 2°, CISG¹³⁹, il quale attribuisce alla parte fedele il diritto di dichiarare anticipatamente lo scioglimento del rapporto contrattuale, o meglio, di risolvere lo stesso anche con riferimento alle obbligazioni non ancora scadute, ove l'inadempimento di una sola consegna (o di un solo pagamento) suscita nella parte

¹³⁷ Si riproduce il comma 3° dell'art. 72 CISG nella versione inglese: "The requirements of the preceding paragraph do not apply if the other party has declared that he will not perform his obligations". E in quella tedesca: "Absatz 2 ist nicht anzuwenden, wenn die andere Partei erklärt hat, daß sie ihre Pflichten nicht erfüllen wird". Per maggiore completezza, si riporta anche il testo in francese: "Les dispositions du paragraphe précédent ne s'appliquent pas si l'autre partie a déclaré qu'elle n'exécuterait pas ses obligations".

¹³⁸ Anche se, come si avrà modo di osservare, per come formulata (e nonostante le diverse opinioni dei commentatori sul punto), la disposizione potrebbe essere ritenuta applicabile anche ai casi in cui il rifiuto del debitore sia sprovvisto dei caratteri della serietà e definitività, venga reso in forma orale, o manifestato tramite comportamento concludente. Per il dibattito circa la qualificazione del rifiuto anticipato di adempiere, anche in ottica comparatistica, si rinvia a A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., *passim*. Per maggiori approfondimenti, v. *infra*.

¹³⁹ Così l'art. 73, comma 2°, CISG nella versione inglese (si riporta il testo in inglese, perché sul sito <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/italiantext.html> non è disponibile la traduzione italiana del comma 2° dell'art. 73 CISG): "(2) If one party's failure to perform any of his obligations in respect of any instalment gives the other party good grounds to conclude that a fundamental breach of contract will occur with respect to future instalments, he may declare the contract avoided for the future, provided that he does so within a reasonable time". Per un commento a tale disposizione, v.: A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 73, 295; G. SANTINI, *La sospensione e la risoluzione anticipata del contratto*, cit., 249 s.; H.T. BENNETT, in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, cit., sub art. 73, 531 ss.; P. HUBER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub art. 73, 2411; P. SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law*, cit., 96; ID., *Internationales UN-Kaufrecht*, cit., 183 ss.; ID., *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, in *Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf, Lausanner Kolloquium*, cit., 159 ss.; ID., *Einheitliches UN-Kaufrecht*, cit., 89 s.; J.O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, cit., 441 ss.; C. LIU, *Avoidance in the case of an installment contract*, cit.; R. HORNUNG, C. FOUNTOLAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, cit., sub art. 73, 828 ss.; M.G. BRIDGE, *Issues Arising Under Articles 64, 72 and 73 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, cit., 405 ss.; M.G. STRUB, *The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries*, cit., 475 ss.; J. VILUS, *Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer*, cit., 239 ss.

fedele “fondati motivi” per ritenere che l’altro contraente incorrerà in un inadempimento essenziale di prestazioni non ancora esigibili¹⁴⁰.

Completa, infine, la disciplina dell’inadempimento *ante diem*, inteso in senso ampio, anche l’art. 71 CISG¹⁴¹, il quale, con una disposizione che si avvicina a quella

¹⁴⁰ È appena il caso di notare che manca, nell’art. 73, comma 2°, CISG, la previsione circa la necessità della previa attivazione di un meccanismo analogo a quello dettato dall’art. 72, comma 2°, CISG quale presupposto per l’attivazione del rimedio risolutorio. Per le ragioni di tale discrasia, v. *infra*.

¹⁴¹ Si riproduce il testo della disposizione nella traduzione italiana: “1. Una parte può sospendere l’adempimento delle sue obbligazioni se, dopo la conclusione del contratto, risulta manifesto che l’altro contraente non adempirà una parte essenziale delle sue obbligazioni in conseguenza di: (a) una grave insufficienza nella sua capacità di adempiere o nella sua solvibilità; o (b) del modo in cui si prepara a dare esecuzione o esegue il contratto. 2. Se il venditore ha già spedito i beni prima che si manifestino le condizioni previste nel paragrafo precedente, egli può opporsi alla consegna dei beni al compratore, anche se questi è in possesso di un documento che lo legittima a riceverli. Il presente paragrafo riguarda solo i diritti sui beni nei rapporti tra il venditore e il compratore. 3. La parte che sospende l’esecuzione, sia prima che dopo la spedizione dei beni, deve immediatamente dare notizia della sospensione all’altra parte e deve procedere nell’adempimento se l’altra parte presta idonea garanzia dell’adempimento delle sue obbligazioni”. In generale, sull’art. 71 CISG: M. AZEREDO DA SILVEIRA, *Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, cit., 2 ss.; C. BRUNNER, C. HURNI, in *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, cit., sub art. 71, 959 ss.; J. FISCHER, *Die Unsicherheitseinrede. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Rechte eines Vertragspartners bei Vermögensverschlechterung der anderen Partei zum deutschen und US-amerikanischen Recht sowie zu den Einheitlichen Kaufrecht*, Frankfurt am Main, 1988, 216 ss.; R. HERBER, B. CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht*, cit., sub art. 71, 315 ss.; J.O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, edited and updated by H.M. FLECHTNER, cit., sub art. 71, 548 ss.; P. HUBER, A. MULLIS, *The CISG. A new textbook for students and practitioners*, cit., 342 ss.; ID., in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub art. 71, 2397 ss.; C. LIU, *Suspension or Avoidance due to anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, cit.; U. MAGNUS, in *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, cit., sub art. 71, 797 ss.; K.H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, cit., sub art. 71, 457 ss.; B. SAENGER, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub art. 71, 2358 ss.; D. SAIDOV, in *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, cit., sub art. 71, 916 ss.; B. SCHEIFELE, *Die Rechtsbehelfe des Verkäufers nach dem deutschen und UN-Kaufrecht*, cit., 160 ss.; V. SCHOTT, *Antizipierter Vertragsbruch und Leistungsgefährdung*, cit., 96 ss.; J. VILUS, *Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer*, cit., 241 s.; W. WITZ, *Zurückbehaltungsrechte im internationalen Kauf – Eine praxisorientierte Analyse zur Durchsetzung des Kaufpreisanspruchs im CISG*, in *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von I. SCHWENZER und G. HAGER, Tübingen, 2003, 291 ss. ed in particolare 294; A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 71, 286 ss.; G. SANTINI, *La sospensione e la risoluzione anticipata del contratto*, cit., 243 ss.; R. HORNUNG, C. FOUNTOULAKIS, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, cit., sub art. 71, 797 ss.; T. BENNETT, in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, cit., sub art. 71, 513 ss.; P. SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1986, 92 ss.; ID., *Internationales UN-Kaufrecht*, cit., 169 ss.; ID., *Gemeinsame Bestimmungen über die Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, cit., 150 ss.; ID., *Einheitliches UN-Kaufrecht*, cit., 84 ss. Per uno studio approfondito in lingua italiana, v. (da ultimo) F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, 123 ss., spec. 131 ss. In particolare, per la genesi travagliata dell’art. 71 CISG, v. pp. 151 ss., dove l’A. sottolinea come in pochi altri casi la storia di una norma fu così tormentata come nel caso dell’art. 71 CISG, norma che soprattutto per i Paesi in via di sviluppo “incarnava il pericolo di un prepotere e che per di più aveva la capacità di porre l’accento sulla legittimità di una facoltà esclusivamente unilaterale del creditore, perché destinata ad esercitarsi senza la mediazione di un controllo giudiziale”. Per una recensione alla monografia del Prof. Addis, si vedano: F. PIRAINO, in *Annuario del contratto 2013*, diretto da A. D’ANGELO e V. ROPPO, Torino, 2014, 215 ss.; S. PAGLIANTINI, *A proposito del libro di Fabio Addis “Il ‘mutamento’ nelle*

contenuta nel nostro art. 1461 cod. civ.¹⁴² nonché a quella dell'art. 73 ULIS¹⁴³, ma che da queste si discosta quanto ad ampiezza dei presupposti applicativi¹⁴⁴, attribuisce alla parte, la quale, pur senza avere la certezza di una futura violazione contrattuale, abbia comunque motivo di temerne il verificarsi “in conseguenza (a) di una grave insufficienza nella sua capacità di adempiere o nella sua solvibilità; o (b) del modo in cui si prepara a dare esecuzione o esegue il contratto”, il diritto di sospendere l'adempimento (art. 71, comma 1°, CISG).

È appena il caso di precisare che nella legge uniforme, così come nel diritto interno, il presupposto dell'eccezione dilatoria non è ad ogni modo il mero pericolo o timore soggettivo di inadempimento¹⁴⁵. Di contro, è necessario un effettivo innalzamento delle probabilità di una futura inesecuzione, il quale – come emerge dalla lettera dell'art. 71 CISG – deve risultare peraltro connesso ad una situazione di fatto che gli attribuisca carattere di oggettività. Con la differenza, rispetto al nostro art. 1461 cod. civ., che tale situazione non necessariamente deve consistere in un mutamento delle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti, ma può riguardare anche l'organizzazione nonché la preparazione della controparte in vista dell'esecuzione¹⁴⁶. E con l'ulteriore precisazione, omessa dal legislatore italiano del 1942, che la suddetta situazione può assumere rilevanza, ancorché preesistente all'instaurazione del vincolo, purché divenuta

condizioni patrimoniali dei contraenti”, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, 253 ss., nonché in *Persona e mercato*, 1, 2015, 1 ss.

¹⁴² Su cui, v. *infra*.

¹⁴³ Si riproduce il testo dell'art. 73 ULIS: “1. Each party may suspend the performance of his obligations whenever, after the conclusion of the contract, the economic situation of the other party appears to have become so difficult that there is good reason to fear that he will not perform a material part of his obligations. 2. If the seller has already despatched the goods before the economic situation of the buyer described in paragraph 1 of this Article becomes evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even if the latter holds a document which entitles him to obtain them. 3. Nevertheless, the seller shall not be entitled to prevent the handing over of the goods if they are claimed by a third person who is a lawful holder of a document which entitles him to obtain the goods, unless the document contains a reservation concerning the effects of its transfer or unless the seller can prove that the holder of the document, when he acquired it, knowingly acted to the detriment of the seller”. Per un commento a tale disposizione, si veda: U. HUBER, in *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, herausgegeben von H. DÖLLE, cit., *sub* art. 73, 415 ss. Per i precedenti dell'art. 71 CISG, v.: art. 88-90 del Progetto del 1935; artt. 73-75 del Progetto del 1939; artt. 82-84 del Progetto del 1956; artt. 82-84 del Progetto del 1963.

¹⁴⁴ Sul punto, v. più approfonditamente *infra*.

¹⁴⁵ V., tuttavia, B. CARBONI, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corresponsabilità delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 831, secondo il quale “la norma” dell'art. 1461 cod. civ. “sembra essere tutta incentrata sulla posizione soggettiva del contraente *in bonis*”. Il (mero) fondato timore dell'*excipiens* di non ricevere la prestazione promessa assume invece rilievo in taluni progetti di diritto uniforme. V. *infra*.

¹⁴⁶ Si veda, al riguardo: F. PIRAINO, *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 cod. civ.*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, 393 s.

conoscibile solo in un momento successivo alla stipulazione dell'atto di privata autonomia¹⁴⁷.

Il diritto alla sospensione permane invero solo fintantoché non intervenga una chiarificazione da parte del contraente presunto inadempiente: a tal fine, si prevede che la parte *in bonis* provveda a dare a quest'ultimo notizia dell'avvenuta sospensione, si da consentirgli di prestare idonea garanzia di adempimento (art. 71, comma 3°, CISG). L'offerta di adeguate assicurazioni fa venir meno, com'è logico, l'attualità del pericolo della futura violazione ed il diritto alla dilazione.

All'analisi dell'articolata disciplina dell'inadempimento anticipato contenuta nella Convenzione di Vienna sarà dedicato un apposito capitolo del presente lavoro. Sicché non si vuole qui anticipare osservazioni che verranno più opportunamente svolte in seguito.

Ciò che interessa notare, in questa sede, è la portata espansiva della regola elaborata nei sistemi angloamericani che, dopo essere stata recepita, in maniera più o meno consapevole, dalla dottrina e dalla giurisprudenza continentali, ha trovato altresì spazio, e soprattutto ulteriore elaborazione, all'interno della legge uniforme in materia di compravendita internazionale. Dato, questo, tutt'altro che insignificante ove si consideri l'elevato livello di elaborazione delle soluzioni dalla medesima offerte, le quali sono quindi in grado offrire un modello per eventuali riforme dei singoli diritti nazionali¹⁴⁸: non è un caso, del resto, che esse abbiano costituito e continuino a costituire "una fonte di ispirazione privilegiata" per i diversi legislatori nazionali che si apprestano a riformare le aree più obsolete del proprio diritto contrattuale¹⁴⁹. Dato che merita però attenzione anche per il valore che la Convenzione di Vienna ha, in quanto diritto vigente e pertanto applicabile nel suo specifico ambito di operatività in tutti gli ordinamenti che hanno provveduto a darvi esecuzione, compresi quelli che non hanno ad oggi ritenuto di rivedere la disciplina interna del diritto delle obbligazioni e di introdurre un'espressa e generale previsione normativa, volta a risolvere il problema

¹⁴⁷ Per la possibilità di estendere il campo di applicazione dell'art. 1461 cod. civ. anche ad ipotesi di pericolo preesistente, v. *infra*.

¹⁴⁸ Osserva L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, cit., 327, "come i progetti di unificazione del diritto" investano bensì "soltanto la disciplina dei rapporti economici transnazionali, anche se non nascondono l'ambizione di servire in un secondo tempo da modello per eventuali riforme dei diritti nazionali". V. anche, per la funzione di modello della CISG, P. SCHLECHTRIEM, *Abstandnahme vom Vertrag*, in *Europäische Vertragsvereinheitlichung und deutsches Recht*, herausgegeben von J. BASEDOW, Tübingen, 2002, 159 ss., spec. (con riguardo all'inadempimento anticipato) 170.

¹⁴⁹ Così A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 254 ss.

dell'inadempimento anticipato anche nei casi in cui lo scambio non presenti elementi di internazionalità¹⁵⁰.

4.2. SEGUE: INGRESSO DELL'ISTITUTO NEI PROGETTI DI UNIFORMAZIONE DEL DIRITTO DEI CONTRATTI.

Uno studio che si proponga di affrontare e risolvere il delicato problema della configurabilità dell'inadempimento *ante diem* così come dell'operatività del rimedio consistente nello scioglimento anticipato quale possibile mezzo reazione a tale inadempimento non può trascurare neppure gli ulteriori sviluppi cui hanno portato le aspirazioni di armonizzazione ed uniformazione del diritto contrattuale affermatesi di recente sul piano sovranazionale, le quali hanno dato vita, negli ultimi anni a diverse raccolte di regole e principi che costituiscono, al pari della CISG, un modello per i legislatori nazionali.

Il riferimento è ai progetti di diritto uniforme confezionati, per diversa iniziativa, sia nel contesto comunitario ed europeo che in quello globale¹⁵¹; e che, con approcci in parte diversi, si propongono, a seconda del caso, di “selezionare”, “ordinare”,

¹⁵⁰ Per il ruolo che la CISG può assumere, sul piano sistematico, ai fini dell'interpretazione del diritto interno, nell'ambito di una proposta di estensione in via ermeneutica della portata dell'art. 1461 cod. civ., si veda F. ADDIS, *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di M.V. DE GIORGI, S. DELLE MONACHE, G. DE CRISTOFARO, Padova, 2010, I, 36 s. Per l'impatto della CISG sul diritto nazionale, v. M. TORSELLO, *Italy*, in *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, edited by F. FERRARI, Munich, 2008, 187 ss. Con riguardo alla Germania, U. MAGNUS, *Germany*, *ivi*, 143 ss.

¹⁵¹ I principali sono i “Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali” (“*Principles of International Commercial Contracts*”), i “Principi del diritto europeo dei contratti” (“*Principles of European Contract Law*” ed in prosieguo, più semplicemente PECL), ed il c.d. “*Draft Common Frame of Reference*” (in prosieguo solo DCFR). I primi sono stati elaborati nel 1994 e poi revisionati nel 2004 e nel 2011 dall'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT). Per il testo di tali principi, v. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010* e *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce International 2010*, richiedibili all'indirizzo publications@unidroit.org, nonché, nella versione italiana, in *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali 2010*, Milano, 2012. I PECL sono un insieme di principi enucleati dalla *Commission on European Contract Law* (c.d. *Lando Commission*), commissione non governativa, presieduta dal Prof. Ole Lando. I PECL sono stati pubblicati in tre parti, nel 1995, nel 1999 e nel 2003. Per il testo di tali principi, v. *Principles of European contract law, Parts I, II, Combined and Revised*, edited by O. LANDO, H. BEALE, The Hague, London, Boston, 2000, nonché in *Principles of European Contract Law, Part III*, edited by O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM, R. ZIMMERMANN, The Hague-London-Boston, 2003; in lingua tedesca, in *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, I und II, herausgegeben von C. VON BAR, R. ZIMMERMANN, München, 2002; e, in lingua italiana, in: *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di C. CASTRONOVO, *Parte I e II*, Milano, 2001; *Parte III*, Milano, 2005. Il DCFR è un testo pubblicato a cura dello *Study Group on a European Civil Code* e dell'*Acquis Group*, in una prima edizione, la c.d. *interim edition*, nel 2008, in una seconda edizione riveduta nel 2009 e in una terza edizione, la c.d. *full edition*, nel settembre 2009. Per il testo del DCFR, si veda *Draft Common Frame of Reference* ed in prosieguo, più semplicemente, DCFR), in *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, edited by C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE, H. BEALE, J. HERRE, J. HUET, P. SCHLECHTRIEM, M. STORME, S. SWANN, P. VARUL, A. VENEZIANO, F. ZOLL, Munich, 2009.

“estrapolare” e/o “formulare” regole e principi destinati ad essere usati dagli operatori del diritto indipendentemente dalle loro specifiche tradizioni giuridiche; o, addirittura, per quanto riguarda le iniziative europee, a fungere da bozza per un eventuale futuro codice europeo dei contratti¹⁵².

Trattasi a ben vedere di corpi di previsioni prive di valore vincolante ed autonoma precettività, destinati ad operare semmai, com'è per i Principi Unidroit ed i PECL, quali strumenti di *soft law*, e quindi solo subordinatamente ad un'espressa scelta dei contraenti interessati alla loro applicazione¹⁵³.

Ciononostante, i testi di elaborazione sovranazionale sono tutt'altro che privi di importanza: come anticipato, essi fungono, infatti, sempre più spesso da fonte di ispirazione per i legislatori nazionali che si apprestano a riformare il proprio diritto interno: ne deriva che la conoscenza delle soluzioni dagli stessi offerte è fondamentale per capire in quale direzione stia andando l'odierno diritto contrattuale.

Alla luce di tali premesse pare quindi significativa, nel contesto e ai fini della presente indagine, la circostanza, emergente da un'analisi dei suddetti testi, circa la presenza, nella quasi totalità di essi, di regole specificamente dedicate al problema dell'inadempimento *ante diem* e della risoluzione anticipata del contratto.

La possibilità di svincolarsi dal rapporto contrattuale in presenza di una violazione riscontrata prima della scadenza del termine fissato per l'attuazione dello scambio è prevista, ad esempio, dall'art. 9:304 PECL¹⁵⁴, il quale riconosce appunto al creditore il diritto di sciogliersi dal vincolo ogniqualvolta si sia in presenza di una situazione di certezza circa il futuro inadempimento debitorio.

Di egual tenore è la regola contenuta nell'art. 7.3.3. dei Principi Unidroit, ai sensi del quale “se prima della data di esecuzione del contratto è certo che vi sarà inadempimento essenziale da parte del debitore, il creditore può risolvere il contratto”¹⁵⁵. Una disposizione analoga agli artt. 9:304 PECL e 7.3.3. dei Principi Unidroit è stata inserita poi nel DCFR. L'art. III. – 3:504 DCFR precisa, in particolare, che il creditore può dichiarare sciolto il contratto: *a)* qualora il debitore abbia dichiarato

¹⁵² M. BUSSANI, M. INFANTINO, *Diritto europeo dei contratti: un'introduzione*, Torino, 2010, passim, spec. 76 ss.

¹⁵³ M. BUSSANI, M. INFANTINO, *Diritto europeo dei contratti: un'introduzione*, passim, spec. 76 ss. Per maggiori informazioni in ordine a tale possibilità, v. *infra*.

¹⁵⁴ Così l'art. 9:304 PECL: “Una parte può risolvere il contratto anche quando, prima del termine di scadenza, sia evidente che l'altra parte sarà inadempiente in maniera grave” (traduzione in italiano fornita da http://www.intertraders.eu/diritto/soft-law/PECL_ita_eng.pdf).

¹⁵⁵ V. <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-italian.pdf>, per il testo dei principi e della disposizione citata.

che non eseguirà la prestazione dovuta o *b*) sia comunque chiaro che subentrerà alla scadenza un inadempimento essenziale dell'obbligazione debitoria¹⁵⁶.

La possibilità per la parte fedele di risolvere anticipatamente il contratto in presenza di un rifiuto anticipato dell'altro contraente o di una situazione di certezza circa un suo futuro inadempimento è stata da ultimo prevista anche dai redattori della (poco fortunata) "Proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita" (c.d. CESL)¹⁵⁷ (cfr. art. 116¹⁵⁸ e 136¹⁵⁹ CESL).

Ma, va precisato, lo strumento risolutorio non esaurisce a ben vedere il novero dei rimedi esperibili nella fase *ante diem*. Al pari della CISG, ma anche dello UCC americano¹⁶⁰, i testi citati prevedono, infatti, quale alternativa all'immediata risoluzione del contratto, la possibilità per la parte che abbia motivo di temere il futuro inadempimento di esperire il rimedio dilatorio e di sospendere quindi l'esecuzione della prestazione dovuta; e ciò, va precisato, a prescindere dalle ragioni che fanno ritenere probabile una violazione contrattuale.

¹⁵⁶ Si riporta il testo in inglese (tratto da *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, edited by C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE, H. BEALE, J. HERRE, J. HUET, P. SCHLECHTRIEM, M. STORME, S. SWANN, P. VARUL, A. VENEZIANO, F. ZOLL, cit., 245) : "III. – 3:504: Termination for anticipated non-performance: A creditor may terminate before performance of a contractual obligation is due if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental".

¹⁵⁷ Trattasi della "Proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita" che è stata presentata dalla Commissione europea l'11 ottobre 2011. Il testo della proposta si trova pubblicato sul sito <http://eur-lex.europa.eu>. Per un commento, si veda AA.VV., *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, München, 2014. La Proposta è stata di recente "sostituita" da una (meno ambiziosa) proposta di direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, nella quale non si rinvergono disposizioni specificamente dedicate all'inadempimento anticipato. Il testo di tale proposta (del 9 dicembre 2015) è consultabile da: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/IT/1-2015-634-IT-F1-1.PDF>. Per un confronto con la disciplina contenuta nella CISG, si veda U. MAGNUS, *CISG and CESL*, Max Planck Private Law Research Paper No. 12/27. Per il rapporto fra la CISG e gli altri strumenti di diritto uniforme menzionati, v. O. LANDO, *Cisg and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law*, in 53 *Am. J. Comp. R.*, 2005, 379 ss.

¹⁵⁸ Si riporta il testo in inglese: "A buyer may terminate the contract before performance is due if the seller has declared, or it is otherwise clear, that there will be a non-performance, and if the non-performance would be such as to justify termination" (v. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>).

¹⁵⁹ Si riproduce il testo in inglese: "A seller may terminate the contract before performance is due if the buyer has declared, or it is otherwise clear, that there will be a non-performance, and if the non-performance would be fundamental" (v. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>).

¹⁶⁰ V. *supra*.

A tal riguardo va citato, ad esempio, l'art. 9:201, comma 2°, PECL¹⁶¹, ai sensi del quale la parte *in bonis* può sospendere l'esecuzione della propria prestazione ogniqualvolta sia chiaro che l'altro contraente non adempirà la propria obbligazione alla scadenza prevista.

Aggiunge, inoltre, l'art. 8:105 PECL¹⁶² che la parte, la quale abbia ragione di temere il verificarsi di una futura violazione essenziale, può, oltre a sospendere l'adempimento, pretendere altresì dall'altro contraente la prestazione di adeguate garanzie. La mancata offerta delle stesse entro un termine adeguato, in quanto idonea a risolvere le residue incertezze circa l'eventualità di un futuro inadempimento, legittima poi la parte fedele a dichiarare senz'altro lo scioglimento del contratto.

La possibilità per il contraente *in bonis* di sospendere l'esecuzione della propria prestazione e di domandare all'altro idonee assicurazioni di adempimento è prevista anche dall'art. 7.3.4. dei Principi UNIDROIT¹⁶³ che, al pari dell'art. 8:105 PECL, ricollega all'ipotesi della mancata prestazione delle garanzie richieste entro un ragionevole lasso di tempo, il sorgere in capo alla parte contrattuale fedele del diritto alla dichiarazione immediata dello scioglimento del contratto.

Più articolata è la regola contenuta nell'art. III. - 3:401 DCFR che, dopo aver previsto, al comma 2°, la facoltà per la parte *in bonis* di sospendere l'adempimento dell'obbligazione (o di una parte di essa: cfr. comma 4°) ed aver altresì stabilito che tale facoltà è destinata a venir meno nell'ipotesi in cui l'altra parte presti adeguate garanzie di adempimento, prevede, al comma 3°, l'obbligo per il creditore che abbia deciso di avvalersi della suddetta facoltà di sospendere di informare di ciò il debitore, il quale ha diritto al risarcimento dei danni derivatigli dalla mancata informazione¹⁶⁴.

¹⁶¹ Precisamente, “la parte può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione fino a quando sia evidente che l'altra parte non adempirà alla scadenza” (v. http://www.intertraders.eu/diritto/soft-law/PECL_ita_eng.pdf).

¹⁶² “(1) Il creditore che abbia fondato motivo di ritenere che vi sarà un inadempimento grave da parte del debitore, può chiedergli adeguate assicurazioni di esatto adempimento e nel frattempo rifiutare l'adempimento delle proprie obbligazioni fino a quando dura la fondatezza del motivo. (2) Se tali assicurazioni non sono date entro un termine ragionevole, la parte che le ha richieste può risolvere il contratto se ha fondato motivo di ritenere che vi sarà un inadempimento grave da parte del debitore e senza indugio dà comunicazione della risoluzione” (v. http://www.intertraders.eu/diritto/soft-law/PECL_ita_eng.pdf).

¹⁶³ “La parte che ragionevolmente ritiene che vi sarà un inadempimento essenziale ad opera dell'altra parte può richiedere un'adeguata garanzia per l'adempimento dovuto e, nel frattempo, può sospendere il proprio adempimento. Se la garanzia non è prestata entro un ragionevole lasso di tempo, la parte che l'ha richiesta può risolvere il contratto” (v. <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-italian.pdf>).

¹⁶⁴ Si riporta il testo in inglese (tratto da *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, prepared by the Study Group on a

Nell'ipotesi in cui le garanzie richieste non vengano prestate entro un lasso di tempo ragionevole la parte che le abbia domandate può poi, anche in tal caso, dichiarare sciolto il contratto ancorché il termine previsto per l'attuazione dello scambio non sia ancora scaduto: è quanto dispone espressamente l'art. III. - 3:505 DCFR¹⁶⁵.

In parte diversa da quelle sin qui menzionate era, infine, la soluzione proposta dall'art. 113, comma 2°, CESL, che pur attribuendo al compratore, tenuto ad adempiere per primo, un diritto di astenersi dall'esecuzione della prestazione del pagamento del prezzo in presenza di un pericolo circa l'adempimento del venditore, non contemplava, tuttavia, né un obbligo comunicatorio a carico dell'acquirente che si fosse avvalso del rimedio dilatorio, né tantomeno la possibilità per l'alienante di far venir meno la sospensione del contratto mediante l'offerta di un'idonea garanzia¹⁶⁶: tale possibilità, prevista nella prima versione del c.d. "Studio di fattibilità" ("*Feasibility Study*") del 3 maggio 2011, fu successivamente eliminata (v. art. 114, comma 2°, "*Feasibility Study*" - versione del 19 agosto 2011) con l'obiettivo di tutelare maggiormente la posizione dell'acquirente, considerato soggetto debole del rapporto.

European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, edited by CHRISTIAN VON BAR, ERIC CLIVE AND HANS SCHULTE-NÖLKE (AND OTHERS), cit., 243 s.: "(1) A creditor who is to perform a reciprocal obligation at the same time as, or after, the debtor performs has a right to withhold performance of the reciprocal obligation until the debtor has tendered performance or has performed. (2) A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor's performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance. (3) A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (2) has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty. (4) The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance as may be reasonable in the circumstances".

¹⁶⁵ "A creditor who reasonably believes that there will be a fundamental nonperformance of a contractual obligation by the debtor may terminate if the creditor demands an adequate assurance of due performance and no such assurance is provided within a reasonable time" (anche il testo è disponibile in (tratto da *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, edited by CHRISTIAN VON BAR, ERIC CLIVE AND HANS SCHULTE-NÖLKE (AND OTHERS), cit., 245).

¹⁶⁶ Si riporta il testo dell'art. 113 CESL: "1. A buyer who is to perform at the same time as, or after, the seller performs has a right to withhold performance until the seller has tendered performance or has performed. 2. A buyer who is to perform before the seller performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the seller when the seller's performance becomes due may withhold performance for as long as the reasonable belief continues. 3. The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance to the extent justified by the non-performance. Where the seller's obligations are to be performed in separate parts or are otherwise divisible, the buyer may withhold performance only in relation to that part which has not been performed, unless the seller's non-performance is such as to justify withholding the buyer's performance as a whole" (v. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>).

La facoltà di porre fine alla situazione di stallo conseguente all'esercizio del rimedio dilatorio mediante l'offerta di un'adeguata garanzia era contemplata, invece, dall'art. 133 CESL (cfr. anche art. 135, comma 2°, del “*Feasibility Study*”), disposizione che attribuiva al venditore un diritto analogo a quello previsto dall'art. 113 CESL a favore del compratore¹⁶⁷: per i redattori della Proposta di Regolamento l'esigenza di tutela, emersa con riferimento alla posizione del compratore, non si sarebbe quindi posta con riguardo a quella dell'alienante¹⁶⁸.

Orbene, la non perfetta coincidenza di formulazione delle disposizioni contenute nei menzionati testi di diritto sovranazionale e la conseguente mancanza di una completa sovrapposizione delle modalità del concreto operare dei rimedi dalle medesime contemplati è un aspetto su cui si avrà modo di ritornare quando si cercherà di capire, quali fra le diverse regole operazionali risultino le più adatte e funzionali a disciplinare il fenomeno della violazione anticipata del contratto¹⁶⁹.

Ciò che pare, ad ogni modo, significativo ribadire in questa sede è la portata potenzialmente espansiva dell'istituto dell'inadempimento prima del termine che, lungi dall'appartenere esclusivamente alla tradizione giuridica dei sistemi di *common law*, si è col tempo progressivamente affermato, come dimostrano altresì i menzionati progetti di diritto uniforme, quale uno dei principi comuni del diritto contrattuale europeo (e non)¹⁷⁰: ne deriva che il giurista continentale, costretto oggi inevitabilmente a

¹⁶⁷ Così recitava l'art. 133 CESL: “1. A seller who is to perform at the same time as, or after, the buyer performs has a right to withhold performance until the buyer has tendered performance or has performed. 2. A seller who is to perform before the buyer performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the buyer when the buyer's performance becomes due may withhold performance for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the buyer gives an adequate assurance of due performance or provides adequate security. 3. The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance to the extent justified by the non-performance. Where the buyer's obligations are to be performed in separate parts or are otherwise divisible, the seller may withhold performance only in relation to that part which has not been performed, unless the buyer's non-performance is such as to justify withholding the seller's performance as a whole” (v. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>).

¹⁶⁸ Per tali osservazioni, si rinvia a S. KEILER, in *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, cit., sub art. 113, 581 s. V. anche p. 588 per le proposte di riunire le due disposizioni in un'unica previsione normativa. Cfr., per la (in parte) diversa soluzione offerta dai due articoli: M. FEHRENBACH, *Die Abhilfen des Verkäufers nach Artt. 131-139 GEKR*, in *Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlages der Kommission*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, München, 2012, 457. In senso critico rispetto alla scelta compiuta dai redattori della CESL: B. ZÖHLING-JUD, *Rechtsbehelfe des Käufers im Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, in *Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, Eine Analyse des Vorschlages der Kommission*, cit., 340.

¹⁶⁹ Approfondimenti su tale punto saranno svolti nel quinto capitolo.

¹⁷⁰ Per le diverse accezioni del termine “principio” ed, in particolare, per la distinzione tra i c.d. “principi dogmatici o assiomatici” e i c.d. “principi problematici o dialettici”, v. L. MENGONI, *I principi generali*

confrontarsi anche con le soluzioni di diritto sovranazionale¹⁷¹, non può più ignorarlo, essendo esso divenuto parte di quello che è o che comunque dovrebbe essere il suo bagaglio giuridico e/o culturale.

4.3. *SEGUE: PROGRESSIVO PENETRARE DELLA DISCIPLINA DELL'INADEMPIMENTO ANTICIPATO NEI SINGOLI ORDINAMENTI CONTINENTALI.*

L'istituto dell'inadempimento anticipato non trova però regolamentazione esclusivamente a livello sovranazionale. Viceversa, a seguito di taluni interventi legislativi, esso è penetrato anche all'interno di una pluralità di corpi normativi nazionali.

Sono stati proprio gli studi compiuti in sede di elaborazione del diritto uniforme ad accrescere la consapevolezza dei singoli legislatori circa l'opportunità di rivedere le disposizioni interne, adattandole a quelle contenute nella nuova legislazione internazionale, inserendo altresì nelle rispettive codificazioni una o più previsioni, idonee a risolvere il complesso problema della configurabilità di una violazione anticipata e della corretta individuazione dei rimedi contro la medesima esperibili¹⁷²; problema la cui soluzione era rimasta per anni affidata alla creatività degli interpreti.

Una previsione analoga a quella dell'art. 72 CISG è contenuta, ad esempio, nel § 62 della legge sulla vendita finlandese e svedese¹⁷³, nel § 348 del codice del commercio slovacco¹⁷⁴, così come nel § 117 della legge sul diritto delle obbligazioni estone

del diritto e la scienza giuridica, in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, cit., 239 ss.

¹⁷¹ V. L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa*, cit., 328 che, nel discorrere delle c.d. "forme extralegali o paralegali di unificazione del diritto" mediante lo strumento legislativo", elenca, fra le stesse, non solo la *lex mercatoria* (la quale, precisa l'A., potrà essere applicata dal giudice solo se, in base alla legge nazionale applicabile, lo stesso "potrà riconoscerla come uso normativo o uso contrattuale", potendola altrimenti utilizzare "solo come *starting point* argomentativo, i cui approdi dovranno poi essere sottoposti al controllo di compatibilità con le norme imperative e l'ordine pubblico del proprio ordinamento"), ma anche altre i progetti di diritto uniforme, in particolare i Principi UNIDROIT, definendoli quali "fonti autorevoli di circolazione di modelli di comportamento e di decisione, la cui applicazione è affidata alla loro forza di persuasione".

¹⁷² Per una breve sintesi del contenuto di tali disposizioni, v. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, edited by C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE, H. BEALE, J. HERRE, J. HUET, P. SCHLECHTRIEM, M. STORME, S. SWANN, P. VARUL, A. VENEZIANO, F. ZOLL, cit., sub III – 3:504, 869 s. Per la traduzione in tedesco, v. *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, I und II, cit., sub art. 9:304, 506 s.

¹⁷³ Il riferimento è alla *Section 62* del *Sale of Goods Act* svedese e finlandese: "If it becomes clear that a breach of contract entitling a party to avoidance will take place, that party may declare the contract avoided even prior to the date of performance. Such avoidance is, however, without effect if the other party immediately provides adequate assurance of his performance".

¹⁷⁴ Si riporta il testo della disposizione: "(1) *Ohľadne povinnosti, ktorá sa má plniť v budúcnosti, možno od zmluvy odstúpiť, keď zo správania povinnej strany alebo z iných okolností nepochybne vyplýva ešte pred časom určeným na plnenie zmluvnej povinnosti, že táto povinnosť bude porušená podstatným*

(LOA)¹⁷⁵, il quale richiede peraltro, al pari della disposizione contenuta nella legge uniforme, che il creditore informi innanzitutto il debitore della propria intenzione di risolvere il contratto. Il fine è di consentire allo stesso di “confermare” il futuro adempimento o di fornire idonee garanzie entro un termine ragionevole (§ 117, comma 2°). La previa comunicazione di cui al § 117, comma 2° non è comunque richiesta, al pari di quanto disposto dall’art. 72, comma 3°, CISG, nelle ipotesi in cui il debitore abbia già dichiarato di non voler più adempiere (così § 117, comma 3°).

La distinzione tra i due diversi presupposti della risoluzione anticipata, consistenti rispettivamente nella dichiarazione di non voler adempiere resa *ante diem* e nell’esistenza di una situazione obiettiva di pericolo o certezza circa un futuro inadempimento, si rinvia pure nell’art. 348 del codice del commercio ceco¹⁷⁶, disposizione specificatamente dedicata al problema dell’inadempimento *ante diem*¹⁷⁷.

spôsobom, a povinná strana neposkytne po vyzvaní oprávnenej strany bez zbytočného odkladu dostatočnú zábezpeku. (2) Ohľadne povinnosti, ktorá sa má plniť v budúcnosti, možno odstúpiť od zmluvy aj v prípade, keď povinná strana vyhlási, že svoju povinnosť nesplní” (il testo reperibile sul sito: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/sk/sk090en.pdf>).

¹⁷⁵ Si riporta il testo della disposizione: “(1) Kui enne ühe lepingupoolse kohustuse sissenõutavaks muutumist on ilmne, et see lepingupool paneb toime olulise lepingurikkumise, eelkõige, kui ta teatab, et ei kavatses lepingut täita, võib teine lepingupool lepingust taganeda juba enne kohustuse sissenõutavaks muutumist. (2) Lepingust enne kohustuse sissenõutavaks muutumist taganeda kavatses pool peab teisele lepingupoolele oma taganemise kavatsusest teatama, et võimaldada tal kohustuse täitmist tagada või kinnitada. Tagatise või kinnituse saamiseni võib taganeda kavatses lepingupool keelduda oma kohustuse täitmisest. Kui kohustuse täitmist ei tagata ega kinnitata mõistliku aja jooksul pärast taganemise kavatsusest teatamist, võib kavatsusest teatanud lepingupool lepingust taganeda. (3) Lepingust taganemise kavatsusest ei pea teisele lepingupoolele teatama, kui teine lepingupool on teatanud, et ta oma kohustust ei täida” (il testo è reperibile sul sito: <https://www.riigiteataja.ee/akt/108072011021>). Per la traduzione in inglese della disposizione, si veda: I. KULL, *Direct Producers’ Liability and the Sellers’ Right of Redress in Estonia*, in *European Perspectives on Producers’ Liability: Direct Producers’ Liability. Direct Producers’ Liability for Non-conformity and the Sellers’ Right of Redress*, edited by M. EBERS, A. JANSSEN, O. MEYER, Munich, 2009, 281.

¹⁷⁶ Il diritto civile e commerciale ceco è stato oggetto di una recente riforma. Per il nuovo codice del commercio, v. *Zákon ze dne 25. ledna 2012 o obchodních společnostech a družstvech*, entrato in vigore il 1.1.2014 insieme al nuovo codice civile (*Zákon ze dne 3. února 2012 občanský zákoník*). La maggior parte delle regole precedentemente contenute nel codice del commercio sono comunque confluite nel nuovo codice civile.

¹⁷⁷ Si riporta il testo della disposizione nella traduzione inglese (per la quale si veda: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cz/cz053en.pdf>): “(1) With regard to an obligation which is to be performed in the future, it is possible to withdraw from the contract when it indisputably ensues from the conduct of the obligated party, or from other circumstances occurring prior to the time-limit set for performance of the obligation, that the obligated party will breach its contractual obligation in a substantial manner and, when requested by the entitled party, will fail to provide sufficient security for its performance without undue delay. (2) With regard to an obligation which is to be performed in the future, it is also possible to withdraw from the contract if the obligated party declares that it will not render the performance”.

Ciò posto, va ancora notato che una regola simile, seppur meno articolata di quella dell'art. 72 CISG è dettata altresì dall'art. 107 della legge sul diritto delle obbligazioni slovena, la quale trova invero il suo modello nell'art. 76 ULIS¹⁷⁸.

L'inadempimento anticipato viene regolato, poi, dal § 6:151 del (nuovo) codice civile ungherese¹⁷⁹, il quale ricollega alla situazione di certezza del futuro inadempimento la possibilità per il creditore di esperire i rimedi contro il ritardo o il difetto di conformità¹⁸⁰.

Un'apposita disciplina dell'inadempimento anticipato è prevista, ancora, dal codice civile olandese (BW) del 1992. In particolare, ai sensi dell'art. 6:80 BW, gli effetti dell'inadempimento si producono, con la conseguente possibilità per il creditore di esperire il rimedio risolutorio, nonostante la prestazione debitoria non sia ancora esigibile, se: a) l'esatta esecuzione della stessa non sia più possibile; b) da una dichiarazione del debitore il creditore non possa che concludere che non vi sarà adempimento alla scadenza; c) il creditore abbia fondate ragioni per temere un futuro inadempimento da parte del debitore e questi non abbia fornito adeguate assicurazioni di adempimento¹⁸¹.

¹⁷⁸ Così l'art. 107 dell'OZ sloveno (v. <https://www.uradni-list.si/1/content?id=33278>): “Če je pred iztekom roka za izpolnitev obveznosti očitno, da ena stranka ne bo izpolnila svoje obveznosti iz pogodbe, lahko druga stranka odstopi od pogodbe in zahteva povrnitev škode”. Ai sensi della citata disposizione, se prima della scadenza del termine previsto per l'adempimento è evidente che una delle parti non adempirà la propria obbligazione contrattuale, l'altra può sciogliersi dal contratto e chiedere il risarcimento del danno”. V. D. MOŽINA, *Kršitev pogodbe*, cit., 76 s., 170, 224, 269 ss., 316 s., 366 s., il quale sottolinea come una disposizione analoga a quella dell'art. 107 OZ (la quale trova, come anticipato, il proprio modello nell'art. 76 ULIS) fosse presente già nella legge jugoslava dei rapporti obbligatori del 1978.

¹⁷⁹ Il nuovo codice è in vigore dal 15 marzo 2014. La traduzione in inglese è disponibile sul sito: https://tdziegler.files.wordpress.com/2014/06/civil_code.pdf.

¹⁸⁰ Si riporta il testo della disposizione citata: “(1) *If it becomes obvious before the contracted date of delivery that the obligor will not be able to effect performance as due, on account of which performance is no longer in the obligee's interest, the obligee shall be entitled to enforce his rights stemming from late performance.* (2) *If it becomes obvious before the contracted date of delivery that performance cannot be effected as contracted, the obligee shall be entitled to enforce his rights stemming from lack of conformity following non-compliance with the deadline for repair or replacement*” (v. https://tdziegler.files.wordpress.com/2014/06/civil_code.pdf).

¹⁸¹ La traduzione inglese della disposizione è reperibile in <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>: “- 1. *The legal effects of a non-performance set in even before the debt-claim of the creditor has become due and demandable: a. if it is certain that it will be impossible for the debtor to perform without an imperfection; b. if the creditor must conclude from a statement of the debtor that he will not perform in conformity with his obligation; c. or if the creditor has good reasons to fear that the debtor will not perform in conformity with his obligation and the debtor does not comply with a written notification of the creditor in which the debtor is asked to confirm, within a reasonable time, that he is willing to perform in conformity with his obligation at the moment on which his obligation will become due and demandable. The grounds that gave the creditor good reasons to fear for a non-performance of the debtor must be mentioned in this notification too.* - 2. *The original day on which the debt-claim will become due and demandable continues to apply to the obligation to pay for*

La necessità di adattare la disciplina interna ai precetti contenuti nei testi di matrice sovranazionale non ha lasciato indifferente neppure il legislatore tedesco che, in occasione dell'intervento del 2002¹⁸², ha modernizzato le regole che governavano il diritto delle obbligazioni contenute nel BGB, inserendo nel codice un'espressa disciplina del fenomeno della violazione anticipata: ai sensi del nuovo § 323, comma 4°, BGB il creditore può, così, dichiarare lo scioglimento del contratto ogniqualvolta sia chiaro, prima ancora della scadenza del termine, che subentreranno, alla scadenza, i presupposti per l'esperimento del rimedio risolutorio¹⁸³.

Con una recentissima proposta di revisione del diritto delle obbligazioni svizzero si prevede l'inserimento di una regola corrispondente al § 323, comma 4°, BGB pure nel codice delle obbligazioni (OR) elvetico (v. il prospettato art. 132)¹⁸⁴.

La regolamentazione del c.d. “*incumplimento previsible o anticipado*” è prevista, infine, anche nella “Proposta di modernizzazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti” spagnola¹⁸⁵. Ai sensi del prospettato art. 1200, comma 2, *Código civil* il diritto alla risoluzione anticipata spetterebbe al creditore nei casi in cui sussista un pericolo evidente di un inadempimento rilevante ed il debitore ometta di adempiere o di prestare adeguate garanzie nel termine a tal fine concessogli. La necessità di attendere il decorso di un termine per procedere allo scioglimento verrebbe meno nei soli casi di rifiuto anticipato del debitore di eseguire la prestazione dovuta (comma 3)¹⁸⁶. Ad oggi la

damages which results from the delay and from the attribution of the non-performance to the debtor with regard to the time as of which he is in default”.

¹⁸² V. *supra*.

¹⁸³ Così il comma 4° del § 323 BGB: “(4) *Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden*“ (v. <http://dejure.org/gesetze/BGB/323.html>). Per maggiori approfondimenti sulla disciplina dell'inadempimento anticipato nel BGB, v. *infra*.

¹⁸⁴ Si riporta la versione italiana della disposizione: “*Il creditore può parimenti rescindere il contratto prima del momento in cui il debitore deve adempiere la sua prestazione, se è pacifico che quest'ultimo violerà la propria obbligazione in una maniera suscettibile di giustificare la rescissione del contratto*”. Il testo della proposta nelle diverse lingue ufficiali è scaricabile da <http://or2020.ch>. È appena il caso di notare che la risoluzione anticipata del contratto è ammessa già oggi dagli interpreti svizzeri. Dottrina e giurisprudenza riconoscono, in particolare, al contraente fedele la possibilità di rimanere vincolato al contratto e chiedere il risarcimento del danno (il c.d. interesse positivo) o, in alternativa, di sciogliersi dal vincolo chiedendo all'altro contraente il ristoro del pregiudizio (in tal caso, nel limite del c.d. interesse negativo) (arg. ex artt. 107, comma °, 108, n° 1 e 109 OR).

¹⁸⁵ *Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Comisión General de Codificación, Sección de Derecho civil, ed. Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, Madrid, 2009.

¹⁸⁶ Si riporta il testo della citata disposizione: “*En caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliere o subsanare la falta de conformidad. También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto.*”

proposta di riforma non è stata approvata. Tuttavia, la regola sull'inadempimento anticipato ha trovato applicazione in taluni recenti arresti giurisprudenziali¹⁸⁷.

Alla luce di quanto sin qui detto, parrebbe quindi potersi riscontrare una tendenza fra i legislatori continentali che hanno, in tempi più o meno recenti, sentito l'esigenza di intervenire, ammodernandole, sulle rispettive codificazioni nazionali, a riconoscere nell'inadempimento anticipato un istituto che merita esplicita regolamentazione sul piano positivo e che trova nella risoluzione anticipata il suo rimedio naturale.

Tendenza, questa, che sembra trovare un'eccezione nella recente riforma del diritto contrattuale francese¹⁸⁸: pur essendosi dichiaratamente ispirati ai principali progetti di diritto uniforme, i redattori della riforma hanno deciso infatti di non inserire nel *Code* un'apposita regola sull'inadempimento anticipato.

Nonostante l'"*Ordonnance*" non abbia riconosciuto un diritto alla risoluzione anticipata del contratto, essa non è rimasta però del tutto indifferente al problema del pericolo dell'inadempimento. In occasione della riforma è stata, infatti, introdotta nel *Code civil* una generale eccezione di pericolo, invocabile dalla parte *in bonis* ogniqualvolta sia manifesto che la controparte non eseguirà la propria prestazione alla scadenza e le conseguenze di tale inesecuzione si prospettino gravi¹⁸⁹.

Con l'introduzione di una generale eccezione di pericolo si è assistito così al superamento di una lacuna esistente nel codice francese che, disciplinando l'eccezione di sospensione nell'ambito del solo contratto di compravendita (cfr. artt. 1613 e 1653 *Code civil*¹⁹⁰), non aveva precedentemente compiuto quel processo di generalizzazione

La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones".

¹⁸⁷ Al riguardo, si veda, in dottrina, A.M. MORALES MORENO, *El control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario, por falta de pago*, in *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, coordinato da L.M. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, II, Navarra, 2014, 1976 ss.

¹⁸⁸ V. *supra*.

¹⁸⁹ V. *supra*.

¹⁹⁰ L'art. 1613 *Code civil* prevede, segnatamente, il diritto per il venditore di sospendere l'esecuzione della prestazione cui è obbligato in caso di insolvenza o fallimento del compratore: "*Il ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix ; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme*" (v. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=L-EGIARTI000006441632>). L'art. 1653 *Code civil* riconosce, poi, il diritto di sospendere il pagamento al compratore che abbia motivo di temere l'evizione: "*Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur paiera*" (v. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006442072>). Cfr. art. 1481 del codice civile italiano. Per le analoghe disposizioni contenute in

del rimedio¹⁹¹, intrapreso dal nostro legislatore del 1942, il quale ha portato all'introduzione nel codice civile italiano vigente di una regola quale quella dell'art. 1461 cod. civ.¹⁹²; disposizione, quest'ultima, che consente alla parte di un qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive (la quale sia tenuta ad adempiere per prima) di sospendere l'esecuzione della prestazione dovuta nei casi in cui siano mutate le condizioni economiche dell'altro contraente¹⁹³.

altri testi di diritto interno dei diversi paesi europei, si rinvia a *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, edited by C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE, H. BEALE, J. HERRE, J. HUET, P. SCHLECHTRIEM, M. STORME, S. SWANN, P. VARUL, A. VENEZIANO, F. ZOLL, cit., sub III – 3:401, 848 s.).

¹⁹¹ Sull'ammissibilità nel diritto francese di un'eccezione di pericolo (autonoma dall'eccezione di inadempimento), v. A. PINNA, *L'exception pour risque d'inexécution*, cit., 31 ss. Nel senso che dall'art. 1653 Code civil si ricaverebbe "una sorta di rimedio monstrum, che unisce le caratteristiche delle nostre due eccezioni sospensive, v. A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2011, 95, nota n. 11.

¹⁹² Per l'evoluzione dell'istituto dell'eccezione di pericolo, il quale "trova spazio", seppur limitatamente alla compravendita, "già nel *code civil*", così come nel codice unitario del 1865, "dove l'art. 1469 ricalcava la regola" dell'art. 1613 del *Code Napoleon*, v. F. PADOVINI, *L'eccezione di pericolo di inadempimento (Unsicherheitseinrede)*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Atti del Convegno svoltosi a Ferrara il 7.-8.3.2003, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, 268 ss. Cfr. F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., *passim*, spec. 35 ss., 58 ss.; F. PIRAINO, *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 c.c.*, cit., 388 s., secondo cui l'art. 1461 cod. civ. costituirebbe "un esempio di formazione europea di una regola che porta a maturazione e sintesi" (peraltro superandoli) due diversi modelli - quello tedesco e quello francese. Cfr. tuttavia A. RAVAZZONI, *Osservazioni in tema di mutamento nelle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti*, in *Temi*, 1958, 131, nota n. 1, nonché 138; V. CALANDRA BUONAURA, *Il mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, 564, i quali ravvisano l'origine dell'istituto dilatorio nell'adozione del modello tedesco. In particolare, come sottolinea Calandra Buonaura, la norma sarebbe stata introdotta nel codice del 1942 ("probabilmente") "a imitazione di analoghe disposizioni che si incontrano nel B.G.B. (§ 321) e nel *Code fédéral des obligations* (art. 83).

¹⁹³ Di egual tenore sono altresì il § 1052 dell'ABGB austriaco ("*Wer auf die Übergabe dringen will, muß seine Verbindlichkeit erfüllt haben oder sie zu erfüllen bereit sein. Auch der zur Vorausleistung Verpflichtete kann seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern, wenn diese durch schlechte Vermögensverhältnisse des anderen Teiles gefährdet ist, die ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bekannt sein mußten*": v. http://www.jusline.at/1052_ABGB.html); il § 102 della legge sul diritto delle obbligazioni (OZ) slovena ("*1 Če je dogovorjeno, da bo najprej ena stranka izpolnila svojo obveznost, po sklenitvi pogodbe pa se premoženjske razmere druge stranke toliko poslabšajo, da je negotovo, ali bo ona mogla izpolniti svojo, ali je to negotovo iz drugih resnih razlogov, lahko stranka, ki se je zavezala, da bo prva izpolnila obveznost, odloži njeno izpolnitev, dokler druga stranka ne izpolni svoje obveznosti ali ne da zadostnega zavarovanja, da jo bo izpolnila. (2) To velja tudi, če so bile premoženjske razmere druge stranke tako težke že pred sklenitvijo pogodbe, njen sopogodbenik pa za to ni vedel in ni bil dolžan vedeti. (3) V teh primerih lahko zahteva stranka, ki se je zavezala, da bo prva izpolnila obveznost, v primernem roku zavarovanje, po neuspešnem preteku tega roka pa lahko odstopi od pogodbe*": v. <https://www.uradni-list.si/1/content?id=33278>); il § 83 OR svizzero ("*1 Ove in un contratto bilaterale il credito di uno dei contraenti corra pericolo per il fatto che l'altro è diventato insolubile, specialmente se è fallito o se fu escusso senza risultato, il primo può trattenere la sua prestazione, finché non gli venga garantita la controprestazione. 2 Se la garanzia non gli è a sua richiesta fornita entro un congruo termine, egli può recedere dal contratto*": v. <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19110009/index.html>). È appena il caso di notare, peraltro, come nessuna modifica della disposizione sia prevista peraltro nella recente proposta di riforma. Per una sintesi del contenuto delle disposizioni citate è offerta, ancora una volta, da: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, edited by C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE, H. BEALE, J. HERRE, J.

Senonché, nel prevedere la possibilità per la parte contrattuale di sospendere l'esecuzione della prestazione dovuta a prescindere dalla causa dalla quale origina la minaccia, che quindi non necessariamente deve derivare da un mutamento delle condizioni economiche di uno dei contraenti o comunque da una più generale situazione di incapacità del debitore di adempiere (cfr. artt. 1461 cod. civ., 71 CISG e § 321 BGB), il prospettato art. 1220 *Code civil* parrebbe spingersi ancora più in là nel suddetto processo di creazione di un'eccezione generale di pericolo del futuro inadempimento; processo nel quale, come dimostrano ancora una volta gli sviluppi occorsi a livello sovranazionale (v. *supra*), ma anche talune disposizioni di diritto interno di recente elaborazione¹⁹⁴, il nostro art. 1461 cod. civ. non rappresenta che “una tappa intermedia”.

A dire il vero, l'analisi delle disposizioni contenute nei testi e progetti di diritto uniforme e nei corpi normativi nazionali che prevedono un'eccezione di sospensione

HUET, P. SCHLECHTRIEM, M. STORME, S. SWANN, P. VARUL, A. VENEZIANO, F. ZOLL, cit., *sub* III – 3:401, 848 s.

¹⁹⁴ Cfr. il § 61 della legge sul diritto della compravendita finlandese e svedese (“(1) *If, after the conclusion of the contract, the conduct or financial circumstances of a party indicate that there are strong reasons to anticipate that he will fail to perform a substantial part of his obligations, the other party may suspend his performance. (2) If the seller has already dispatched the goods before the circumstances referred to in paragraph (1) become evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer. The seller may do so even if the buyer holds a document of carriage relating to the goods. (3) A party who suspends performance or prevents the handing over of the goods must immediately give notice thereof to the other party. If he fails to do so, the other party is entitled to damages for any loss incurred because he did not receive the notice in time. (4) A party who has suspended performance or prevented the handing over of the goods must continue with his performance if the other party provides adequate assurance of his performance*”: v. <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1987/en19870355.pdf>); l'art. 6:263 del codice civile olandese (“- 1. *The party who has to perform his obligation first, is nevertheless entitled to withhold his own performance if he has taken knowledge, after the parties had entered into the mutual agreement, of circumstances which give him good reason to fear that the other party will not perform his obligation, standing opposite to his own. - 2. In the event that there is a good reason to fear that the other party will perform his obligation only partially or improperly, the opposite party is only entitled to withhold his performance as far as this is justified by the other party's failure in the performance of his obligation*”: v. <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>); il § 111, comma 4° del codice civile estone (“(4) *Lepingupool, kes peab oma kohustuse täitma enne teist lepingupoolt, võib keelduda lepingu täitmisest, kui talle pärast lepingu sõlmimist teatavaks saanud asjaolud annavad piisavalt alust arvata, et teine lepingupool ei suuda oma kohustust täita maksejõuetuse tõttu, või kui teise lepingupoole käitumine kohustuse täitmise ettevalmistamisel või täitmisel või muu oluline põhjus annab alust arvata, et ta oma kohustust ei täida*”: v. <https://www.riigiteataja.ee/akt/108072011021>); il nuovo § 321 BGB (“(1) *Wer aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird. (2) Der Vorleistungspflichtige kann eine angemessene Frist bestimmen, in welcher der andere Teil Zug um Zug gegen die Leistung nach seiner Wahl die Gegenleistung zu bewirken oder Sicherheit zu leisten hat. Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Vorleistungspflichtige vom Vertrag zurücktreten. § 323 findet entsprechende Anwendung*”: v. <http://dejure.org/gesetze/BGB/321.html>). Per una sintesi, si veda, ancora: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, edited by C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE, H. BEALE, J. HERRE, J. HUET, P. SCHLECHTRIEM, M. STORME, S. SWANN, P. VARUL, A. VENEZIANO, F. ZOLL, cit., *sub* III – 3:401, 848 s.

fondata sul presupposto di una generica situazione di pericolo del futuro inadempimento, seppur ancorata a situazioni fattuali idonee a denotarne il carattere oggettivo, dimostra come i redattori d'oltralpe abbiano in definitiva optato per una soluzione monca. Nel prevedere la necessità per la parte che abbia sospeso l'esecuzione della propria prestazione di notificare l'esercizio dell'eccezione dilatoria alla controparte, il nuovo art. 1220 *Code civil* non precisa infatti se la parte presunta inadempiente possa o no evitare gli effetti della sospensione mediante la fornitura di adeguate garanzie. Inoltre, a differenza di quanto previsto da talune disposizioni di origine sovranazionale, così come dalle corrispondenti regole elaborate ed inserite di recente in alcuni testi normativi nazionali¹⁹⁵, il suddetto articolo non contempla neppure la possibilità per la parte fedele di porre fine alla situazione di stasi conseguente all'esercizio del rimedio dilatorio mediante una dichiarazione di risoluzione. Ne deriva che, una volta riscontrata una situazione di incertezza e sollevata l'eccezione di pericolo, la sospensione è destinata di regola a protrarsi fino alla scadenza del termine previsto per l'adempimento, momento a partire dal quale il creditore può eventualmente reagire con i consueti rimedi contro l'inesecuzione della prestazione debitoria.

4.4. SEGUE: CODIFICAZIONE DELLA FIGURA IN OCCASIONE DELLA "SCHULDRECHTSMODERNISIERUNG". RINVIO.

Riscontrata la tendenza, a livello europeo, a recepire le regole sull'inadempimento anticipato all'interno dei codici e delle leggi nazionali, e/o ad ampliare quantomeno i presupposti del rimedio dilatorio, il quale pare oggi assurgere, in taluni ordinamenti, a strumento di tutela generale contro l'insicurezza della futura attuazione dello scambio, particolare attenzione sarà dedicata, nel presente lavoro, soprattutto alla disciplina relativa alla violazione *ante diem* e, più in generale, al pericolo di inadempimento, contenuta nel BGB.

L'opportunità di guardare all'ordinamento tedesco è stata da sempre avvertita dai giuristi italiani: nonostante la sua "ascendenza francese", il nostro codice civile ha subito infatti una significativa influenza dalla codificazione germanica ed, in particolare, dalla dogmatica pandettistica che ne ha preceduto la redazione¹⁹⁶. Per comprendere il

¹⁹⁵ V. *infra*.

¹⁹⁶ Così G. CIAN, *Il BGB e la civilistica italiana. Attualità e ragioni di un confronto*, in *I cento anni del codice civile tedesco. In Germania e nella cultura giuridica italiana. Hundert Jahre Bürgerliches Gesetzbuch. In Deutschland und in der italienischen Rechtskultur*, Padova, 2002, 14. Sull'incidenza del BGB ed, in particolare, del diritto delle obbligazioni tedesco sulla disciplina dei rapporti obbligatori

sistema giuridico italiano odierno non si può, quindi, prescindere dall'analisi di quella che ha costituito, molto probabilmente, la fonte principale di implementazione della discussione dottrinale svoltasi intorno al codice del 1942.

L'opportunità di volgere lo sguardo all'ordinamento tedesco trova poi oggi ulteriore conferma nel riscontro della maggiore propensione di quel sistema ad adattarsi alle esigenze della società moderna ed a proporre soluzioni che, per la loro flessibilità, costituiscono un modello per un eventuale ripensamento della disciplina contenuta nel nostro codice¹⁹⁷.

Al riguardo va menzionata, in particolare, per quanto qui interessa, la svolta compiutasi, ormai più di un decennio orsono, sul piano del diritto delle obbligazioni, dove un intervento legislativo, tramutatosi in un evento singolare ed esemplare nel contesto europeo, ha profondamente riformato il sistema previgente¹⁹⁸.

Gli aspetti toccati dalla legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 2002 sono molti e su di essi si avrà modo di ritornare in prosieguo. Ciò che pare comunque opportuno segnalare sin da subito è appunto l'avvenuto inserimento, all'interno del BGB, di un'apposita ed esplicita disciplina del fenomeno dell'inadempimento *ante diem*.

Il riferimento è, innanzitutto, al già menzionato § 323, comma 4°, BGB che nella sua versione attuale prevede la possibilità per il creditore di dichiarare il recesso (o

contenuta nel codice civile del 1942, G. GABRIELLI, *Riflessi del diritto delle obbligazioni tedesco sul diritto italiano*, negli *Studi in memoria di Maria Luisa Corbino*, Milano, 1999, 281 ss., il quale sottolinea che “la ragione dell’innegabile accostamento italiano al modello tedesco [...] è da cercarsi [...] in una propensione intellettuale del ceto dei giuristi accademici, che in Italia si formavano, nei primi decenni di questo secolo, mentre veniva preparandosi il codice civile del 1942, essenzialmente su fonti dottrinali tedesche”. Così anche L. MENGONI, *Le obbligazioni*, in *I cinquant’anni del codice civile*, Atti del Convegno di Milano, I, Milano, 1993, 241, secondo il quale “il titolo delle obbligazioni in generale [...] risponde”, fra l’altro, “a un ideale scientifico di astrazione concettuale, appreso dalla rigorosa lezione sistematica della pandettistica”. Cfr. R. SACCO, *Il contratto in generale*, *ivi*, 209, secondo il quale, tuttavia, il codice italiano del 1942 avrebbe semplicemente esposto “in linguaggio germanizzante la tradizione operativa francese, già legittimata in Italia attraverso il codice del 1865”. In generale, per l’influenza del BGB sulle codificazioni europee, v. R. ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligation. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, New York, 2005, 29.

¹⁹⁷ V. ancora G. CIAN, *Relazione introduttiva*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Atti del Convegno svoltosi a Ferrara il 7.-8.3.2003, a cura di G. CIAN, *cit.*, 12 e 30, nonché, con il diverso titolo *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 4 e 18 (da cui le successive citazioni). Sul punto, seppur in tono critico, C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 1 ss., secondo cui “è questa una stagione nella quale la scienza giuridica germanica, memore di un grande passato che si identifica però con la dogmatica, è costretta a fare i conti con una realtà globalizzata nella quale la dogmatica appare sempre più un lusso”. Per quanto riguarda, in particolare, la riforma del diritto delle obbligazioni del 2002 (su cui v. *infra*), essa sarebbe, secondo l’A., “molto lontana [...] dalle linee più vivide lungo le quali si è snodato il dibattito nella stessa dottrina tedesca”.

¹⁹⁸ Si tratta, come si è avuto modo di precisare più sopra, della c.d. “Legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni” o “*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*”.

“Rücktritt”) dal contratto ogniquale sia chiaro che subentreranno, alla scadenza, i presupposti per l’esperienza di tale rimedio.

Ma a completare la disciplina dell’inadempimento anticipato soccorre, come si vedrà, anche la nuova eccezione di pericolo, disciplinata dal § 321 BGB¹⁹⁹.

Alle già menzionate ragioni che depongono per l’opportunità di procedere ad un’analisi dell’ordinamento tedesco, se ne aggiunge quindi un’altra: a differenza del nostro codice, il quale nulla dice sul problema della risoluzione per inadempimento prima del termine, e che prevede la possibilità di sollevare l’eccezione dilatoria entro i limiti dell’art. 1461 cod. civ., il BGB dedica, nella sua versione attuale, un’esplicita e completa regolamentazione al fenomeno del pericolo del futuro inadempimento e ai rimedi contro il medesimo esperibili; sicché esso merita, già per ciò solo, un’attenzione particolare ai fini della presente indagine.

La figura dell’inadempimento *ante diem* non trovava invero espressa regolamentazione nella versione originaria del BGB²⁰⁰. Risultato di impostazioni e concezioni teoriche risalenti alla pandettistica, il codice germanico “risentiva delle sue radici storiche e dogmatiche”²⁰¹: esso continuava, pertanto, ad attribuire centralità al principio dell’obbligatorietà del contratto, proprio della tradizione dalla quale era scaturito, ed a sancire la primazia dell’adempimento in natura e della coercibilità in forma specifica dell’obbligo²⁰².

¹⁹⁹ In generale, sul nuovo § 321 BGB, P. HUBER, in *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, von P. HUBER, F. FAUST, München, 2002, 180 ss.; H.P. WESTERMANN, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar* herausgegeben von H.P. WESTERMANN, I, Köln, 2011, sub § 321, 1487 ss.; V. EMMERICH, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II, Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, herausgegeben von W. KRÜGER, München, 2007, sub § 321, 1896 ss. In lingua italiana: F. PADOVINI, *L’eccezione di pericolo di inadempimento (Unsicherheitseinrede)*, cit., 267 ss.; F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi*, 2, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, 424 ss. Per la disciplina tedesca ante-riforma, v.: J. FISCHER, *Die Unsicherheitseinrede. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Rechte eines Vertragspartners bei Vermögensverschlechterung der anderen Partei zum deutschen und US-amerikanischen Recht sowie zu den Einheitlichen Kaufrechten*, cit., *passim*. Per ulteriori riferimenti, v. *infra*.

²⁰⁰ Per un’analisi storica dell’istituto, v. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 78 ss.

²⁰¹ Per il retroterra storico-culturale della codificazione germanica, v.: H. HOFFMANN-BURCHARDI, *Die geschichtlichen Grundlagen der Vorschriften des BGB über Leistungsstörungen bei gegenseitigen Verträgen*, (§§ 323-327), Münster, 1974, 12 ss.; A. MAZZACANE, voce “Pandettistica”, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 598 ss.; A. DI MAJO, *La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale*, in *Riv. dir. crit. dir. priv.*, 1983, 169, il quale parla di una “singolare vocazione” del diritto tedesco delle obbligazioni: “a diretto contatto con la gloriosa tradizione della Pandettistica e con le non poche infiltrazioni di matrice giusnaturalistica [...] lo *Schuldrecht* ha costituito”, come sottolinea l’A., “il gioiello” del codice del 1900, “siccome parte più rappresentativa di quel «positivismo scientifico» che annovera tra i suoi padri il nome di un Windscheid”. Cfr. G. GABRIELLI, *Riflessi del diritto delle obbligazioni tedesco sul diritto italiano*, cit., 283

²⁰² Il diritto tedesco risultava così ispirato, nel suo impianto originario, ad un principio diverso rispetto a quello angloamericano, il quale – com’è noto - mostra tuttora diffidenza verso lo strumento della *specific performance*, tendendo a privilegiare, di contro, tecniche di tutela aventi natura risarcitoria. Cfr. E.

Mancava nel BGB del 1900 una disposizione volta a consentire alla parte *in bonis* di sciogliersi immediatamente dal contratto nei casi di anticipata lesione del sinallagma contrattuale.

Mancava, inoltre, nel testo originale del codice germanico, la previsione di una generale eccezione di insicurezza, invocabile nei casi di pericolo di un futuro inadempimento: al pari del nostro art. 1461 cod. civ., il § 321 BGB (vecchio testo), che regolava la c.d. eccezione di peggioramento (o “*Verschlechterungseinrede*”), legittimava infatti il contraente a sollevare l’eccezione dilatoria ivi prevista nei soli casi in cui fosse intervenuto un mutamento nelle condizioni patrimoniali dell’altro contraent. Esso non era pertanto suscettibile di trovare applicazione – a differenza del nuovo § 321 BGB – ove il pericolo circa il conseguimento della controprestazione fosse dovuto all’assenza della capacità d’adempire (o “*mangelnde Leistungsfähigkeit*”) della controparte.

In assenza di un’espressa regolamentazione legislativa, la questione relativa all’individuazione dei mezzi di reazione a disposizione del creditore nelle situazioni di pericolo, o addirittura di certezza, di un futuro inadempimento era rimessa così, in definitiva, alla dottrina e alla giurisprudenza.

Il compito affidato agli interpreti, di inquadrare il fenomeno dell’inadempimento anticipato e di individuare gli strumenti di tutela contro lo stesso invocabili, non era peraltro di agevole assolvimento: incentrato sulla “secca alternativa” tra impossibilità, da un lato, e mora, dall’altro, considerate quali uniche espressioni di inattuazione del rapporto obbligatorio²⁰³, il sistema della responsabilità contrattuale delineato nella versione originaria del BGB non conosceva, infatti, una figura generale di inadempimento tale da ricomprendere “turbative” (o “patologie”) concernenti l’esecuzione della prestazione diverse dalle due espressamente contemplate²⁰⁴. Di qui la

RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., 375; M. RHEINSTEIN, *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht*, cit., 138 s.; H.G. LESER, *Die Erfüllungsverweigerung. Ein Typ der Leistungsstörungen*, cit., 644 ss.

²⁰³ Per quanto riguarda, in particolare, l’impossibilità, essa veniva contemplata dal BGB sia come causa di liberazione del debitore dall’obbligo di prestazione sia, ove a lui imputabile, come presupposto della sua responsabilità. Per le origini della disciplina dell’impossibilità, si veda F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, I, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853, 1 ss., 212. Cfr. per l’influenza dell’opera di Mommsen sulla disciplina dell’impossibilità contenuta nel BGB, C. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen*, Köln, Wien, 1970, 1 ss., 123 ss.

²⁰⁴ Per un’analisi del sistema delle *Leistungsstörungen* prima della riforma del diritto delle obbligazioni, si rinvia a K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, cit., 486. Per la versione italiana, v. ID., *Introduzione al diritto comparato, II, Istituti*, edizione italiana a cura di A. DI MAJO E A. GAMBARO, cit. (edizione del 2011), 208 ss. V. anche D.

difficoltà di dare una precisa sistemazione, oltreché alla figura della violazione anticipata, anche e più in generale a tutte le fattispecie di inadempimento non direttamente riconducibili a quelle dell'impossibilità e del ritardo²⁰⁵.

Si comprende, quindi, il particolare bisogno avvertito dal legislatore tedesco di intervenire sulla disciplina contenuta nella codificazione del 1900 e di dare un'espressa regolamentazione alla pluralità di figure elaborate in sede pretoria per colmare la lacuna legislativa, fra le quali vi era anche quella dell'inadempimento *ante diem*.

La nuova disciplina sull'inadempimento prima del termine introdotta nel BGB, senz'altro apprezzabile e degna di attenzione, pone comunque più di qualche problema dal punto di vista sistematico.

In primo luogo, la generica formulazione del § 323, comma 4°, BGB non pare aver risolto i dubbi connessi alla corretta individuazione dei presupposti per l'esperimento del rimedio risolutorio *ante diem*. Ne deriva la persistente incertezza in ordine alla corretta individuazione dell'ambito operativo della citata disposizione e, in particolare, alla delimitazione dello stesso rispetto a quello del riformulato § 321 BGB.

In seconda istanza, non è chiaro quale sia il rapporto del nuovo § 323, comma 4°, BGB con talune altre figure esplicitamente previste e disciplinate dal BGB. In

MEDICUS, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München, 2000, 144 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1987, 275 ss.; P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1997, 133 ss.; E. MOLITOR, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München und Berlin, 1963, 52 ss.; A. BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin und Frankfurt a.M., 1969, 117 ss., 131 ss., 147 ss., 214 ss.; H. BROX, *Allgemeines Schuldrecht*, München, 1987, 124 ss.; P. OERTMANN, *Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Zweites Buch, Schuldrecht, I, Allgemeine Lehren*, Leipzig, 1907, 29 ss. e 46 ss.; H. SIBER, *Schuldrecht*, Leipzig, 1931, 78 ss.; H. TITZE, *Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse*, in *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, fondata da F. VON LISZT e W. KASKEL, a cura di E. KOHLRAUSCH, H. PETERS e A. SPIETHOFF, *Abteilung Rechtswissenschaft*, a cura di E. KOHLRAUSCH e H. PETERS, VIII, Berlin, 1932, 69 ss.; J.W. HEDEMANN, *Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, in *Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, Band 2*, Berlin, 1949, 94 ss.; W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlin, New York, 1992, (nonché l'ultima edizione precedente alla riforma del 1997), 207 ss.; J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 2*, Heidelberg, 1999, 51 ss. ed, in particolare, 109 ss., nonché 1984, 405 ss.; U. HUBER, *Leistungsstörungen, I, Die allgemeinen Grundlagen – Der Tatbestand des Schuldnerverzugs – Die vom Schuldner zu vertretende Umstände*, in *Handbuch des Schuldrechts*, herausgegeben von J. GERNHUBER, IX/1, Tübingen, 1999, nonché *Leistungsstörungen, II, Die Folgen des Schuldnerverzugs – Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit*, ivi, IX/2; E. VON CAEMMERER, *Das deutsche Recht und die Rechtsvergleichung. Zum Tode vom Ernst Rabel*, in *NJW*, 1956, 569 ss. In lingua italiana: C.-W. CANARIS, *Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB*, in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, 2002, 294 ss.; D. MEMMO, *Il modello tedesco*, nell'*Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. GALGANO, con l'assistenza di F. FERRARI, Tavola 10, *La responsabilità per inadempimento contrattuale*, Bologna, 1992, 120 ss.

²⁰⁵ K. FRIEDRICH, *Der Vertragsbruch*, in *AcP*, (178) 1978, 468 ss.; W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit. (edizione del 1997), 215, Rn. 311 ss.; H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 86; K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, cit. (edizione del 2011), 208. V. anche A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, cit., 361 s.; D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. Impr. Europa*, 2004, 799 s.

particolare, ci si chiede quale sia il residuo ambito di applicazione della regola contenuta nella suddetta disposizione, soprattutto in considerazione dell'esistenza di norme quali quella del § 324 BGB, il quale disciplina la risoluzione per violazione di uno dei doveri di cui al § 241, comma 2°, BGB; o quella del § 326 BGB, contenente la regolamentazione della risoluzione per impossibilità della prestazione imputabile al debitore.

In assenza di un'esplicita previsione in tal senso, resta da chiarire, infine, se spetti o no alla parte *in bonis*, la quale abbia motivo di ritenere che subentrerà un inadempimento alla scadenza, oltre al diritto allo scioglimento immediato del contratto, anche la facoltà di avanzare nei confronti della controparte una pretesa risarcitoria; e ciò anche a prescindere dalla violazione di uno dei doveri di cui al § 241, comma 2°, BGB (la cui risarcibilità è ammessa ai sensi del § 282 BGB)²⁰⁶.

4.5. SEGUE: TUTELA CONTRO IL PERICOLO DI INADEMPIMENTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.

L'analisi della disciplina tedesca e delle ragioni che hanno condotto all'elaborazione e alla positivizzazione di regole esplicitamente dedicate all'inadempimento anticipato, così come la soluzione del delicato problema relativo all'esatta portata e collocazione di tali regole all'interno dell'odierno sistema delle “*Leistungsstörungen*” e della responsabilità contrattuale, saranno volte a stabilire, anche attraverso un confronto con le soluzioni offerte dal nostro codice o costruite a partire dalla disciplina in esso contenuta, se sussista o no, pure nel nostro ordinamento, la necessità di un intervento diretto ad introdurre una o più disposizioni del tenore di quelle introdotte nel BGB in occasione della “*Schuldrechtsmodernisierung*”.

L'esigenza di regolare espressamente l'istituto dell'inadempimento prima del termine, avvertita dal legislatore tedesco, non è infatti ancora emersa, con eguale intensità, nel nostro sistema, dove la questione sottesa all'individuazione del momento cronologico dell'inattuazione continua ad essere affrontata a margine del più ampio dibattito sull'ammissibilità della funzione integrativa della regola generale di buona fede, e dove si tende, di conseguenza, ad identificare l'inadempimento anticipato con

²⁰⁶ Al riguardo, si rinvia alle osservazioni svolte *infra*.

una violazione attuale dei doveri accessori, venutasi a realizzare in un momento anteriore alla sopravvenuta esigibilità della prestazione principale²⁰⁷.

In particolare, continua a mancare, all'interno del diritto positivo italiano, una disposizione analoga a quella del § 323, comma 4°, BGB, diretta a regolare in termini generali il problema dell'inadempimento anticipato e a consentire l'immediata dichiarazione di scioglimento del contratto anche a prescindere dal riscontro di una violazione attuale del sinallagma e sol che appaia certo un successivo subentro dei presupposti per l'esperimento del rimedio risolutorio.

Come si avrà modo di vedere, l'assenza di una siffatta disposizione non può essere letta in senso negativo, come esclusione, cioè, di una tutela del contraente fedele di fronte al pericolo o, addirittura, alla certezza di un futuro inadempimento (sempreché di una tale certezza possa parlarsi prima della scadenza del termine fissato per l'attuazione del rapporto). Non solo o non tanto perché una tale soluzione non terrebbe conto dell'evoluzione sovranazionale né della coesistenza, accanto a quella codicistica, di una disciplina, rappresentata dalla Convenzione di Vienna, favorevole a riconoscere anticipatamente inadempiente il debitore, ma anche perché esistono nel vigente sistema interno una serie di indici normativi, i quali potrebbero, a ben vedere, costituire altrettanti punti di emersione di un principio di portata più generale.

Quanto al diritto positivo comune, emerge dall'analisi delle disposizioni contenute nel nostro codice civile che sono concessi al creditore il quale abbia motivo di temere un futuro inadempimento innanzitutto i c.d. rimedi a carattere sospensivo-dilatorio (v., ad esempio, l'art. 1461 cod. civ.) e cautelare (artt. 2900 ss. cod. civ.).

A tali strumenti di tutela si aggiungono quello della decadenza dal beneficio del termine di cui all'art. 1186 cod. civ. nonché – secondo parte degli interpreti – quello della mora automatica previsto dall'art 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ.

Accanto ai rimedi di natura conservativa il codice civile prevede, inoltre, seppur solo con riferimento a talune ipotesi contrattuali, la possibilità per il creditore di attivare un meccanismo volto a provocare lo scioglimento del rapporto in pendenza del termine adempitorio (cfr. artt. 1662 e 2224 cod. civ.).

²⁰⁷ In giurisprudenza, di recente CASS., 21.12.2012, n. 23823, cit., secondo la quale l'inadempimento può essere anticipato rispetto alla data prevista per l'esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione, ove il debitore, in violazione dell'obbligo di buona fede e lealtà nell'esecuzione del contratto, tenga un comportamento tale da rendere antieconomico o impossibile la prosecuzione del rapporto. Per ulteriori riferimenti, v. *infra*.

Come si avrà modo di vedere, è però soprattutto nell'ambito delle procedure concorsuali che il nostro ordinamento dedica speciale attenzione alla sorte dei rapporti contrattuali pendenti attraverso la predisposizione di un sistema rimediale che, nel tentativo di governare efficacemente le conseguenze dell'insolvenza, contempla diverse opzioni alternative, che vanno dalla continuazione, alla sospensione e allo scioglimento del vincolo²⁰⁸ (cfr. art. 50 d.lgs. n. 270/1999²⁰⁹; art. 169-bis l. fall.²¹⁰).

In dottrina si è così di recente sottolineata l'esistenza, almeno sul piano positivo formale, di una dicotomia fra il c.d. "diritto nella crisi dell'impresa", con riferimento al quale si è tentato – attraverso alcune recenti novelle – di provvedere ad un'equilibrata gestione dell'inadempimento, ed il diritto del (mero) rapporto contrattuale, in relazioni al quale sono mancati, invece, finora appositi interventi legislativi volti a dare "sfogo positivo" alle indicazioni provenienti dal diritto sovranazionale così come dalle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza, le quali – a differenza del legislatore – hanno ormai da tempo avvertito l'esigenza di predisporre strumenti di tutela adeguati a governare l'inadempimento anteriore alla scadenza del termine²¹¹.

Si è espresso, pertanto, l'auspicio che una prossima novella possa trovare "un punto di equilibrio" fra le due discipline, predisponendo, anche nell'ambito del diritto positivo comune, un sistema rimediale idoneo a governare adeguatamente il fenomeno della violazione *ante diem*²¹².

Anche se, va aggiunto, in assenza (ed in attesa) di un apposito intervento legislativo, è bene domandarsi se, *de iure condito*, una quantomeno parziale disciplina della fattispecie in esame sia ricavabile già oggi dall'insieme delle disposizioni sopra citate: se interpretate in maniera coerente, queste potrebbero, infatti, prestarsi ad una

²⁰⁸ V. F. PADOVINI, *L'inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 95 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in www.juscivile.it, 2014, 30 ss.

²⁰⁹ L'art. 50 del d.lgs. n. 270 del 1999, dedicato all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi prevede la possibilità per il commissario straordinario di sciogliersi dai contratti ineseguiti o in corso di esecuzione all'apertura dell'amministrazione straordinaria, precisando però allo stesso tempo che fino a quando la facoltà di scioglimento non è esercitata, il contratto continua ad avere esecuzione.

²¹⁰ L'articolo è stato introdotto con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134, intervenuto sulla disciplina dedicata al concordato preventivo e prevede la possibilità che il debitore nel ricorso di cui all'art. 161 chieda che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso. L'articolo aggiunge, poi, che su richiesta del debitore possa essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni prorogabili una sola volta.

²¹¹ F. PADOVINI, *L'inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 95 ss.

²¹² F. PADOVINI, *L'inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 95 ss.

ricostruzione sistematica della figura²¹³ – forse non compiuta, ma comunque appagante, soprattutto se integrata attraverso un corretto esercizio dell'autonomia contrattuale²¹⁴.

5. RIEPILOGO.

Pare opportuno ricapitolare brevemente le osservazioni sin qui svolte.

Nel primo capitolo è stato delineato il problema oggetto del presente studio.

È stata sottolineata la possibilità (tutt'altro che infrequente) che, in presenza di un contratto ad esecuzione differita, l'inadempimento di una delle parti sia (o appaia) certo o quantomeno altamente probabile prima ancora che la prestazione sia in concreto esigibile.

Ove ciò accada, si tratta di capire quali siano i rimedi esperibili dalla parte la quale abbia ragione di dubitare della futura inattuazione del rapporto contrattuale. In particolare, si pone il problema di stabilire se il contraente fedele possa risolvere anticipatamente il contratto nonostante il termine previsto per l'adempimento non sia ancora scaduto.

Una soluzione a siffatta questione interpretativa è offerta dalla dottrina dell'"*anticipatory breach of contract*", elaborata nei sistemi di *common law*, dove la possibilità per il contraente fedele di risolvere prima del tempo il contratto è regola ampiamente riconosciuta tanto in dottrina ed in giurisprudenza quanto sul terreno del diritto positivo.

Ben maggiori sono le difficoltà che la risposta al quesito relativo alla configurabilità di un inadempimento prima del termine e della tutela risolutoria anticipata presenta per il giurista europeo continentale.

Sono stati appunto i problemi riscontrati dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'inquadrare il fenomeno a convincere taluni legislatori europei a recepire nel proprio diritto interno regole appositamente dedicate alla soluzione dei casi riconducibili all'ampia fattispecie dell'inadempimento anticipato.

²¹³ A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 318 s., il quale non sembra condividere l'opinione di chi ritiene di poter registrare una lacuna normativa nel nostro sistema ed afferma, di conseguenza, la "necessità di procedere ad un suo superamento attraverso il ricorso a tecniche integrative di natura analogica o, quantomeno, ad un'interpretazione sistematica capace di garantire il superamento del legame tra il rimedio perentorio e l'inadempimento". In particolare, secondo l'A. dimostrerebbero che "l'istituto della risoluzione anticipata è già regolato dal dettato normativo preesistente alla CISG" sia la portata precettiva degli artt. 1564, 1662 e 2224, come pure la regolamentazione dell'impossibilità sopravvenuta. "Il processo di astrazione sul punto operato dall'art. 72, 1° co., CISG non" avrebbe pertanto "significativi riflessi di natura applicativa, così da legittimare l'esercizio del rimedio anche laddove, in assenza della Convenzione, questo sarebbe stato escluso".

²¹⁴ Sul punto, v. *infra*.

Un'ulteriore e definitiva spinta verso l'incorporazione di tali regole nei testi normativi nazionali è stata impressa dagli sviluppi del diritto di matrice europea (e globale).

La lettura delle disposizioni contenute nei corpi di diritto uniforme nonché nei codici che hanno recepito l'istituto dell'inadempimento *ante diem* consente di individuare, precisamente, due rimedi principali contro il pericolo di una futura violazione contrattuale: accanto al diritto di risolvere immediatamente il contratto è prevista altresì la possibilità per la parte *in bonis* di sospendere innanzitutto l'esecuzione della propria prestazione e di procedere allo scioglimento del contratto solo ove l'altro contraente non provveda a prestare adeguate assicurazioni.

Per quanto riguarda l'Italia, manca nel nostro ordinamento una norma volta a regolare in termini generali l'istituto dell'inadempimento prima del termine. Ciò non significa ad ogni modo l'esclusione di qualsiasi tutela del contraente fedele nella fase di pendenza, come dimostra la pluralità degli indici normativi ricavabili dal codice civile e non solo.

In prosieguo si cercherà di capire se le disposizioni esistenti nel nostro ordinamento consentano una quantomeno provvisoria ricostruzione sistematica della figura dell'inadempimento prima del termine; o se si debba, per converso, concludere che l'unica via per adeguare il sistema italiano allo *standard* che va affermandosi a livello europeo e sovranazionale sia quella di intervenire riformando il diritto vigente.

CAPITOLO II
INADEMPIMENTO ANTICIPATO
NELLA CONVENZIONE DI VIENNA
SULLA VENDITA INTERNAZIONALE DI BENI MOBILI

1. Regolazione dell'istituto dell'inadempimento anticipato nella legge uniforme (artt. 71 ss. CISG): paradigma di riferimento. - 2. Presupposti per lo scioglimento anticipato del contratto: essenzialità e certezza della futura violazione contrattuale (art. 72, comma 1°, CISG). - 3. Significato della nozione di "certezza" e livello di evidenza richiesto ai fini della risoluzione anticipata: rapporto con l'eccezione dilatoria *ex* art. 71 CISG. - 3.1. Portata dell'*iter* descritto dall'art. 72, comma 2°, CISG: certezza della futura violazione quale risultato di un procedimento volto alla sua costituzione. - 3.1.1. Segue: affinità con i rimedi contemplati dal codice civile italiano (artt. 1662, 2224, 1454 e 1482 cod. civ.). - 3.2. Congegno comunicatorio *ex* art. 72, comma 2°, CISG: differenze rispetto al meccanismo di cui all'art. 71, comma 3°, CISG. - 3.3. Derogabilità del procedimento di cui all'art. 72, comma 2°, CISG: "insufficienza del tempo". - 3.3.1. Segue: rifiuto di adempiere reso prima della scadenza del termine (art. 72, comma 3°, CISG). - 3.3.2. Segue: ambito di operatività dell'art. 72, comma 3°, CISG e nozione di rifiuto. - 3.3.3. Segue: riconducibilità all'art. 72, comma 3°, CISG delle manifestazioni d'impossibilità di adempiere. - 4. Inadempimento anticipato nei contratti a consegne ripartite (art. 73, comma 2°, CISG). - 5. Riepilogo.

1. REGOLAZIONE DELL'ISTITUTO DELL'INADEMPIMENTO ANTICIPATO NELLA LEGGE UNIFORME (ARTT. 71 SS. CISG): PARADIGMA DI RIFERIMENTO.

Particolare attenzione nell'ambito di un'analisi della tutela sinallagmatica anticipata meritano, come precisato, le disposizioni contenute nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili: il testo di diritto uniforme dedica alla figura del c.d. "*anticipatory breach*" una pluralità di disposizioni (cfr. artt. 71-73 CISG), dalle quali emerge una disciplina variegata ed elastica, idonea ad offrire al contraente interessato strumenti con cui reagire alla violazione anticipata e tali da consentire un ragionevole bilanciamento fra gli opposti interessi in gioco¹.

Nella CISG viene riprodotta, segnatamente, la descrizione dei presupposti per l'immediato scioglimento del contratto contenuta nell'art. 76 ULIS². Al pari della norma inserita nel testo della Convenzione dell'Aja del 1964³, l'art. 72 CISG⁴ fonda

¹ Così, in particolare, F. PADOVINI, *Inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, in *Crisi finanziari e categorie civilistiche*, a cura di G. ALPA e E. NAVARRETTA, Milano, 2015, 95 ss.

² Per il testo di tale disposizione e per gli ulteriori precedenti, si veda il capitolo I.

³ Su cui, v. *supra*.

⁴ Il testo dell'articolo è stato già riprodotto nel capitolo I.

infatti la risoluzione *ante diem* sul riscontro di una situazione di “chiarezza” o “certezza” circa il verificarsi di un futuro inadempimento essenziale⁵.

Al contempo, la disposizione contenuta nella Convenzione di Vienna si discosta, tuttavia, sotto taluni profili da quella di cui all’art. 76 ULIS.

In particolare, l’art. 72 CISG costituisce, nella sua formulazione attuale, una soluzione di compromesso, ispirata all’esigenza di tener conto dei vari contributi apportati nel corso dei lavori preparatori dai rappresentanti dei diversi paesi partecipanti⁶.

Mediante la “procedimentalizzazione” della tutela risolutoria, che, ai sensi dell’art. 72, comma 2°, CISG, non può trovare ingresso se non a seguito della comunicazione da parte del creditore dell’intenzione di risolvere il contratto e della

⁵ L’esigenza di ricollegare lo scioglimento anticipato del contratto alla sussistenza di un presupposto oggettivo, idoneo a ricomprendere anche le ipotesi di impossibilità anticipata della prestazione, fu manifestata, all’atto dell’approvazione dell’ultima versione della ULIS, dai rappresentanti greci. La proposta, appoggiata anche dalla delegazione ungherese, fu inizialmente respinta dalla Commissione. Sul punto, v., ad esempio, H.G. LESER, in *Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964*, herausgegeben von H. DÖLLE, München, 1976, sub art. 76, 483 s., Rn. 1 ss. In generale, per la disciplina della risoluzione del contratto e del risarcimento del danno nella Convenzione dell’Aja, v. H. WEITNAUER, *Vertragsaufhebung und Schadensersatz nach dem Einheitlichen Kaufgesetz und nach geltendem deutschem Recht*, in *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrechts der Universität Heidelberg*, herausgegeben von E. WAHL, R. SETICK, H. NIEDERLÄNDER, Heidelberg, 1967, 71 ss. (cui si rinvia anche per un confronto con la disciplina contenuta nella versione originaria del BGB). Come si vedrà, nel corso dei lavori preparatori alla CISG la necessità di limitare il ricorso alla risoluzione anticipata alle sole ipotesi di inadempimento ascrivibile ad una condotta (illecita) del debitore fu riaffermata dalla delegazione statunitense. La proposta, che traeva chiaramente ispirazione dall’esperienza giurisprudenziale angloamericana (v. *supra*), fu tuttavia respinta, sicché nella versione attuale l’art. 72 CISG è idoneo a trovare applicazione sia nelle ipotesi in cui la compromissione del sinallagma sia dovuta ad una causa imputabile al debitore sia in quelle in cui la lesione dell’interesse debitorio derivi da un’impossibilità anticipata della prestazione. Per un’analisi storica della disciplina uniforme sulla vendita, v. P. SCHLECHTRIEM, *Bemerkungen zur Geschichte des Einkaufsrechts*, in *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, Baden-Baden, 1987, 27 ss.; J. HONNOLD, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Deventer, Boston, 1989. V. anche, per una recensione, A.H. KRITZER, “Book review”. *Honnold, Documentary History of the Uniform Law for International Sales (Kluwer, 1989)*, in *Cornell Int’l L.R.*, (22) 1989, 59 ss.

⁶ V. P. SCHLECHTRIEM, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, in *Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. Und 20. November 1984*, herausgegeben von Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, Zürich, 1985, 157 s., spec. 158; ID., *Einheitliches UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über internationale Warenkaufverträge: Darstellung und Texte*, Tübingen, 1981, 88 s.; F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, 125, che sottolinea come dall’analisi dei lavori preparatori della CISG si evinca quasi sempre la natura compromissoria delle soluzioni in essa presenti, le quali risultano appunto “ispirate all’esigenza di tener conto dei contributi arrecati dai rappresentanti delle diverse culture giuridiche mondiali”. In generale, sul contributo dei paesi in via di sviluppo, si veda L.G. CASTELLANI, *Il contributo dei Paesi in via di sviluppo al diritto uniforme: una quantità négligeable?*, in *Dir. comm. int.*, 2001, 103 ss. Per quanto riguarda, in particolare, la discussione svoltasi intorno all’istituto dell’inadempimento anticipato, si veda p. 109 ss., nonché M.G. STRUB, *The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries*, in *I.C.L.Q.*, 1989, 475 ss.

mancata concessione di idonee garanzie da parte del debitore, si è cercato, ad esempio, di assecondare le richieste della delegazione egiziana la quale, preoccupata delle conseguenze che un esercizio arbitrario del rimedio avrebbe potuto avere per la parte contrattuale debole (non di rado esponente di un Paese in via di sviluppo), aveva più volte sottolineato la necessità di ancorare l'attivazione della tutela risolutoria anticipata ad una situazione oggettivamente valutabile ed accertabile⁷.

Il legislatore non ha comunque ritenuto di dover accogliere la proposta, avanzata dai rappresentanti egiziani, di far confluire le due previsioni, contenute rispettivamente negli artt. 73 e 76 ULIS, in una sola disposizione normativa, la quale fondasse l'ingresso dei due rimedi – *i.e.* di quello dilatorio e di quello risolutorio – sulla medesima circostanza, costituita dalla certezza del futuro inadempimento⁸: è prevalsa

⁷ Cfr. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, 270; S.K. DATE-BAH, *The Convention on the International Sale of Goods from the Perspective of the Developing Countries*, in *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure, 26.-28.9.1980*, Milano, 1981, 35 s.; H.T. BENNETT, in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, edited by C.M. BIANCA and M.J. BONELL, Milano, 1987, sub art. 72, 526 s., Rn. 1.7; L.G. CASTELLANI, *Il contributo dei Paesi in via di sviluppo al diritto uniforme: una quantité négligeable?*, cit., 110 s.

⁸ Nel corso dei lavori preparatori fu messa in evidenza, in particolare, l'esigenza di evitare che il ricorso alla tutela dilatoria anticipata potesse fondarsi su mere valutazioni soggettive della parte contrattuale più forte. Una siffatta preoccupazione trovava giustificazione nella formulazione dell'art. 73, comma 1°, ULIS che, nel consentire al creditore di sospendere l'esecuzione della propria prestazione ove egli avesse fondati motivi di credere che il debitore non avrebbe adempiuto una parte essenziale delle proprie obbligazioni, e ciò anche ove quest'ultimo fosse in realtà disponibile a concedere adeguate garanzie, si prestava ad un uso essenzialmente ricattatorio da parte del contraente *in bonis*. Sul punto, v.: *United Nations Conference on Contract for the International Sale of Goods Vienna 10 March - 11 April 1980, Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meeting and the Meetings of the Main Committees*, New York, 1981, reperibile su internet alla pagina <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf>, *passim*, cui si rinvia per una migliore comprensione del contenuto e delle origini delle disposizioni contenute nella CISG, nonché per la discussione svoltasi intorno alla loro formulazione. Cfr., poi, H.T. BENNETT, in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, cit., sub art. 71, 514 ss., Rn. 1.2 ss.; A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 268; S.K. DATE-BAH, *The Convention on the International Sale of Goods from the Perspective of the Developing Countries*, cit., 33 ss. (secondo l'A., la disciplina contenuta nella Convenzione sarebbe risultata più vantaggiosa per il contraente debole ove i redattori avessero limitato le previsioni relative all'inadempimento anticipato alle regole dettate negli artt. 72 e 73 CISG che, a differenza dell'art. 71 CISG, presuppongono la sussistenza di *fatti*, e quindi non di mere apparenze, in ordine al verificarsi del futuro inadempimento); J. FISCHER, *Die Unsicherheitseinrede. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Rechte eines Vertragspartners bei Vermögensverschlechterung der anderen Partei zum deutschen und US-amerikanischen Recht sowie zu den Einheitlichen Kaufrecht*, Frankfurt a.M., 1988, 203 ss.; A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Commentario coordinato da C.M. BIANCA, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, sub art. 71, 287; F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 151, 157 ss. Nel senso che il diritto di sospensione si fonderebbe su un pericolo soggettivo ("*subjektive Gefährdung [...] aus Sicht des Käufers*"), con riferimento, tuttavia, all'art. 113 CESL, v. S. KEILER, in *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, München, 2014, sub art. 113, 586, Rn. 16, il quale – per arrivare a tale conclusione – pone l'accendo soprattutto su un dato letterale, e segnatamente sull'impiego, da parte del legislatore, del termine „*Annanhme*“. Cfr. M. FEHRENBACH, *ivi*, sub art. 133, 668, Rn. 9, secondo il quale la sussistenza dei presupposti per invocare la tutela *ex art.* 133 sarebbe da accertare sulla

così l'idea circa l'opportunità di preservare l'autonomia applicativa dei due strumenti di tutela la quale, si è osservato, sarebbe stata compromessa dall'appiattimento del loro ambito di operatività su un unico presupposto fattuale⁹.

L'eccezione di sospensione, regolata nell'art. 71 CISG, conserva pertanto un autonomo campo di applicazione rispetto al rimedio risolutorio di cui al successivo art. 72 CISG, trovando il proprio fondamento in una situazione di mero pericolo, e quindi di mera possibilità del futuro inadempimento¹⁰.

Il rifiuto dell'”assorbimento” delle due previsioni normative – relative rispettivamente al rimedio dilatorio ed a quello risolutorio – non ha costituito l'unico aspetto relativamente al quale i redattori non hanno ritenuto di dover dare seguito ai suggerimenti provenienti dalla delegazione egiziana. Con la “procedimentalizzazione” della tutela risolutoria essi hanno bensì perseguito l'obiettivo di impedire che lo scioglimento potesse divenire uno strumento utilizzabile liberamente dal contraente forte. Al fine di realizzare tale scopo non si sono tuttavia spinti al punto di generalizzare il procedimento delineato dall'art. 72, comma 2°, CISG, sì da renderlo applicabile a tutte le ipotesi di inadempimento anticipato. L'irrigidimento delle modalità di individuazione della certezza della futura inesecuzione non ha infatti riguardato la dichiarazione anticipata di non adempiere che, come emerge dall'art. 72, comma 3°, CISG, risulta di per sé idonea a determinare quell'evidenza della futura violazione che è presupposto indispensabile ai fini dell'immediato scioglimento del contratto.

La previsione di una regolamentazione specifica per le ipotesi in cui la lesione derivi da una comunicazione della volontà del debitore di non adempiere si ricollega a

base di un criterio obiettivo, come nell'ambito della legge uniforme: “*Ob der Grund zu der Annahme künftiger Nichterfüllung besteht, ist wie im Rahmen des CISG objektiv zu beurteilen*”. Così già ID., *Die Abhilfen des Verkäufers nach Artt. 131-139 GEKR*, in *Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, Eine Analyse des Vorschlages der Kommission*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, München, 2012, 457. Così, con riguardo all'art. 1461 cod. civ., B. CARBONI, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corresponsabilità delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 831.

⁹ Cfr. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 270; A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 71, 287, secondo il quale la scelta di “far confluire in un'unica disposizione la previsione concernente la sospensione e quella relativa alla risoluzione avrebbe probabilmente comportato la perdita dell'autonomia applicativa della norma sulla sospensione.

¹⁰ L'art. 72 CISG costituisce, invero, il naturale corollario di quella dettata dall'art. 71 CISG, essendo essa destinata ad operare nelle ipotesi in cui, per la diversa gravità degli indizi che fanno presumere il verificarsi di un futuro inadempimento, la mera sospensione dell'esecuzione del contratto non rappresenta un rimedio adeguato e soddisfacente a tutelare gli interessi del contraente fedele. V. G. SANTINI, *La sospensione e la risoluzione anticipate del contratto*, in *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure, 26.-28.9.1980, Milano, 1981, 247; V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, 118; F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 194.

sua volta all'esigenza di tenere in adeguata considerazione un suggerimento avanzato nel corso dei lavori preparatori, precisamente dalla delegazione statunitense, la quale evidenziò appunto l'opportunità di agganciare il rimedio della risoluzione anticipata, anziché ad una situazione di "certezza" del futuro inadempimento, alla manifestazione debitoria dell'intenzione di non adempiere¹¹.

Se è vero che la proposta americana ha certamente influenzato la formulazione finale della norma, va però altresì precisato che, diversificando la disciplina secondo che l'inadempimento derivi da una manifestazione debitoria della volontà di non adempiere o da altri fatti o atti idonei a compromettere l'attuazione del sinallagma, il legislatore internazionale si è in definitiva discostato da quella proposta ed in particolare dallo scopo dalla medesima perseguito, *i.e.* di estendere alla regolamentazione uniforme la concezione dell'istituto così come consolidatasi nella prassi giurisprudenziale angloamericana, dove il rifiuto, inteso non già come mera dichiarazione di non voler adempiere, ma, più in generale, come manifestazione oppositiva della parte infedele, tende ad assurgere a fondamento generale della tutela risolutoria anticipata ed è come tale idoneo a ricomprendere ogni situazione o comportamento che denoti l'assenza della volontà (o della possibilità) di adempiere del contraente¹².

Il campo di operatività del terzo comma dell'art. 72 CISG è venuto peraltro restringendosi, dietro la spinta degli interpreti, i quali ne hanno relegato l'applicabilità ai soli casi in cui l'atto oppositivo, ancorché non esplicito, assuma comunque i caratteri di serietà e definitività tali da far ritenere inutile l'attivazione del meccanismo di cui al comma secondo della medesima disposizione.

Di contro, la fissazione di un termine di grazia si considera necessaria – secondo l'impostazione ermeneutica citata – ogniquale volta la manifestazione debitoria sia tale da lasciare margini di dubbio in ordine alla futura esecuzione della prestazione dovuta e al conseguente soddisfacimento dell'interesse creditorio¹³. Sicché, in definitiva, l'immediata risoluzione del contratto deve ritenersi rimedio esperibile in via del tutto

¹¹ V. *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade*, V, New York, 1974, 68 (reperibile su internet alla pagina http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1974-e/yb_1974_e.pdf).

¹² Così, in particolare, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 271. Sul punto, anche per le ragioni che hanno portato i redattori a respingere la proposta statunitense, v.: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade*, cit., 41. L'art. 72 CISG fu in ogni caso accolto positivamente dai c.d. *common lawyers*. Sul punto, v., in particolare, E.A. FARNSWORTH, *The Convention on the International Sale of Goods from the Perspective of the Common Law Countries*, in *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, cit., 15 s., spec. 16: "To a common lawyer, at least to one from the United States, these provisions cannot help but seem worthy of commendation".

¹³ Per maggiori approfondimenti, v. *infra*.

residuale, atteggiandosi – compatibilmente con il principio della preferenza per la conservazione del vincolo propria dei sistemi di *civil law*¹⁴ – quale *extrema ratio* di fronte alla minaccia della futura violazione contrattuale¹⁵, quand’anche derivante da una dichiarazione o da un comportamento antidoveroso del debitore.

Si avrà modo di riflettere in seguito in ordine alla correttezza di una siffatta interpretazione dell’art. 72 CISG: se da un lato, infatti, il restringimento dell’ambito di applicazione del comma 3°, con sua conseguente inoperatività pure in presenza di una dichiarazione del debitore di non voler adempiere, la quale tuttavia non presenti i – non meglio definiti – caratteri di serietà e di definitività, risulta ragionevole o quantomeno comprensibile, dall’altro lato va notato come essa non risulti pienamente aderente alla lettera della disposizione che ricollega la legittimazione, ma al contempo anche l’onere (*ex art. 77 CISG* che prevede l’obbligo di ridurre i danni derivanti dall’inadempimento), di procedere allo scioglimento immediato del contratto alla “semplice” circostanza che l’altra parte abbia dichiarato di non voler più eseguire la prestazione promessa, senza quindi specificare quali debbano essere i caratteri della manifestazione oppositiva legittimante la risoluzione immediata del rapporto¹⁶.

2. PRESUPPOSTI PER LO SCIoglimento ANTICIPATO DEL CONTRATTO: ESSENZIALITÀ E CERTEZZA DELLA FUTURA VIOLAZIONE CONTRATTUALE (ART. 72, COMMA 1°, CISG).

Tanto premesso in ordine alle origini storiche e ai tratti salienti delle disposizioni citate, pare opportuno analizzare nel dettaglio le specifiche modalità attraverso le quali opera il sistema rimediabile predisposto dalla CISG contro l’inadempimento anteriore alla scadenza del termine.

Una delle principali difficoltà connesse all’operatività dell’istituto in esame consiste proprio nell’individuazione dei presupposti in presenza dei quali una lesione, seppur solo futura ed eventuale, possa considerarsi comunque idonea a legittimare l’ingresso immediato della tutela risolutoria.

Ebbene, è appunto tenendo conto della già evidenziata circostanza per la quale nei casi di inadempimento anticipato lo scioglimento è destinato ad operare anche in assenza di un’effettiva lesione, in fattispecie cioè che non integrano (ancora) una

¹⁴ Sul punto, si veda ancora le osservazioni svolte nel capitolo I.

¹⁵ Per il carattere residuale del rimedio dello scioglimento nella Convenzione di Vienna, v., fra tutti, M. TORSELLO, A. FRIGNANI, *Il contratto internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. GALGANO, 2010, 503 ss.

¹⁶ Sul punto, v. più approfonditamente *infra*.

violazione attuale e concreta, perlomeno non della prestazione tipica, che si comprende l'esigenza, emersa in sede di redazione dell'art. 72 CISG, di delineare con esattezza i requisiti cui subordinare l'esperibilità del rimedio ivi previsto¹⁷.

I redattori, consci dei rischi che corre colui il quale dichiara risolto il contratto nella convinzione del verificarsi di un inadempimento della controparte¹⁸, ma consapevoli al contempo dei facili abusi di un impiego strumentale dell'istituto, hanno stabilito così la necessità che – ai fini della risoluzione anticipata del contratto – il futuro inadempimento, oltre ad integrare un “*fundamental breach*”¹⁹, risulti altresì connotato dal requisito della “certezza”²⁰.

¹⁷ Cfr. A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 72, 292 s.; V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 130.

¹⁸ I rischi cui si fa riferimento sono legati in particolare alla possibilità che la dichiarazione anticipata di risoluzione risulti successivamente infondata, come potrebbe accadere, ad esempio, nell'ipotesi in cui la parte infedele, dopo aver dichiarato di non voler o poter adempiere, esegua comunque la prestazione dovuta entro il termine originariamente stabilito; oppure, nel caso in cui il debitore adempia pur avendo posto in essere *medio tempore* comportamenti incompatibili con la volontà di eseguire la prestazione (alienando, ad esempio, ad un terzo il bene oggetto del contratto); o ancora, dopo aver dimostrato attraverso il proprio contegno l'incapacità di eseguire la prestazione dedotta in obbligazione (si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui egli non adempia un'obbligazione assunta nei confronti di un altro soggetto). In tutti questi casi la dichiarazione anticipata di risoluzione, configurando a sua volta una violazione contrattuale, potrebbe legittimare l'altra parte, quella cioè che nonostante tutto ha eseguito la prestazione dovuta, ad esperire i rimedi contro l'inadempimento. Cfr. A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 72, 292; C. VON BAR, R. ZIMMERMANN, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht, Teile I und II*, München, 2002, sub art. 8:105, 447 s. Si avrà modo di vedere, comunque, che la parte *in bonis* non è priva di strumenti di tutela volti a reagire al comportamento contraddittorio di controparte. Il problema di fronte al quale il giudice si trova nell'ipotesi in cui siano ravvisabili potenziali inadempienze reciproche è di stabilire, mediante un “giudizio di comparazione in ordine al comportamento di ambedue le parti [...] quale di esse, con riferimento ai rispettivi interessi e alla oggettiva entità degli inadempimenti, si sia resa responsabile delle trasgressioni maggiormente rilevanti a causa del comportamento della controparte, nonché della conseguente alterazione del sinallagma”. Così, CASS. 4.11.2003, n. 16530, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, 966 ss.; in *Arch. civ.*, 2004, 1078; in *Gius.*, 2004, 940 s., nonché, da ultimo, in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, a cura di A. VENTURELLI, Torino, 2013, 378 ss.

¹⁹ Per poter esperire il rimedio risolutorio sarà necessario, in particolare, accertare l'essenzialità della violazione temuta. Il requisito dell'essenzialità deve essere riscontrato non solo nei casi in cui si voglia procedere anticipatamente alla risoluzione del contratto (cfr. art. 72, comma 1°, CISG; art. 73, comma 2°, CISG), ma più in generale ogniqualvolta il creditore intenda sciogliere il rapporto ancorché il termine previsto per l'esecuzione della prestazione a lui dovuta sia ormai scaduto e la violazione abbia assunto pertanto i caratteri di attualità (cfr. art. 49, comma 1°, lett. a, CISG; art. 51, comma 2°, CISG; art. 64, comma 1°, lett. a, CISG; art. 73, comma 1°, CISG). Il carattere essenziale dell'inadempimento ai sensi dell'art. 25 CISG non costituisce, per contro, presupposto per l'esperimento del rimedio della sospensione di cui all'art. 71 CISG. Così, ad esempio, R. HORNUNG, C. FOUNTOLAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, begründet von P. Schlechtriem, herausgegeben von I. SCHWENZER, München,-Basel, 2010, sub art. 71, 802, Rn. 13. V., tuttavia, A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 71, 286, secondo il quale anche ai fini della sospensione rileverebbe, in realtà, il pericolo di un inadempimento “di non scarsa importanza”. Un tanto emergerebbe dalla stessa lettera dell'art. 71 CISG che limita l'esperibilità del rimedio dilatorio alle sole ipotesi in cui la minaccia riguardi un inadempimento di una parte sostanziale delle obbligazioni del debitore. L'erroneità di una siffatta interpretazione emergerebbe invero dagli stessi lavori preparatori, nel corso dei quali è stata rigettata la proposta di prevedere l'inadempimento “essenziale” come condizione necessaria per poter sollevare l'eccezione di sospensione di cui all'art. 71 CISG. V., sul punto, P. HUBER,

Al riguardo è sorta sin da subito la questione relativa all'esatta interpretazione di tale nozione. Ci si è chiesti, in particolare, se essa dovesse essere intesa in termini assoluti, sì da riguardare le sole ipotesi in cui non residuasse più alcun dubbio in ordine alla futura violazione; o se si potesse, per contro, ritenere sufficiente ai fini risolutori anche la mera probabilità, seppur elevata, del verificarsi di siffatto evento.

Secondo l'opinione da ultimo prevalsa, il requisito della certezza di cui all'art. 72 CISG sarebbe idoneo a ricomprendere anche i casi in cui sussista "semplicemente" un grado di probabilità molto elevato in ordine all'eventualità che allo scadere del termine l'obbligazione rimanga inadempita²¹. Sarebbe, infatti, la stessa natura del giudizio

Antizipierte Nichterfüllung, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, herausgegeben von J. BASEDOW, K.J. HOPT, R. ZIMMERMANN, unter Mitwirkung von M. ILLMER, I, Tübingen, 2009, 78; ID., *Anticipatory Breach*, in *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, I, edited by J. BASEDOW, K.J. HOPT, R. ZIMMERMANN, with A. STIER, Oxford, 2012, 62. Il carattere di "essenzialità" dell'inadempimento temuto è richiesto, invece, ai fini della sospensione, dall'art. 8:105, comma 1°, PECL, nonché dall'art. 7.3.4. Principi Unidroit; non invece dall'art. III. - 3:401, comma 2°, DCFR. Si veda, ora, anche il nuovo art. 1220 *Code civil*, il cui testo è stato riportato nel capitolo I. In generale, sulla non scarsa importanza dell'inadempimento in un'ottica anche comparatistica, M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995. Per la disciplina dell'inadempimento e dei rimedi contro lo stesso predisposti dalla legge uniforme, si rinvia a G. ALPA, M. BESSONE, *Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cose mobili*, in *La vendita internazionale, La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, cit., 167 ss. Cfr. J. VILUS, *Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer*, in *International Sale of Goods. Dubrovnik Lectures*, edited by P. ŠARČEVIĆ and P. VOLKEN, New York, London-Rome, 1986, 239 ss.; B. SCHEIFELE, *Die Rechtsbehelfe des Verkäufers nach deutschem und UN-Kaufrecht*, Rheinfelden, 1986. Per le differenze di disciplina della violazione del contratto, quella sulle "Leistungsstörungen" nel sistema originario del BGB, v. U. HUBER, *Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach Einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von H.C. FICKER, D. KÖNIG, K.F. KREUZER, H.G. LESER, W. FRHR. MARSCHALL VON BIEBERSTEIN, P. SCHLECHTRIEM, Tübingen, 1978, 837 ss. Cfr. H.J. SONNENBERGER, *Leistungsstörung, positive Forderungsverletzung und Beweislast – rechtsvergleichende Bemerkungen*, in *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von V. BEUTHEIN, M. FUCHS, H. ROTH, G. SCHIEMANN, A. WACKE, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, 621 ss. Per un confronto anche con la disciplina italiana, v. T. FOX, *Das Wiener Übereinkommen. Ein Vergleich zum italienischen und deutschen Recht*, München, 1994. Con ulteriori riferimenti al diritto inglese, nonché alle regole di *soft law* contenute nei Principi Unidroit e nei PECL, v. C. COEN, *Vertragsscheitern un Rueckabwicklung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht, zum UN-Kaufrecht sowie zu den Unidroit Principles of European Contract Law*, Berlin, 2003.

²⁰ *Rectius* "chiarezza", come emerge dalla versione inglese della norma, la quale richiede che il futuro inadempimento sia "clear". Cfr. anche la versione tedesca, dove si precisa che, ai fini dello scioglimento anticipato, la futura violazione essenziale sia "offensichtlich" o "evidente", nonché quella francese, seconda la quale la risoluzione anticipata sarà possibile solo ove l'inesecuzione della prestazione dovuta risulti "manifesta" ("il est manifeste").

²¹ Così, in giurisprudenza: LG BERLIN, 30.9.1992, in *CISG-online*, n. 70 ("eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit sei nicht erforderlich" e, nella traduzione inglese: "it is not necessary to prove a degree of probability close to certainty. Rather, a very high probability, obvious to everybody, is required"); LG KREFELD, 28.4.1993, in *CISG-online*, n. 101 ("sehr hohe naheliegende Wahrscheinlichkeit"). Cfr. R. HORNUNG, C. FOUNTOLAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 72, 818, Rn. 14, secondo i quali ad essere richiesta dall'art. 72 CISG sarebbe una probabilità molto elevata del futuro inadempimento ("eine sehr hohe nahe liegende Wahrscheinlichkeit"). Conf. anche P. HUBER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, herausgegeben von F.J. SÄCKER, R. RIXECKER, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil I, §§ 433-610, Finanzierungsleasing,

prognostico a richiedere una valutazione fondata su un ragionamento meramente probabilistico più che su un'effettiva situazione di certezza; quest'ultima, si è detto, sarebbe conseguibile solo in rarissime ipotesi²², mentre nella maggior parte dei casi che rientrano nell'ambito di previsione dell'art. 72 CISG sarebbe necessario ragionare proprio in termini di seria probabilità, intesa come sinonimo di verosimiglianza o ragionevole prevedibilità del futuro inadempimento²³.

HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, München, 2012, *sub art. 72*, 2407 s., Rn. 4; ID., A. MULLIS, *The CISG. A new textbook for students and practitioners*, München, 2007, 345 (“all that should be required is a very high degree of probability that a fundamental breach will occur”); C. BRUNNER, C. HURNI, in *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, herausgegeben von H. HONSELL, Heidelberg, 2010, *sub art. 72*, 979, Rn. 4 (“Die künftige Vertragsverletzung muss [...] deshalb für einen vernünftigen Gläubiger unter gleichen Umständen (Art. 8 Abs. 2) mit sehr hoher, wenn auch nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein”); K.H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente international de marchandises*, édité par F. DESSEMONTET, Lausanne, 1993, *sub art. 72*, 470, Rn. 2 (“l’article 72 suppose qu’il est quasiment certain pour un observateur objectif et raisonnable que la partie concernée n’exécutera pas une de ses obligation essentielles”); D. SAIDOV, in *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, edited by S. KRÖLL, L. MISTELIS, P.P. VISCASILLAS, München, 2001, *sub art. 72*, 954, Rn. 7 (“it is a probability standard and therefore absolute certainty is not required. At the same time, the probability needs to be very high”); C. LIU, *Suspension or Avoidance due to anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, in *CISG Database*; U. MAGNUS, in *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, herausgegeben von M. MARTINEK, Berlin, 2012 (v. anche l’edizione del 2013), *sub art. 72*, 821, Rn. 9 (“Zur vorzeitigen Vertragsaufhebung ist der Gläubiger nur berechtigt, wenn im vornhinein – von Unwägbarkeiten abgesehen – sehr wahrscheinlich ist, dass der Schuldner nicht oder nicht ohne wesentlichen Vertragsverstoß erfüllen wird”); M. AZEREDO DA SILVEIRA, *Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *N.J.C.L.*, 2/2005, 21; nonché in *CISG Database* (“absolute certainty is not required”); A. DAWWAS, *Anticipatory Avoidance of Contract: CISG and Egyptian Law Compared*, in *N.J.C.L.*, 1/2012, 5 (“a complete certainty of a fundamental breach is not required; a very high probability that there will be a fundamental breach would rather suffice in this field”); V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 138 (“la “certezza” o “evidenza” in ordine all’avverarsi del predetto evento non può che costituire il frutto di una valutazione che viene effettuata dal contraente fedele sulla base di una situazione oggettivamente accertabile, che lo pinga a ritenere altamente probabile il verificarsi di quel determinato avvenimento”). Cfr. A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., *sub art. 72*, 292 s., secondo il quale la previsione, in quanto rivolta al futuro, sarebbe inevitabilmente caratterizzata da “un certo margine di soggettività di giudizio”. Così anche G. SANTINI, *La sospensione e la risoluzione anticipata del contratto*, cit., 247, che sottolinea come il giudizio (soggettivo) della parte che dichiara la risoluzione debba corrispondere “a quello che sarebbe stato, secondo le circostanze di fatto, il giudizio comune, e dunque il «ragionevole» giudizio ricavabile dai fatti conosciuti, nel momento della decisione”. Per le diverse opinioni, si veda: Sul punto, v. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch. Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2008, 131.

²² Cfr. G. CONTE, *L’uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell’anticipatory breach dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 487; V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 131, secondo il quale una tale certezza potrebbe, ad esempio, sussistere nelle ipotesi in cui una delle parti abbia dichiarato di non adempiere.

²³ Così, in particolare, V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 138 s., secondo il quale la norma deve essere estesa a tutte le ipotesi in cui sussista “una situazione oggettiva che” escluda, “oltre ogni “ragionevole dubbio”, il futuro adempimento” della controparte. Quanto alla “ragionevolezza”, essa andrebbe qui riferita ad un contraente astratto il quale presenti tuttavia caratteristiche personali proprie alla parte concreta. Così F. BERLINGIERI, *Lo standard del “reasonable man”*, in *La vendita internazionale, La Convenzione di Vienna dell’11 aprile 1980*, cit., 334, secondo il

Al riguardo, si è obiettato tuttavia che il tentativo di sostituire il concetto di “certezza” con quello di “elevata probabilità” o “sufficiente univocità” del pericolo rischierebbe in realtà di “sacrificare” il vero carattere innovativo della Convenzione che, procedimentalizzando il ricorso alla tutela anticipata, ricollegando gli effetti della dichiarazione risolutoria alla mancata reazione del debitore (cfr. art. 72, comma 2°, CISG), si preoccuperebbe proprio di “assicurare il passaggio da una situazione ancora connotata da incertezza ad una situazione in cui, per espressa previsione di legge, dubbi in ordine all’inadempimento futuro della controparte non possono più essere sollevati”²⁴.

Se, come hanno sottolineato autorevoli commentatori, la certezza dell’inadempimento non sarebbe quindi (di regola) conseguibile prima della scadenza del termine, la condizione richiesta dall’art. 72, comma 1°, CISG sarebbe pur sempre raggiungibile all’esito di un “*iter* procedimentale diretto alla sua costituzione”²⁵.

3. SIGNIFICATO DELLA NOZIONE DI “CERTEZZA” E LIVELLO DI EVIDENZA RICHIESTO AI FINI DELLA RISOLUZIONE ANTICIPATA: RAPPORTO CON L’ECCEZIONE DILATORIA EX ART. 71 CISG.

Per comprendere l’esatta portata della tesi da ultimo prospettata, pare necessario svolgere qualche breve riflessione sul rapporto che intercorre fra l’art. 72 e l’art. 71

quale la persona ragionevole sarebbe quella “di buon senso i cui comportamenti sono ispirati da un equilibrato ragionamento e non da improvvisi e incontrollabili impulsi”. Sulla nozione di ragionevolezza, v. anche, fra gli altri: S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005; P. SCHLECHTRIEM, *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws, Saggi, Conferenze e Seminari 24, Roma (February 1997), Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, diretto da M.J. BONELL, in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem16.html>. Il parametro della persona ragionevole non sarebbe, comunque, da confondere con quello del buon padre di famiglia o dell’ordinaria diligenza. Sulle differenze fra ragionevolezza, buona fede e diligenza, v. *infra*.

²⁴ Così, in particolare, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell’adempimento*, cit., 300 s. Secondo l’A. “rischia di assumere una dimensione meramente nominalistica il tentativo di sostituire il concetto di «certezza» con più rassicuranti riferimenti all’«elevata probabilità» o alla «sufficiente univocità» del pericolo, senz’altro capaci di confrontarsi in modo tecnicamente più preciso con le limitate capacità predittive dell’uomo, ma destinate inevitabilmente a sacrificare gran parte dell’originalità della regolamentazione” contenuta nella Convenzione,. Cfr. F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 163, nota n. 71; P. HUBER, *Antizipierte Nichterfüllung*, cit., 76: “Das Recht auf Sicherheitsleistung und seine Konsequenzen will in gewissem Umfang das Prognoserisiko abnehmen. Wenn dieser nämlich den Weg der vorweg genommenen Vertragsbruch wählt und sich später herausstellt, dass deren Voraussetzungen nicht vorgelegen haben, etwa weil die drohende Nichterfüllung such als nicht so schwer wiegend herausgestellt hat wie gedacht, so kann er sich seinerseits wegen unberechtigter Vertragsaufsage schadensersatzpflichtig machen. Dieses Risiko vermeidet er, wenn er zunächst den mildereren Weg über die Sicherheitsleistung wählt“. Cfr. ID., *Anticipatory Breach*, cit., 60.

²⁵ Così F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 166. Ne deriva, come precisa l’A., che la certezza “ben può essere integrata da una situazione che, assunta nella sua individualità e prima dell’attivazione del procedimento stesso, è ancora connotata da «insicurezza»”. Cfr. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato all’adempimento*, cit., 283 s.

CISG, norma che, nel consentire al creditore di sospendere l'esecuzione della propria prestazione ove in seguito alla conclusione del contratto sia divenuto manifesto che l'altro contraente non adempirà una parte essenziale delle sue obbligazioni, completa, insieme all'art. 73, comma 2°, CISG²⁶, il quadro delle disposizioni dedicate dal legislatore internazionale al problema dell'inadempimento anticipato²⁷.

Giova sin da subito notare l'ampiezza della previsione normativa che, se da un lato presenta sicuramente forti analogie con la regola del nostro art. 1461 cod. civ., dall'altro lato mostra una "maggiore ampiezza di contenuti" rispetto a quest'ultima, essendo destinata a trovare applicazione in tutta una serie di ipotesi non contemplate dalla disposizione italiana²⁸.

Innanzitutto, l'equiparazione delle vicende riconducibili ad un comportamento del debitore e di quelle dallo stesso indipendenti (cfr. lett. a e b) induce a ritenere che, nella legge uniforme, l'eccezione dilatoria sia destinata ad operare in situazioni nelle quali sia riscontrabile un'oggettiva alterazione delle condizioni di realizzabilità della prestazione²⁹.

In secondo luogo, l'art. 71 CISG pare abbandonare la regola, ancora presente – perlomeno sul piano formale – nel diritto italiano, per cui la sospensione può essere invocata solo dalla parte tenuta ad adempiere per prima: ai sensi della disposizione inserita nella legge uniforme, il rimedio dilatorio è esperibile infatti a prescindere dalla

²⁶ Per il testo di entrambe le disposizioni si rinvia alle osservazioni svolte nel capitolo I.

²⁷ Nel senso che l'art. 72 CISG non andrebbe letto in maniera isolata, v. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 118, secondo il quale l'art. 72 CISG completerebbe ed integrerebbe "la previsione contenuta nell'articolo precedente", della quale costituirebbe il naturale corollario. V. anche a p. 120, dove l'A. osserva che le due norme sarebbero in realtà complementari l'una all'altra. Cfr. P. HUBER, A. MULLIS, *The CISG. A new textbook for students and practitioners*, cit., 339 ss.: "Art. 71, 72 CISG deal" – si potrebbe aggiungere: both "with the issue of "anticipatory breach"". V. tuttavia, G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 490, secondo il quale l'art. 71 CISG sarebbe invece estraneo "alla più ortodossa dottrina dell'anticipatory breach".

²⁸ Sul punto, v. F. ADDIS, (da ultimo, in) *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 131 ss.; F. PIRAINO, *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 cod. civ.*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, 393; G. SANTINI, *La sospensione e la risoluzione anticipata del contratto*, cit., 243 s.; A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 71, 289; F. PADOVINI, *L'eccezione di pericolo di inadempimento (Unsicherheitseinrede)*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Atti del Convegno svoltosi a Ferrara il 7.-8.3.2003, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, 273 s.; R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Napoli, 2012, 254 s. Circa la possibilità di un'integrazione dell'art. 1461 cod. civ. alla luce dell'art. 71 CISG, v. *infra*.

²⁹ In realtà, in tal senso, con riguardo all'art. 1461 cod. civ., fra gli altri, anche L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna, Roma, 1988, 67.

“scansione cronologica” delle prestazioni reciprocamente dovute³⁰, e cioè, anche qualora l’esecuzione delle controprestazioni debba avvenire contestualmente; o, addirittura, qualora la prestazione della parte infedele sia da eseguire prima di quella del contraente *in bonis*.

Ancora: a differenza dell’art. 1461 cod. civ., che legittima il creditore a sospendere l’esecuzione del contratto solo se il suo interesse al conseguimento della controprestazione sia messo in pericolo da un mutamento delle condizioni patrimoniali dell’altra parte³¹, l’art. 71 CISG è destinato ad operare, oltreché nelle ipotesi in cui sia dato riscontrare una grave insufficienza nella solvibilità del debitore (art. 71, comma 1°, lett. a)³², anche qualora sussista, più in generale, una seria deficienza nella sua capacità

³⁰ Osserva F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 177, come il legislatore internazionale pare aver così riconosciuto alla parte *in bonis* “un’unitaria tutela dilatoria”, destinata ad operare in presenza di ogni “«manifestazione» dell’inadempimento”. Come si avrà modo di vedere nel prossimo capitolo, il legislatore tedesco, nel modellare il § 321 BGB sulla falsariga dell’art. 71 CISG, ha preferito, invece, “mantenere una separazione tra eccezione d’inadempimento ed eccezione di sicurezza”, assente nella CISG.

³¹ Così anche il vecchio art. 73 ULIS (per il testo del quale, si rinvia al capitolo I). Cfr. altresì § 1052 dell’ABGB austriaco ed il § 102 della legge sul diritto delle obbligazioni (OZ) slovena (per i quali, v. ancora il capitolo I).

³² Ipotesi questa che coinciderebbe secondo alcuni con quella descritta dall’art. 1461 cod. civ. V., tuttavia, F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 145, secondo il quale l’art. 71, comma 1°, CISG evocerebbe, in realtà, “una situazione fattuale che non è immediatamente e direttamente equiparabile a quella presa in esame dall’art. 1461 cod. civ.”: l’insolvibilità richiamata dalla norma internazionale non coinciderebbe infatti propriamente con la fattispecie presa in esame dalla norma interna. Come è stato precisato nel corso dei lavori preparatori, la situazione di insolvibilità di cui all’art. 71, comma 1°, lett. a), CISG sussisterebbe, oltreché nei casi di un dissesto delle condizioni economiche di una delle parti, anche nell’ipotesi in cui il contraente non provveda al pagamento di quanto dovuto in base ad altri contratti. Si veda, al riguardo, T. BENNETT, in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, cit., sub art. 71, 519 s., Rn. 2.6. L’insolvibilità di cui all’art. 71, comma 1°, lett. a), CISG sussisterebbe, poi, anche nell’ipotesi di pendenza di un “procedimento di insolvenza” ovvero nell’ipotesi in cui il debitore abbia sospeso i pagamenti o le consegne (per gli effetti dell’insolvenza sui contratti soggetti alla legge uniforme, v. M. SCHMIDT-KESSEL, *CISG-Vertraege in der Insolvenz – eine Skizze* -, in *Festschrift fuer Peter Schlechtriem um 70. Geburtstag*, herausgegeben von I. SCHWENZER und G. HAGER, Tübingen, 2003, 255 ss. Di contro, non sembrerebbe integrare il presupposto di cui all’art. 71, comma 1°, lett. a) il semplice ritardo nei singoli pagamenti, che potrà semmai assumere rilevanza ai sensi della lett. b) (v. *infra*). Cfr. P. HUBER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III, *Schuldrecht, Besonderer Teil I. §§ 433-610*, herausgegeben von W. KRÜGER und H.P. WESTERMANN, München, 2012, sub art. 71, cit., 2400, Rn. 8; R. HORNUNG, C. FOUNTOULAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, begründet von P. Schlechtriem, herausgegeben von I. SCHWENZER, München,-Basel, 2010, cit., sub art. 71, 803, Rn. 15 s. In giurisprudenza, v.: U.S. DISTRICT COURT OF ILLINOIS, 25.3.2012, n. 10 C 1174, in *CISG-online*, n. 2372 (si tratta del caso *Maxxsonics Inc. v. Fengshun Peiyang Electro Acoustic Company Ltd.*), secondo cui l’art. 71, comma 1°, CISG trova applicazione anche nell’ipotesi in cui numerosi inesatti adempimenti lascino fondatamente presumere che la prestazione non sarà tempestivamente eseguita. Ai fini dell’applicabilità dell’art. 71, comma 1°, lett. a), CISG non basterebbe infine l’insolvibilità di uno solo degli eventuali garanti. La sospensione sarebbe invece senz’altro possibile nell’ipotesi in cui ad essere insolvente fosse altresì il debitore (principale). Cfr. U. MAGNUS, in *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, cit., sub art. 71, 808, Rn. 26.

d'adempire (v. ancora art. 71, comma 1°, lett. a)³³ o, più semplicemente, il modo con cui egli si appresti a dare esecuzione alla prestazione comprometta la possibilità del futuro adempimento (art. 71, comma 1°, lett. b)³⁴.

Neppure nella legge uniforme il presupposto fattuale dell'eccezione dilatoria è in realtà il pericolo d'inadempimento in quanto tale: come emerge dalla formulazione dell'art. 71 CISG e, in particolare, dalla precisa individuazione delle cause dalle quali può derivare il pericolo, è necessario che la minaccia della futura inattuazione del rapporto, per poter legittimare l'esperimento del rimedio dilatorio, risulti connessa ad una situazione di fatto tale da renderla oggettiva, al pari cioè di quanto accade nell'art. 1461 cod. civ. con l'ancoraggio dell'eccezione dilatoria al presupposto del deterioramento delle condizioni economiche di una delle parti³⁵.

Con precisazione omessa dal legislatore italiano del 1942, viene poi stabilito che le cause da cui deriva il suddetto pericolo possono assumere rilevanza, ancorché preesistenti alla stipulazione del vincolo, qualora siano divenute conoscibili solo in un

³³ La sospensione ai sensi dell'art. 71 CISG è possibile, fra l'altro, anche in presenza di uno sciopero nella fabbrica del venditore, sempreché naturalmente tale evento sia idoneo a paralizzarne l'attività per un tempo presumibilmente non breve, determinando così l'impossibilità di fornire il bene nel termine stabilito. Una sospensione è possibile invero, ai sensi dell'art. 71, comma 1°, lett. a), CISG, anche ove sopravvenga un evento bellico o si verifichi un incendio negli stabilimenti nei quali si trova la merce promessa in vendita. Cfr. U. MAGNUS, in *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, cit., sub art. 71, 807, Rn. 24; H.T. BENNETT, in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, cit., sub art. 71, 519 s., 2.6; R. HERBER e B. CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, München, 1991, sub art. 71, Rn. 7; P. HUBER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub art. 71, cit., 2400, Rn. 8; K.H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, cit., sub art. 71, 460, Rn. 5. Nel senso che fra le ipotesi ricomprese dalla lett. a rientrerebbero anche gli impedimenti giuridici, v.: P. HUBER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub art. 71, 2400, Rn. 8; R. HERBER, B. CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht*, cit., sub art. 71, Rn. 318, 7.

³⁴ L'esempio fatto dai redattori è quello di un venditore il quale abbia consegnato ad altri acquirenti prodotti difettosi in quanto realizzati con materie prime qualitativamente scarse che sono peraltro le stesse impiegate per la realizzazione del prodotto da consegnare all'acquirente che invoca la tutela. Altra ipotesi potrebbe essere quella del debitore che ometta di procurarsi le licenze, le autorizzazioni o le materie prime necessarie per la realizzazione del prodotto. Cfr. R. HORNUNG, C. FOUNTOLAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 71, 804, Rn. 17; U. MAGNUS, in *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, cit., sub art. 71, 825, Rn. 27. Riconducibile alla lett. b sarebbe, poi, secondo alcuni interpreti, anche l'ipotesi del debitore che dichiari di non voler adempire agli obblighi derivanti dal contratto. Così, in particolare, BGH, 27.11.2007, in *CISG-online*, n. 1617. Diversamente, tuttavia, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 296, secondo il quale il "nel sistema apprestato dalla Convenzione di Vienna" il rifiuto preventivo è riconducibile senz'altro "entro il novero delle situazioni idonee a determinare un inadempimento «anticipato»". V. *infra*.

³⁵ Diversamente, invece, gli artt. 9:201 e 8:105 PECL; 7.3.4. Principi Unidroit; 3:401, comma 2°, DCFR; 113 e 133 CESL, che fondano il rimedio dilatorio su una (generica) situazione di pericolo. A differenza dell'art. 71 CISG nonché del § 321 BGB, tali disposizioni non contengono, infatti, alcun elenco di casi tipici di minaccia del futuro inadempimento. Così anche il nuovo art. 1220 *Code civil*, come riformulato mediante l'*Ordonnance* del 2016 (per il testo di tale disposizione e di quelle contenute nei progetti di diritto uniforme citati, si rinvia ancora una volta al capitolo I).

momento successivo; a condizione – si capisce – che la parte fedele le avesse incolpevolmente ignorate³⁶.

Dalla formulazione normativa così come pure dagli esempi fatti nel corso dei lavori preparatori³⁷ non sembra emergere – di primo acchito – una chiara distinzione tra il campo di applicazione dell'art. 71 CISG e quello del successivo art. 72 CISG³⁸. Entrambe le norme prendono infatti in considerazione l'incapacità di adempiere del debitore in una fase precedente a quella in cui la prestazione deve essere eseguita³⁹ e sembrano perseguire in definitiva il medesimo scopo, *i.e.* di predisporre a favore del creditore uno strumento di tutela utilizzabile nell'ipotesi in cui non sia ancora possibile esperire alcuno dei rimedi previsti dalla Convenzione contro l'inadempimento (attuale)⁴⁰.

Senonché, il mezzo di tutela offerto dall'art. 71 CISG risulta meno incisivo rispetto a quello contemplato dall'art. 72 CISG. Si può pertanto ragionevolmente

³⁶ Al riguardo, per le tendenze interpretative che vanno affermandosi nel nostro ordinamento, dove pure si ritiene di poter applicare la tutela dilatoria alle ipotesi di pericolo preesistente, v. *infra*.

³⁷ Come emerge dagli esempi fatti nel corso dei lavori preparatori, gli artt. 71 e 72 CISG sembrano idonei ad abbracciare anche le ipotesi che secondo il linguaggio del nostro codice andrebbero più propriamente qualificate come ipotesi di impossibilità o di eccessiva onerosità della prestazione. Sul punto, si veda, con particolare riguardo alle ipotesi riconducibili all'art. 71 CISG, G. SANTINI, *La sospensione e la risoluzione anticipata del contratto*, cit., 244. V. anche p. 247 s. per le fattispecie soggette all'applicazione dell'art. 72 CISG. Nello stesso senso, con riguardo all'art. 116 CESL (proposta che, come si è detto, è stata di recente ritirata), C. WENDEHORST, in *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, cit., sub art. 116, 593.

³⁸ È ben vero, infatti, che, al contrario dell'art. 71 CISG, l'art. 72 CISG non individua espressamente le cause che possono dar vita alla situazione di pericolo. Tuttavia, come emerge dagli esempi rinvenibili nei lavori preparatori, le situazioni fattuali in presenza delle quali le due disposizioni sono destinate ad operare sono sostanzialmente le medesime. Ne deriva che, a differenza di quanto succedeva nella Convenzione dell'Aja del 1964, nella quale i due rimedi poggiavano su presupposti fattuali fra loro diversi, nella CISG la distinzione fra gli ambiti di operatività dei due tipi di tutela risulta sicuramente meno netta. Sul punto, v.: F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 162; V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 123, secondo il quale non sarebbe sempre “dato distinguere con nettezza le situazioni in cui” è chiaro che “vi sarà un inadempimento essenziale ex art. 72 CISG, da quelle in cui sussista un pericolo serio ed attuale circa la solvibilità o la capacità di adempiere che, ai sensi dell'art. 71, legittimano la sospensione dell'adempimento”. Diversamente, tuttavia, A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 71, 287, secondo il quale la conservazione di una diversa regolamentazione dei due rimedi corrisponderebbe altresì ad una diversità di situazioni fattuali che ne consentono l'attivazione.

³⁹ Cfr. V. PUTORTÌ, *Inadempimento anticipato e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 119 s., il quale sottolinea come entrambe le disposizioni prendano in considerazione una “lesione, *ante diem*, dell'interesse creditorio all'esatta e tempestiva esecuzione della prestazione”. Nel senso che sia la sospensione che la risoluzione costituirebbero entrambe degli strumenti di autotutela preventiva, A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 71, 287 e sub art. 72, 292.

⁴⁰ V. F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 164, il quale sottolinea appunto come “le circostanze evocate dall'art. 71, 1° co., CISG, ove connotate da una valutazione in chiave di irreversibilità sufficiente ad escludere un tempestivo ravvedimento del debitore,” possano “altresì configurare casi di «certezza» del futuro inadempimento, suscettibili di tutela in chiave perentoria”.

ritenere che la possibilità per il creditore di sospendere l'esecuzione della propria prestazione sussista anche quando non siano ancora integrati i presupposti che giustificerebbero lo scioglimento del vincolo contrattuale⁴¹. Ed anzi, se è verom che scopo dell'eccezione di sospensione è quello di evitare lo scioglimento del contratto, si comprende che, per essere efficace, la tutela dilatoria deve necessariamente poter operare in un momento anteriore al verificarsi delle condizioni richieste per l'esperimento del rimedio risolutorio⁴².

Ebbene, esclusa la sovrapposibilità delle due disposizioni, ciò che consentirebbe al creditore di scegliere fra i rimedi predisposti rispettivamente dall'art. 71 e dall'art. 72 CISG sarebbe – secondo l'opinione comune – proprio il diverso grado di probabilità in ordine al verificarsi della futura violazione contrattuale⁴³: ove l'inadempimento non fosse ancora certo o fino a tal punto probabile da legittimare la risoluzione, la parte *in*

⁴¹ Cfr. A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 71, 288.

⁴² V. ancora A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 71, 287 s.; P. HUBER, *Antizipierte Nichterfüllung*, cit., 78; ID., *Anticipatory Breach*, cit., 62, che sottolinea come le norme che regolano l'inadempimento anticipato nei diversi testi di origine sovranazionale, ma non solo, risultino ispirate all'idea della risoluzione come *extrema ratio*, cui ricorrere in casi eccezionali. Così anche M. TORSSELLO, A. FRIGNANI, *Il contratto internazionale*, cit., 503 ss.

⁴³ L.G. CASTELLANI, *Il contributo dei paesi in via di sviluppo al diritto uniforme: una quantité négligeable?*, cit., 104 s.; P. HUBER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub art. 71, 2400 s., Rn. 10; U. MAGNUS, in *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, cit., sub art. 72, 821; R. HORNING, C. FOUNTOLAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 71, 806, Rn. 9; V. SCHOTT, *Antizipierter Vertragsbruch und Leistungsgefährdung. Eine Vergleichung des amerikanischen Rechts mit dem international vereinheitlichen Kaufrecht*, Diss. Bonn, 1992, 99; J.W. CARTER, *Party Autonomy and Statutory Regulation : Sale of Goods*, in *Journal of Contract Law*, 1993, 106; B. SAENGER, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, §§ 1-610, CISG, herausgegeben von H.G. BAMBERGER und H. ROTH, München, 2012, cit., sub art. 71, 2360, Rn. 4 e sub art. 72, 2362, Rn. 4; K.H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, cit., sub art. 72, 470, Rn. 2: “*Les exigences concernant les prévisions futures sont plus rigoureuses que pour l'article 71, la certitude requise est ici plus grande*“. V. ancora M. AZEREDO DA SILVEIRA, *Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, cit.: “[...] the degree of certainty that a breach will be committed, required under art. 71 CISG, is lower than the degree of certainty required under art. 72 CISG [...]. In conclusion, art. 71 CISG does not require absolute certainty that a breach will occur“. Cfr. C. BRUNNER, C. HURNI, in *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, cit., sub art. 72, 979, Rn. 4, secondo i quali sarebbe sufficiente ai fini della sospensione un'elevata probabilità del futuro inadempimento: “*Die künftige Vertragsverletzung muss [...] mit hoher, jedoch nicht sehr hoher oder gar an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein*” (v. anche p. 968). Sarebbe per contro necessaria una probabilità molto elevata per ricorrere al rimedio risolutorio: “*Die künftige Vertragsverletzung muss [...] mit sehr hoher, wenn auch nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein*“. Così anche P. HUBER, A. MULLIS, *The CISG. A new textbook for students and practitioners*, cit., 345, dove si legge che per risolvere il contratto sarebbe necessario un livello di probabilità del futuro inadempimento più elevato di quello richiesto dall'art. 71 CISG ai fini della sospensione. Si veda altresì ID., *Antizipierte Nichterfüllung*, cit., 78. Nel senso che l'art. 72 CISG non richiederebbe un diverso e più elevato grado di probabilità del futuro inadempimento rispetto all'art. 71 CISG, R. HERBER, B. CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht*, cit., sub art. 72, 322, Rn. 2: “*Es muß in beiden Fällen mit großer Wahrscheinlichkeit eine Verletzung bevorstehen, für die nur in ihrer Schwere unterschiedliche Anforderungen gestellt sind*“.

bonis, cui resterebbe preclusa – quantomeno momentaneamente – la possibilità di sciogliere senz'altro il contratto, potrebbe dunque tutelarsi sospendendo, anzitutto, l'esecuzione della propria prestazione, rifiutando l'adempimento, se richiesta di provvedervi⁴⁴.

Il più elevato livello di evidenza della futura violazione richiesto ai fini dell'esperimento della tutela risolutoria emergerebbe dalla stessa formulazione dell'art. 72 CISG, il quale ammette il ricorso al rimedio ivi previsto solo ove sia chiaro (“*it is clear*”) che l'altra parte incorrerà in un inadempimento essenziale. Analoga “chiarezza” (intesa come “probabilità molto elevata”) non sembrerebbe, invece, necessaria per la sospensione di cui all'art. 71 CISG, ai sensi del quale è “sufficiente” che dopo la conclusione del contratto sia divenuto manifesto (“*it becomes apparent*”) che l'interesse creditorio non verrà soddisfatto mediante l'esecuzione della controprestazione⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. U. MAGNUS, in *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, cit., sub art. 71, 806, Rn. 18 ss., per il quale il rimedio di cui all'art. 71 CISG sarebbe esperibile nei casi di una probabilità (meramente) elevata (“*hohe Wahrscheinlichkeit*”) (e non già molto elevata, cfr. Art. 72 CISG) di un futuro inadempimento. V. anche R. HORNUNG, C. FOUNTOULAKIS, i in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 71, 805 s., Rn. 22, secondo i quali, ai fini della sospensione, sarebbe necessaria una notevole probabilità (o “*beträchtliche Wahrscheinlichkeit*”) del futuro inadempimento. Nel senso che per sollevare l'eccezione dilatoria sarebbe necessaria una situazione di “pericolo serio ed attuale che il regolamento di interessi non venga attuato nei termini e secondo le modalità pattuite”: V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 124. Cfr. G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 487, che ravvisa il presupposto della sospensione nella situazione di seria probabilità o di pericolo circa il verificarsi della violazione contrattuale. Il criterio per stabilire la sussistenza di una siffatta probabilità sarebbe quello delineato dall'art. 8 CISG. Ne deriverebbe allora che, per legittimare la sospensione, la futura violazione dovrebbe essere percepita come altamente probabile da una persona ragionevole, posta nella medesima situazione del creditore. Così, ad esempio, P. HUBER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub art. 71, 2400 s., Rn. 10; R. HORNUNG, C. FOUNTOULAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 71, 805, Rn. 22; B. SAENGER, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub art. 71, 2360, Rn. 4; U. MAGNUS, in *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, cit., sub art. 71, 806, Rn. 19.

⁴⁵ L.G. CASTELLANI, *Il contributo dei paesi in via di sviluppo al diritto uniforme: una quantità négligeable?*, cit., 104 s., secondo il quale la differenza semantica tra gli artt. 71 e 72 CISG rifletterebbe appunto due diversi gradi di probabilità richiesti dal legislatore internazionale ai fini dell'esperimento dei due rimedi. Cfr. H.T. BENNETT, in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, cit., sub 71, 521 s., Rn. 3.2, ed, in particolare, sub art. 72, 528, Rn. 2.2; M. AZEREDO DA SILVEIRA, *Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, cit.: “[...] whereas art. 71 CISG purports to be applicable only if it “becomes apparent” that the breach will be committed, art. 72 CISG purports to be applicable only if it is “clear” that the breach will be committed. These distinctions in terminology convey substantive differences between the two provisions”. V. anche C. BRUNNER, C. HURNI, in *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, cit., sub art. 72, 979, Rn. 2: “Diese Formulierung bringt zum Ausdruck, dass gegenüber dem Zurückbehaltungsrecht gem Art. 71 für die einschneidender Rechtsfolge der Vertragsaufhebung ein etwas strengerer Wahrscheinlichkeitsgrad gelten soll“. J.O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, cit., sub art. 71, 552, Rn. 388: “This differing language means that greater certainty of future breach is required in order to justify final avoidance of the contract under Article 72 than is required for the less radical remedy of suspension under Article 71”.

3.1. PORTATA DELL'ITER DESCRITTO DALL'ART. 72, COMMA 2°, CISG: CERTEZZA DELLA FUTURA VIOLAZIONE QUALE RISULTATO DI UN PROCEDIMENTO VOLTO ALLA SUA COSTITUZIONE.

Invero, autorevoli commentatori hanno dubitato in ordine alla possibilità e all'opportunità di ricercare la linea di discriminazione fra il campo di applicazione dei due strumenti di tutela negli esiti, espressi in termini probabilistici, di una valutazione prognostica che, in quanto rivolta al futuro, implicherebbe sempre un certo margine di imprecisione⁴⁶.

Nessuna rilevanza andrebbe poi attribuita alla diversa formulazione normativa dell'art. 71 CISG che, nell'impiegare la locuzione "*it becomes apparent*"⁴⁷, lungi dal voler indicare un livello di evidenza della futura violazione diverso da quello richiesto dall'art. 72 CISG per l'avvio del procedimento di cui al comma 2° di tale disposizione, avrebbe piuttosto quale unico obiettivo quello di riconoscere rilievo, ai fini dell'esperibilità del rimedio dilatorio, a tutte le circostanze e situazioni che, ancorché

⁴⁶ Così, in particolare: P. SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, cit., 89; ID., *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, cit., 151, spec. nota n. 3, che sottolinea la difficoltà pratica e quindi l'inutilità di distinguere fra i diversi gradi di probabilità richiesti rispettivamente dagli artt. 71, 72 e 73 CISG per l'esercizio dei rimedi ivi previsti. Secondo l'illustre commentatore ciò che rileverebbe in tutti e tre i casi sarebbe, nonostante la diversa formulazione normativa, il ragionevole convincimento del futuro inadempimento: "*die Überzeugung eines vernünftigen Beurteilers [...], dass ein Vertragsbruch sicher zu erwarten ist*". V. anche R. HERBER, B. CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht*, cit., sub art. 72, 322, Rn. 2, secondo i quali ciò che consentirebbe al creditore di scegliere fra il rimedio dilatorio e quello risolutorio non sarebbe tanto il grado di evidenza della futura violazione contrattuale, quanto piuttosto la diversa gravità di quest'ultima: "*Es muß in beiden Fällen mit großer Wahrscheinlichkeit eine Verletzung bevorstehen, für die nur in ihrer Schwere unterschiedliche Anforderungen gestellt sind*". Cfr. J. FISCHER, *Die Unsicherheitseinrede. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Rechte eines Vertragspartners bei Vermögensverschlechterung der anderen Partei zum deutschen und US-amerikanischen Recht sowie zu den Einheitlichen Kaufrecht*, cit., 216, il quale, dopo aver osservato che la diversa formulazione delle due norme potrebbe essere intesa come espressione della necessità di subordinare l'operatività del rimedio risolutorio alla sussistenza di un diverso e più elevato grado di certezza in ordine al futuro inadempimento ("*entgegen der Meinung von Schlechtriem dürfte hier für die Vertragsaufhebung ein erhöhter Grad an Gewißheit erforderlich sein [...]*"), rileva come sia in realtà di scarsa rilevanza pratica (cercare di) distinguere fra due diversi livelli di probabilità richiesti per l'esperimento del rimedio dilatorio e di quello risolutorio: per stabilire se vi sia o no la certezza necessaria per risolvere il contratto sarebbe infatti sufficiente attivare il procedimento comunicativo di cui all'art. 72, comma 2°, CISG ed attendere l'infruttuoso decorso di un ragionevole periodo di tempo: "*Ob der unterschiedliche Unsicherheitsgrad freilich für die Fälle durch Vermögensverschlechterung bedingter Unsicherheit von praktischer Bedeutung ist, muß bezweifelt werden. Die Art. 72 II UN-Kaufrecht bestimmte Pflicht des Verunsicherten, die andere Partei, wenn es die Zeit erlaubt, von ihrer Absicht der Vertragsaufhebung zu unterrichten, um ihr die Abwendung der Aufhebung durch Sicherheitsleistung zu ermöglichen, erlangt nämlich in allen Fällen, in denen nicht schon klare Vertragsaufsage des anderen Teils vorliegt, größere Bedeutung, als es zunächst scheint*". Nel senso che una differenziazione fra i diversi gradi di probabilità sarebbe possibile solo in teoria e non invece in pratica: D. SAIDOV, in *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, cit., sub art. 71, 923, Rn. 15.

⁴⁷ Espressione che nel testo della CISG ha sostituito quello di "*good ground to conclude*", cui faceva riferimento il precedente art. 73, comma 1°, ULIS, e che oggi si ritrova nell'art. 73 CISG. V. *infra*.

maturate anteriormente alla conclusione del contratto, siano tuttavia divenute evidenti solo in un momento successivo alla stipulazione dell'atto di privata autonomia⁴⁸.

Si è ritenuto allora di poter concludere che il criterio di scelta fra il rimedio dilatorio e quello risolutorio, più che da un diverso (e non meglio precisato) grado di evidenza del pericolo, dipenda in definitiva dalle concrete caratteristiche del caso, oltretutto da una valutazione di convenienza compiuta dallo stesso creditore. Quest'ultimo, posto in una situazione di fondata incertezza circa il futuro adempimento, sarebbe pertanto libero, a seconda del diverso atteggiarsi del suo interesse⁴⁹, di sospendere l'esecuzione della propria prestazione ed attendere la reazione debitoria; o di percorrere senz'altro la strada di cui all'art. 72 CISG, al fine di risolvere il contratto⁵⁰. La scelta del rimedio estintivo non escluderebbe peraltro la possibilità per il contraente di sollevare l'eccezione *ex art. 71 CISG*, se richiesto di adempiere.

La tesi così prospettata, che presenta il non trascurabile vantaggio di consentire il superamento delle difficoltà incontrate dai commentatori che inutilmente si sono sforzati di individuare l'esatto grado di probabilità necessario ai fini dell'ingresso dell'uno ovvero dell'altro tipo di tutela, in linea di principio condivisibile, necessita comunque di qualche precisazione.

Innanzitutto, essa non deve indurre a pensare che nella Convenzione il contratto sia risolvibile in presenza di una situazione di mero pericolo⁵¹: la risoluzione costituisce

⁴⁸ Per le critiche sollevate a tale soluzione nel corso dei lavori preparatori, v.: A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 71, 289, nota 10; P. SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN-Kaufrecht.*, cit., 84 s.; F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 179 ss. Si può sin d'ora rilevare che la soluzione offerta dalla CISG è conforme a quella del nuovo § 321 BGB, ma anche a quello che costituisce l'orientamento pressoché unanime della nostra giurisprudenza, secondo la quale il rimedio di cui all'art. 1461 cod. civ. è applicabile, a prescindere dalla formulazione letterale della norma, anche ove l'insorgenza del mutamento sia precedente alla conclusione del contratto, ma ignorata dal creditore senza colpa. Per i riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a: E. MASSONE, *Mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, 40 ss. Per un'analisi più approfondita, v. *infra*.

⁴⁹ Cfr. V. PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 9, nota n. 16, secondo il quale il criterio di discriminare tra l'ingresso dei due tipi di tutela dipenderebbe proprio dal diverso atteggiarsi dell'interesse del creditore. Si è osservato, comunque, che in presenza di una situazione di pericolo il creditore avrebbe interesse innanzitutto a sospendere l'esecuzione della prestazione e solo in un secondo momento anche ad affrancarsi dal vincolo. Così M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 554.

⁵⁰ R. KOCH, *The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, edited by Pace International Law Review, Berlin, 1998, 302 ss., il quale osserva come siano proprio le ipotesi che legittimano la sospensione *ex art. 71 CISG* a dar luogo a quella condizione di incertezza circa il futuro inadempimento che, ove non vengano prestate idonee garanzie, consentirà al creditore di risolvere il contratto.

⁵¹ V. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 298 ss. Infatti, come correttamente osserva l'A. (a p. 300), «la decisione di mantenere una regolamentazione distinta dei due rimedi sinallagmatici è stata presa dai compilatori della Convenzione in ragione del fatto che i loro effetti

infatti – a differenza della sospensione – un tipico rimedio contro l’inadempimento e richiede, quindi, che la situazione la quale ne legittima l’esperimento, seppur manifestatasi prima della scadenza del termine, sia in qualche modo equiparabile a quella che si avrebbe in presenza di un inadempimento definitivo⁵².

È appunto per scongiurare l’eventualità di uno scioglimento fondato su una semplice minaccia che si è deciso di subordinare l’operatività della tutela risolutoria alla previa attivazione del meccanismo descritto dall’art. 72, comma 2°, CISG, facendo dipendere la produzione degli effetti della dichiarazione del creditore dalla mancata prestazione di idonee assicurazioni da parte dell’altro contraente.

Se, almeno in un momento iniziale, la parte *in bonis* che decide di sciogliere il contratto può ancora nutrire qualche dubbio in ordine alla possibilità di un adempimento della controparte, ogni incertezza deve risultare tuttavia superata al momento in cui la tutela risolutoria sia destinata ad operare⁵³.

Ciò significa, in altri termini, che anche nei casi in cui la violazione non abbia ancora assunto sufficienti contorni di irreversibilità, ma sia ciononostante possibile prevedere alla luce di una seria e ragionevole probabilità che il debitore non adempirà alla scadenza, il creditore ben potrà decidere di non limitarsi alla sola sospensione dell’esecuzione del contratto ed optare dunque per la più drastica alternativa della risoluzione. Una volta presa tale decisione, egli dovrà tuttavia superare la situazione

presuppongono un differente grado d’irreversibilità dell’inattuazione”. Così, con riferimento al diritto italiano, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 226 s., secondo il quale il pericolo di inadempimento, anche se fondato, non giustifica il ricorso alla risoluzione. A tal fine è necessario, di contro, “un fatto di inadempimento attuale e non la mera probabilità – anche se seria, se non addirittura prossima alla certezza – di un inadempimento futuro”.

⁵² A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell’adempimento*, cit., 298 s.

⁵³ V. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell’adempimento*, cit., 283 s., che sottolinea appunto come “l’ordine logico e cronologico delle condizioni idonee a provocare la risoluzione anticipata del contratto” debba “essere invertito rispetto alla scansione offerta dai primi due commi dell’art. 72 CISG: la regola fissata dal 1° co., anziché evidenziare le condizioni esistenti al momento dell’avvio del procedimento, descrive il punto di arrivo di quest’ultimo, cioè l’esito della valutazione sostanziale dello stesso, desunta, da un lato, dalla comunicazione dell’intenzione di recedere, a sua volta indotta da una situazione fattuale ancora connotata da incertezza, ma già sufficiente ad evidenziare un’oggettiva alterazione della possibilità del futuro adempimento e, dall’altro lato, dall’omissione della garanzia, che determina il superamento dei dubbi precedentemente riscontrabili; la regola del 2° co., invece, indica quanto ordinariamente necessario per avviare il procedimento perentorio, cioè una situazione atta a legittimare la concessione di un’idonea garanzia e la presenza di un lasso temporale sufficiente alla realizzazione di quest’ultima, in modo tale da lasciar intendere che, ove la stessa manchi e il debitore abbia avuto la possibilità di offrirla, la situazione preesistente cede il passo ad una nuova condizione, che legittima la produzione dell’effetto perentorio”. Nello stesso senso anche: F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 162 s. che sottolinea come “le numerose critiche sollevate nei confronti” dell’art. 76 ULIS avessero “portato i redattori della Convenzione di Vienna non a correggere il richiamo alla «certezza» del futuro inadempimento, ancora operato dall’art. 72, 1° co., CISG, ma ad intervenire sul procedimento perentorio, sottoponendolo ad un’oggettivizzazione mirante a sottrarlo all’arbitrio dell’interprete e a consentire al debitore di evitare gli effetti della risoluzione attraverso una tempestiva concessione di idonea garanzia”.

ancora connotata da insicurezza, avviando l'iter procedimentale delineato dall'art. 72, comma 2°, CISG. A differenza del rimedio dilatorio, che può essere esercitato immediatamente⁵⁴, la risoluzione avrà infatti effetto solo dopo che sarà infruttuosamente decorso un periodo di tempo tale da consentire al debitore la concessione di un'adeguata garanzia⁵⁵.

Alla luce di quanto detto non sembrano, dunque, infondate le obiezioni sollevate di fronte alla tesi prevalente, che ricollega l'esperibilità del rimedio risolutorio alla presenza di una situazione di mera probabilità, seppur elevata, del futuro inadempimento, facendo dipendere l'ingresso del diverso tipo di tutela da un più o meno elevato livello di evidenza della violazione contrattuale non ancora in atto: nel prevedere la necessità per la parte, la quale intenda dichiarare il contratto risolto, di "darne notizia all'altra" e nel subordinare l'efficacia della dichiarazione creditoria alla mancata reazione del debitore, l'art. 72, comma 2°, CISG, a differenza del suo predecessore e delle analoghe disposizioni contenute nell'UCC, nei Principi Unidroit, nei PECL, nel DCFR e nel BGB (cfr. § 2-610 UCC⁵⁶; art. 7.3.3. Principi Unidroit⁵⁷; art. 9:304 PECL⁵⁸; art. III. – 3:504 DCFR⁵⁹; § 323, comma 4°, BGB⁶⁰; cfr. anche, seppur

⁵⁴ V. *infra*.

⁵⁵ Così, in particolare, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 282. La diversa portata della comunicazione di cui all'art. 71, comma 3°, CISG rispetto a quella dell'art. 72, comma 2°, CISG emergerebbe a ben vedere già dalla diversa formulazione delle due disposizioni. Mentre, infatti, l'art. 71 CISG richiede che l'informazione sia data immediatamente dopo che il creditore ha sospeso l'esecuzione della prestazione e presuppone che questa sia già avvenuta, l'art. 72, comma 2°, CISG fa discendere proprio dall'infruttuoso esito della comunicazione il conseguimento di quella certezza che è presupposto indispensabile per la risoluzione del contratto. Ciò premesso, è appena il caso di rilevare come nulla escluda in realtà che entrambe le comunicazioni – quella relativa alla sospensione e quella relativa all'intenzione di risolvere il contratto - vengano date contemporaneamente: il creditore che teme l'inadempimento della controparte e che decide pertanto di non eseguire la propria prestazione potrebbe infatti comunicare l'avvenuta sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 71, comma 3°, CISG ed informare al contempo il debitore che risolverà il contratto come richiesto dall'art. 72, comma 2°, CISG. Cfr., sul punto, G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 491; R. HORNUNG, C. FOUNTOULAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 72, 822, Rn. 28.

⁵⁶ Sennonché, v. il § 2-609 UCC.

⁵⁷ V., tuttavia, l'art. 7.3.4. Principi Unidroit.

⁵⁸ Se è vero, però, che l'art. 9:304 PECL, il quale riconosce al creditore la possibilità di sciogliere il contratto ove sussista una situazione di certezza del futuro inadempimento, non prevede un meccanismo analogo a quello di cui all'art. 72, comma 2°, CISG, è altresì vero che la possibilità per il creditore di pretendere un'adeguata garanzia circa l'esecuzione della prestazione debitoria è prevista dall'art. 8:105 PECL. Una lettura combinata delle disposizioni citate e dell'art. 9:201 PECL, che disciplina il diritto di sospensione, consente dunque di concludere che la soluzione proposta nell'ambito dei Principi del diritto europeo dei contratti non è poi tanto diversa da quella offerta dalla CISG. Cfr. C. VON BAR, R. ZIMMERMANN, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht, Teile I und II*, cit., sub art. 8:105, 447 s., secondo i quali l'art. 8:105 PECL offre appunto un utile strumento a chi abbia fondata ragione per ritenere che l'altra parte non eseguirà la propria prestazione, ma che tuttavia preferisce non ricorrere al rimedio di cui all'art. 9:304 perché teme le conseguenze dell'immediata dichiarazione di risoluzione. V.

non più attuali, gli artt. 116⁶¹ e 136⁶² CESL), detta infatti un meccanismo il cui obiettivo sembra essere proprio quello di consentire alla parte interessata allo scioglimento del contratto di conseguire quella certezza in ordine al futuro inadempimento che è presupposto indispensabile per procedere allo scioglimento del vincolo (v. art. 72, comma 1°, CISG)⁶³.

3.1.1. SEGUE: AFFINITÀ CON I RIMEDI CONTEMPLATI DAL CODICE CIVILE ITALIANO (ARTT. 1662, 2224, 1454 E 1482 COD. CIV.).

L'art. 72, comma 2°, CISG pare ispirato alla medesima logica posta a fondamento degli artt. 1662 cod. civ. e 2224 cod. civ., i quali – come si vedrà – pure “affidano al decorso del termine il compito di trasferire un’inattuazione ancora reversibile del rapporto sulla prestazione inesigibile, così da renderla a tutti gli effetti definitivamente inadempita”⁶⁴; e ciò nonostante il termine previsto per la sua esecuzione non sia ancora scaduto.

anche C. DÜCHS, *Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht*, Berlin, 2006, 177: “Das Äquivalent zu Art. 72 Abs. 2 CISG [...] findet sich in einer anderen Vorschrift der European Principles“. Il riferimento è non all'art. 9:304, che disciplina la risoluzione per inadempimento anticipato, ma al citato art. 8:105: “Denn ruft das Verhalten des Schuldners lediglich Zweifel über dessen Leistungswillen oder Leistungsvermögen hervor, so besteht der Rechtsbehelf der anderen Partei gemäß Art. 8:105 PECL darin, eine Gewähr für die Erfüllung verlangen zu können“.

⁵⁹ Sennonché, anche nel DCFR, così come nei PECL, esiste una disposizione apposita (art. III.-3:505) che prevede la possibilità per il creditore di chiedere la prestazione di adeguate garanzie al debitore ove abbia ragione di credere che questi incorrerà in un inadempimento grave alla scadenza. La soluzione offerta dal DCFR non è, quindi, diversa da quella contenuta nella CISG.

⁶⁰ Un diritto alla pretesa di adeguate garanzie è previsto, invece, come si vedrà, nel § 321 BGB che disciplina la c.d. “*Unisicherheitseinrede*”: ai sensi della citata disposizione, la mancata prestazione delle assicurazioni richieste comporta la possibilità per il creditore di procedere alla dichiarazione di risoluzione del contratto.

⁶¹ Per un commento a tale disposizione, v.: A. SCHOPPER, *Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrages oder eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte (Teil IV CESL Entwurf)*, in *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, herausgegeben von C. WENDEHORST, B. ZÖCHLING-JUD, Wien, 2012, 136 s., secondo il quale il venditore avrebbe (avuto), tuttavia, diritto di dimostrare la propria capacità di adempiere ed evitare in tal modo gli effetti della dichiarazione del compratore di volersi sciogliere dal contratto. V. anche il breve commento di C. WENDEHORST, in *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, cit., *sub* art. 116, 593.

⁶² C. WENDEHORST, in *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, cit., *sub* art. 136, 673 s.; M. FEHRENBACH, *Die Abhilfen des Verkäufers nach Artt. 131-139 GEKR*, in *Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlages der Kommission*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, cit., 463 s. V., tuttavia, l'art. III.-3:505.

⁶³ V. F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 166 che sottolinea, appunto, come la «certezza» costituisca, nel contesto della CISG, l'esito cognitivo di un procedimento mirante alla sua costituzione, sicché ben può essere integrata da una situazione che [...] prima dell'attivazione del procedimento” descritto dall'art. 72, comma 2°, CISG, “è ancora connotata da «insicurezza»”.

⁶⁴ A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 278. Per maggiori approfondimenti, si rinvia al capitolo IV.

Qualche analogia si può riscontrare poi anche con lo strumento della diffida disciplinato all'art. 1454 cod. civ.: al pari dell'art. 72, comma 2°, CISG e degli artt. 1662 e 2224 cod. civ., la disposizione da ultimo citata fa dipendere, infatti, lo scioglimento del vincolo da una mancata reazione del debitore entro un determinato termine.

Esiste però una parziale diversità tra il funzionamento del meccanismo delineato dall'art. 72, comma 2°, CISG e quello di cui alle menzionate previsioni di diritto interno. Postulando una violazione attuale degli obblighi contrattuali, ancorché meramente accessori a quello principale⁶⁵, esse non sono infatti – a differenza della norma contenuta nella legge uniforme – destinate ad operare in presenza di un (mero) pericolo di un inadempimento futuro, non derivante da una lesione di un dovere già in atto⁶⁶.

Non si pongono, pertanto, con riguardo alle fattispecie sottoposte all'applicazione della Convenzione, i problemi che esistono, invece, nel nostro ordinamento, in cui il rimedio risolutorio non può operare se non nei casi in cui sia riscontrabile la violazione – attuale e concreta – di un obbligo, ancorché meramente accessorio rispetto alla prestazione principale. Nessun impedimento pare pertanto sussistere all'attivazione del rimedio *ex art. 72, comma 2°, CISG* nei casi in cui una parte abbia dichiarato o fatto altrimenti intendere che non ha intenzione di adempiere; e ciò a prescindere da qualsiasi indagine sulla conformità del contegno del debitore alla sua effettiva volontà di non dare attuazione all'obbligazione⁶⁷.

Si può ancora aggiungere – ma sul punto si avrà modo di ritornare nel prossimo capitolo – che al medesimo meccanismo alla base dell'art. 72, comma 2°, CISG è ispirata anche la norma del § 321, comma 2°, BGB, disposizione che trova bensì il suo modello nell'art. 71 CISG, ma che a differenza di quest'ultimo consente alla parte che abbia sospeso l'esecuzione della prestazione dovuta di sciogliere il contratto se l'altro contraente non provveda ad eseguire la propria prestazione o a prestare adeguate garanzie entro un congruo termine (§ 321, comma 2°, BGB). Si delinea così una

⁶⁵ La violazione attuale di un dovere, seppur solo preparatorio, è richiesta non solo dall'art. 1454 cod. civ., ma anche dagli artt. 1662 e 2224 cod. civ., le uniche due disposizioni inserite nel codice civile che, limitatamente ai contratti d'appalto e di opera, ammettono, in termini espliciti, la possibilità di una risoluzione anticipata del rapporto. V. *infra*, capitolo IV.

⁶⁶ Cfr. M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 573 ss.

⁶⁷ Come si cercherà di dimostrare in prosieguo, non si ritiene infatti di poter aderire a quella tesi, giurisprudenziale e dottrinale, che vede nella dichiarazione di non voler adempiere, resa prima della scadenza del termine, un inadempimento.

sequenza diretta a collegare ed integrare i due strumenti di tutela, dilatorio e risolutorio, che manca invece nella Convenzione, ma che, lungi dal rappresentare una particolarità del diritto tedesco, costituisce espressione di una più ampia tendenza a livello europeo, come dimostra la pluralità di disposizioni contenute nei testi e progetti di diritto uniforme.

La possibilità per la parte *in bonis*, la quale “ragionevolmente” ritenga “che vi sarà un inadempimento essenziale ad opera dell’altra parte”, di sospendere, ma anche di risolvere il contratto ove l’altro contraente non provveda “entro un ragionevole lasso di tempo” a prestare “adeguata garanzia”, è prevista, ad esempio, dall’art. 7.3.4. dei Principi Unidroit.

Nello stesso senso possono essere interpretati anche l’art. 9:201 PECL, che disciplina il diritto di sospensione, e l’art. 8:105 PECL, secondo il quale “il creditore che abbia fondato motivo di ritenere che vi sarà un inadempimento grave da parte del debitore, può chiedergli adeguate assicurazioni di esatto adempimento e, nel frattempo, rifiutare l’adempimento delle proprie obbligazioni fino a quando dura la fondatezza del motivo”. “Se”, poi, “tali assicurazioni non sono date entro un termine ragionevole”, prosegue il testo della disposizione, “la parte che le ha richieste può risolvere il contratto se ha fondato motivo di ritenere che vi sarà un inadempimento grave da parte del debitore e senza indugio dà comunicazione della risoluzione”⁶⁸.

Una “commistione” dei due rimedi, sospensivo e risolutivo, è rinvenibile pure nel sistema italiano, nell’ambito della disciplina speciale sulla compravendita. In particolare, l’art. 1482 cod. civ., dopo aver riconosciuto al compratore la possibilità di sospendere il pagamento del prezzo anche al di fuori dei casi di cui all’art. 1481 cod. civ., nell’ipotesi in cui la cosa venduta sia gravata da garanzie reali o da vincoli derivanti da pignoramento o da sequestro, da lui ignorati e comunque non dichiarati dal venditore, attribuisce all’acquirente medesimo la facoltà di adire il giudice, facendo

⁶⁸ Analogo meccanismo è delineato altresì dal § 2-609 UCC. La possibilità di risolvere il contratto in caso di mancata prestazione di adeguate garanzie non è prevista invece dall’art. III.-3:401 DCFR (il quale prevede in realtà la possibilità per il creditore di porre fine alla sospensione, ma senza disciplinare quelle che sono le conseguenze della loro mancata prestazione; v., tuttavia, l’art. III.-3:505), né era prevista, come si è già avuto modo di vedere, dall’art. 113 CESL, ai sensi del quale la sospensione poteva dunque protrarsi finché fosse sussistita la situazione di pericolo, senza peraltro che sussistesse la possibilità di reagire alla sospensione mediante la prestazione di adeguate garanzie. Sul punto, v. S. KEILER, in *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, cit., sub Art. 113, 581 s. e 587; B. ZÖHLING-JUD, *Rechtsbehelfe des Käufers im Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, in *Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, Eine Analyse des Vorschlages der Kommission*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, cit., 340.

fissare allo stesso un termine, alla scadenza del quale, se la cosa non è liberata, il contratto deve intendersi risolto.

Va notata la singolare somiglianza del congegno mirante allo scioglimento del vincolo con quello descritto dalla disposizione tedesca introdotta in occasione della riforma del diritto delle obbligazioni del 2002. Quest'ultima presenta, tuttavia, un ambito di applicazione parzialmente diverso rispetto alla citata disposizione di diritto interno, essendo destinata ad operare, analogamente al nostro art. 1461 cod. civ., anche al di fuori dei confini del contratto di compravendita. Inoltre, a differenza dell'eccezione dilatoria di cui al menzionato art. 1461 cod. civ., la quale richiede, per poter essere sollevata, il riscontro di una situazione di pericolo del futuro inadempimento derivante da un mutamento delle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti, la norma tedesca è destinata ad operare a prescindere dalle ragioni e dalle cause dalle quali emerge l'incapacità che quel pericolo abbia determinato⁶⁹.

3.2. CONGEGNO COMUNICATORIO EX ART. 72, COMMA 2°, CISG: DIFFERENZE RISPETTO AL MECCANISMO DI CUI ALL'ART. 71, COMMA 3°, CISG.

Il meccanismo delineato dal legislatore internazionale all'art. 72, comma 2°, CISG consente un contemperamento fra i diversi interessi che il problema dell'inadempimento anticipato pone.

Da un lato, esso soddisfa l'esigenza del creditore ad affrancarsi dal vincolo contrattuale, qualora questo sia divenuto inutile, stante la certezza (o elevata probabilità) del futuro inadempimento.

Dall'altro lato, quel medesimo meccanismo viene incontro alla necessità di assicurare al vincolo stesso – per quanto possibile – un'”apprezzabile” stabilità⁷⁰.

Il procedimento delineato dall'art. 72, comma 2°, CISG pone però al contempo diversi problemi pratici. La legge non è infatti molto precisa nello stabilire le modalità di trasmissione dell'informazione creditoria; né si preoccupa di specificare che cosa debba intendersi per “idonea garanzia”, la quale deve essere prestata affinché possa essere conservato il rapporto contrattuale.

Per quanto riguarda il significato da attribuire a quest'ultima locuzione, qualche utile indicazione è fornita invero dai lavori preparatori, nel corso dei quali si è cercato

⁶⁹ Per maggiori informazioni, si rinvia al prossimo capitolo.

⁷⁰ Per l'esigenza di contemperare tali interessi, v. M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 553.

appunto di individuare alcune ipotesi di “garanzie idonee” ad evitare lo scioglimento del contratto. Tali sarebbero, ad esempio, l’offerta anticipata della prestazione da parte del debitore così come la ricostituzione della garanzia patrimoniale. La corretta ripresa dell’attività preparatoria all’adempimento e il riadattamento da parte del debitore della propria organizzazione imprenditoriale sarebbero del pari sufficienti ad impedire lo scioglimento, salvaguardando la prosecuzione del rapporto⁷¹. Non adeguate sarebbero, per contro, le mere rassicurazioni e promesse di adempimento, così come le generiche manifestazioni dell’intento di eseguire la prestazione dovuta⁷². Idonea, si è precisato, sarebbe in ogni caso la sola garanzia “ragionevole” alla stregua del criterio di cui all’art. 8, comma 2°, CISG⁷³.

Se con riguardo all’interpretazione della nozione di “garanzia” sembrano di qualche utilità le indicazioni provenienti dai lavori preparatori, una pluralità di dubbi ermeneutici sorge, poi, ove si cerchi di individuare le concrete modalità con cui la parte determinata a risolvere il contratto debba comunicare all’altra la propria intenzione di porre fine al vincolo.

Ci si chiede così, innanzitutto, se la comunicazione del creditore richieda o no una forma particolare. L’art. 72 CISG non prevede alcunché al riguardo. Si ritiene pertanto,

⁷¹ Così A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell’adempimento*, cit., 276 s.

⁷² P. SCHLECHTRIEM, *Internationale UN-Kaufrecht*, cit., 181; A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell’adempimento*, cit., 277, secondo il quale occorre tuttavia distinguere fra le ipotesi in cui “il debitore intenda [...] prospettare un’errata interpretazione del contratto, dalla quale voglia far discendere una contestazione degli effettivi termini del suo adempimento” e quella in cui “il debitore, preoccupato da una comunicazione che ritiene infondata della controparte, riaffermi la sua intenzione di rispettare il contratto, offrendo dello stesso un’interpretazione corretta”: se, infatti, nel primo caso “il comportamento del debitore sembra fatalmente destinato ad integrare i contorni del rifiuto preventivo dell’adempimento ed apre la strada all’applicazione dell’art. 72, ult. com, CISG”, nel secondo caso “il carattere ingiustificato della comunicazione, priva di alcuna corrispondenza colla situazione reale, impedirà la risoluzione, precludendo ogni possibilità di valutare l’esistenza dell’idonea garanzia”. Cfr. R. KOCH, *The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, cit., 302 ss. che dopo aver precisato la necessità di guardare alle circostanze del caso concreto al fine di stabilire se una garanzia possa o no considerarsi adeguata, osserva come pochi sarebbero in realtà i casi nei quali si potrebbe ritenere idonea ad evitare lo scioglimento anche la mera affermazione del debitore circa la propria capacità d’adempiere. Ci si è chiesti, altresì, se possa considerarsi idoneo a conferire certezza alla situazione lamentata dal creditore il mero silenzio del debitore. Sul punto, si veda, ancora una volta, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell’adempimento*, cit., 277, secondo il quale il silenzio del debitore legittima il creditore a risolvere il contratto solo ove “la minaccia di recesso sia oggettivamente fondata”. Di contro, ove il ricorso al preavviso trovi la sua unica giustificazione nell’auspicio del creditore “che il silenzio del debitore possa” essere successivamente “valutato come indice di «certezza» atto a legittimare la sua condotta, sarà proprio il comportamento del recedente ad assumere i contorni del rifiuto preventivo e ad impedire di considerare legittimamente esercitato il rimedio”.

⁷³ R. HORNUNG, C. FOUNTOULAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 71, 822 s., Rn. 29. Per quanto riguarda la nozione di “adeguata garanzia” contenuta nell’art. 8:105 PECL, v. C. VON BAR, R. ZIMMERMANN, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht, Teile I und II*, cit., sub art. 8:105, 449.

da parte degli interpreti, che la notizia possa essere data in qualsiasi modo; salvo che, naturalmente, il contratto, gli usi o le pratiche internazionali richiedano una forma specifica (cfr. art. 9 CISG)⁷⁴.

A tal riguardo va sottolineata però l'utilità per il creditore, soprattutto ai fini probatori, di procedere ad una comunicazione "formale" del proprio intento all'altra parte: se in un momento successivo quest'ultima contestasse la legittimità e fondatezza dell'esercizio del rimedio risolutorio, il creditore avrebbe così la possibilità di dimostrare di aver trasmesso al debitore apposita informazione (scritta) circa la volontà di procedere allo scioglimento, senza aver tuttavia ricevuto alcuna assicurazione, idonea a giustificare un'ulteriore attesa.

In secondo luogo, ci si interroga, se esista o no un limite temporale entro il quale l'onere della comunicazione debba essere assolto.

Anche per quanto riguarda tale aspetto, la legge non fornisce alcuna specifica indicazione.

Senonché, si è osservato, la previsione di un termine sarebbe addirittura inutile, non sussistendo alcun obbligo per il creditore di dichiarare il contratto risolto prima della scadenza⁷⁵: posto in una situazione di incertezza, egli avrebbe bensì la possibilità di attivare il procedimento *ex art. 72*, comma 2°, CISG, ma potrebbe altresì decidere di sospendere semplicemente l'esecuzione della prestazione, avvalendosi del rimedio di cui all'art. 71 CISG, ovvero attendere (inerte) fino alla scadenza del termine⁷⁶; con il solo rischio di non poter successivamente domandare gli eventuali danni che non si sarebbero verificati, qualora egli avesse provveduto risolvere anticipatamente il contratto⁷⁷.

Ulteriori dubbi sorgono, ancora, nel silenzio della legge, relativamente al contenuto minimo della comunicazione creditoria. Al riguardo sono necessarie – secondo gli interpreti – l'indicazione della ragione per la quale si intende risolvere il

⁷⁴ Sembra in ogni caso necessario che i mezzi impiegati ai fini della trasmissione dell'informazione risultino "adeguati alle circostanze", come richiesto dall'art. 27 CISG. Di contro, non costituendo la dichiarazione del creditore un atto recettizio, si ritiene che essa produca senz'altro effetti ancorché non giunta a conoscenza dell'altra parte (v. art. 27 CISG). Sul punto, v.: B. SAENGER, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub art. 72, 2362, Rn. 6; P. HUBER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub art. 72, 2410, Rn. 15.

⁷⁵ Sul punto: R. HORNUNG, C. FOUNTOLAKIS in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 72, 820, Rn. 21.

⁷⁶ Cfr. § 2-610 UCC, il quale pure lascia al creditore diverse alternative.

⁷⁷ La scelta per il rimedio risolutorio, pur non costituendo un obbligo, assumerebbe così i connotati di un onere per la parte *in bonis*.

contratto nonché la precisazione della causa del temuto inadempimento essenziale. Non sembrano, invece, costituire contenuto necessario della dichiarazione di cui all'art. 72, comma 2°, CISG né l'informazione circa la possibilità di concedere idonea garanzia né la determinazione del termine entro il quale la medesima deve essere prestata⁷⁸. Ciò non significa comunque che un termine non possa essere stabilito (ed anzi, ragioni di opportunità imporrebbero al creditore di provvedere alla sua fissazione), purché naturalmente esso risulti ragionevole e quindi tale da consentire all'altra parte di provvedere all'offerta delle assicurazioni richieste⁷⁹.

Si discute, infine, in ordine alle conseguenze della mancata comunicazione da parte del creditore. In particolare, ci si chiede se l'omissione comporti in capo allo stesso la nascita di un mero obbligo risarcitorio; o se incida piuttosto sulla stessa validità ed efficacia della dichiarazione di scioglimento⁸⁰. Tende a prevalere

⁷⁸ R. HORNUNG, C. FOUNTOULAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 72, 820 s., Rn. 21; A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 275 s. Il giudizio di ragionevolezza, sottolinea l'A., "può essere operato, se del caso, anche in via successiva dal giudice, perché è chiamato a verificare se al debitore sia stata data la possibilità di comprendere che cosa sarebbe accaduto nel caso di mancata concessione della garanzia e che cosa egli avrebbe dovuto fare per impedire lo scioglimento del rapporto".

⁷⁹ Così R. HORNUNG, C. FOUNTOULAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 72, 822, Rn. 26, i quali sottolineano che anche in assenza di un termine, il creditore non potrebbe comunque dichiarare risolto il contratto prima del decorso di un periodo di tempo ragionevole. Così anche A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 276, secondo il quale "la ragionevolezza si" estende "anche alla valutazione di «sufficienza» del tempo necessario per la concessione, visto che anch'essa è connotata da margini di elevata adattabilità alle specifiche circostanze del caso e può essere concretizzata solo attraverso un'approfondita disamina della situazione fattuale che ha indotto il creditore a minacciare il recesso e della conseguente attività cautelativa che il debitore dovrebbe offrire per impedire la risoluzione". È appena il caso di osservare che nella CISG la ragionevolezza assume in realtà significati diversi a seconda del contesto in cui viene impiegata. Nel caso di specie, essa si pone come criterio temporale, alla stregua del quale valutare la congruità del termine fissato dal creditore che deve essere tale da attribuire all'altro contraente il tempo necessario per valutare le circostanze e prendere una decisione. Sul punto, v.: F. BERLINGIERI, *Lo standard del "reasonable man"*, in *La vendita internazionale, La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure, 26.-28.9.1980*, cit., 333 s.

⁸⁰ Sul punto, v. P. HUBER, *Antizipierte Nichterfüllung*, cit., 78; ID., *Anticipatory Breach*, cit., 62. Per l'efficacia costitutiva della dichiarazione, v., ad esempio: R. HORNUNG, C. FOUNTOULAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, begründet von P. SCHLECHTRIEM, herausgegeben von I. SCHWENZER, cit., sub art. 72, 819 s., Rn. 2, secondo i quali, nell'ipotesi in cui la comunicazione manchi, il successivo esperimento del rimedio risolutorio sarà improduttivo di effetti. Un'eccezione si avrà, secondo gli A., solo ove il debitore si mostri d'accordo con la scelta del creditore: in tal caso la dichiarazione di quest'ultimo, altrimenti invalida ed improduttiva di effetti, assumerà infatti il carattere di una proposta di risoluzione che, una volta accettata dalla controparte, determinerà senz'altro lo scioglimento del contratto; non più secondo il meccanismo di cui all'art. 72 CISG, ma per effetto del consenso delle parti che nella loro autonomia sono certamente libere di concludere contratti produttivi di effetti estintivi. In giurisprudenza: BGH, 15.2.1995, in *EWiR*, 1995, 451 s., con nota di P. SCHLECHTRIEM; nonché in *RIW*, 1995, 505, con nota di M. SCHMIDT-KESSEL, in *RIW*, 1996, 60 ss. *Contra*, tuttavia, R. HERBER, B. CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht*, cit., sub art. 72, 323, Rn. 5, secondo i quali la mancata informazione comporterebbe semplicemente l'obbligo per il creditore di risarcire il danno.

quest'ultima soluzione: se veramente si volesse ravvisare nell'onere della comunicazione di cui all'art. 72, comma 2°, CISG una mera formalità, si verrebbe infatti a privare il debitore della possibilità di evitare lo scioglimento attraverso l'offerta o la prestazione delle assicurazioni necessarie.

Si coglie, a questo punto, la fondamentale differenza che sussiste tra il procedimento di cui all'art. 72, comma 2°, CISG e quello descritto, invece, dall'art. 71, comma 3°, CISG⁸¹: mentre, infatti, la comunicazione di cui all'art. 72, comma 2°, CISG costituisce condizione per l'efficace esercizio del rimedio, il quale potrà essere esperito di conseguenza solo qualora, a seguito dell'avvenuta informazione, il debitore non provveda a fornire adeguate garanzie⁸², del tutto diversa è la portata della dichiarazione prevista dall'art. 71, comma 3°, CISG che, in quanto successiva all'esperimento del rimedio dilatorio, non può assumere "valore costitutivo" in ordine al prodursi degli effetti dell'eccezione⁸³.

La diversa natura delle due comunicazioni si riflette anche sulla funzione che assume nelle due ipotesi la prestazione delle garanzie da parte del debitore. In un caso quest'ultima impedisce la stessa possibilità di ricorrere al rimedio risolutorio, nell'altro opera invece come "evento di natura eliminativa" degli effetti già prodottisi a seguito della sospensione⁸⁴.

⁸¹ V., in particolare, F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 161 ss.; C. LIU, *Suspension or Avoidance due to anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, cit.; M. AZEREDO DA SILVEIRA, *Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, cit. Sulle diverse interpretazioni cui si presta l'art. 71, comma 3°, CISG, v. L.G. CASTELLANI, *Il contributo dei Paesi in via di sviluppo al diritto uniforme: una quantité négligeable?*, cit., 111, il quale sottolinea come, "dal punto di vista dei paesi sviluppati" la soluzione offerta dalla disposizione citata rappresenti invero "una concessione significativa alle richieste dei PVS, che permette alla parte solida economicamente di fugare ogni dubbio". Diversamente, "per i paesi in via di sviluppo" la norma prevedrebbe "un onere eccessivo ed inutile" il quale verrebbe "ad aumentare i costi di transazione contrattuali proprio quando non ne sussiste fondamento, portando al risultato paradossale che al contraente solido" converrebbe "sciogliere il contratto rifiutando la garanzia richiesta, per concludere un identico contratto con altro contraente senza costi accessori". Il testo lascerebbe, in altri termini, "eccessivo spazio a valutazioni discrezionali soggettive", penalizzando i contraenti in temporanee difficoltà economiche.

⁸² Per gli esiti inaccettabili di una ricostruzione che attribuisca efficacia perentoria alla comunicazione di cui all'art. 72, comma 2°, CISG, la quale indurrebbe "a credere che la concessione dell'idonea garanzia intervenga su un rapporto già sciolto e riesca in qualche misura a farlo rivivere, eliminando gli effetti estintivi già prodottisi", v. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 280.

⁸³ In caso di omissione della comunicazione di cui all'art. 71, comma 3°, CISG, la parte infedele si troverà pertanto a dover subire comunque gli effetti negativi della sospensione, potendo al massimo chiedere il risarcimento dei danni, sempreché riesca a dimostrare che – se informata – sarebbe stata in grado di porre rimedio alla situazione di pericolo attraverso la prestazione di adeguate garanzie. Così P. SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, cit., 87; F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 164 s.

⁸⁴ F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 165.

Quanto alle conseguenze della mancata prestazione delle assicurazioni richieste dall'art. 71, comma 3°, CISG, l'omissione del debitore determinerebbe secondo qualcuno la medesima certezza o chiarezza in ordine al verificarsi dell'inadempimento che deriva dall'infruttuosa comunicazione di cui all'art. 72, comma 2°, CISG e che è idonea a giustificare senz'altro l'immediata scioglimento del vincolo contrattuale⁸⁵.

In verità, nella sua versione definitiva la norma non prevede espressamente detta possibilità, la quale fu, tuttavia, prospettata nel corso dei lavori preparatori⁸⁶. Ciò indurrebbe allora, per parte della dottrina, ad escludere l'automatica operatività della risoluzione, la quale sarebbe in grado di spiegare i suoi effetti solo una volta accertati gli ulteriori presupposti di cui all'art. 72 CISG e, in ogni caso, solo a seguito di un'apposita dichiarazione del creditore⁸⁷.

Ben più chiara appare sul punto la formulazione del § 321 BGB. Quest'ultimo riprende bensì il contenuto della norma inserita nella CISG, riconoscendo però espressamente il diritto della parte solvibile di sciogliere il contratto se l'altro contraente non provveda a dare esecuzione alla prestazione o non offra adeguate garanzie entro un congruo termine. Consentendo alla parte *in bonis* di porre fine alla situazione di stallo che la sospensione inevitabilmente provoca, il legislatore tedesco sembra aver così accolto le autorevoli proposte avanzate nel corso dei lavori preparatori alla Convenzione di Vienna⁸⁸.

⁸⁵ Nel senso che, in caso di infruttuosa comunicazione di cui all'art. 71, comma 3°, CISG, il creditore potrebbe risolvere il contratto anche senza percorrere la strada descritta dall'art. 72, comma 2°, CISG, v.: P. HUBER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub art. 71, 2403, Rn. 23. Tale soluzione sarebbe preferibile anche secondo G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 490.

⁸⁶ Cfr. *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade*, cit., 37 s.

⁸⁷ Così P. SCHLECHTRIEM, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, cit., 156, testo e nota n. 15; J.S. ZIEGEL, *The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives*, in *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, edited by N.M. GALSTON, H. SMIT, New York, 1984, § 9.05, 9-35; V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 125.

⁸⁸ Va segnalata ancora una volta, anche sotto tale profilo, la modernità del congegno descritto dall'art. 1482 cod. civ. che, oltre a prevedere la possibilità per il compratore di sospendere l'esecuzione della prestazione dovuta nei casi in cui sussista un pericolo di evizione, attribuisce altresì allo stesso la facoltà di rivolgersi al giudice al fine di ottenere dallo stesso la fissazione di un termine, decorso inutilmente il quale il contratto si risolve automaticamente: anche la disposizione di diritto interno, al pari di quella di portata generale contenuta nel BGB, consente pertanto alla parte fedele, in specie all'acquirente, di porre fine a quella condizione di incertezza e di stasi del rapporto che consegue alla sua sospensione.

3.3. DEROGABILITÀ DEL PROCEDIMENTO DI CUI ALL'ART. 72, COMMA 2°, CISG:
“INSUFFICIENZA DEL TEMPO”.

In talune ipotesi la certezza richiesta ai fini della risoluzione può dirsi però raggiunta – per espressa volontà del legislatore – anche a prescindere dal ricorso al procedimento sopra descritto⁸⁹.

Così è, ad esempio, come si vedrà meglio in seguito, nel caso in cui il debitore abbia dichiarato o altrimenti manifestato la propria volontà di non adempiere, (art. 72, comma 3°, CISG)⁹⁰.

Ma così è pure nell'ipotesi in cui il tempo a disposizione non consenta al creditore di comunicare la propria intenzione di risolvere il contratto: è quanto emerge espressamente dall'art. 72, comma 2°, CISG, dove si precisa appunto che l'onere della comunicazione deve essere assolto solo “se vi è tempo sufficiente”.

Ci si potrebbe domandare, che cosa abbia inteso il legislatore con l'inciso in esame⁹¹.

A chiarire il significato dell'oscura formulazione normativa soccorrerebbe – si è precisato – lo stesso art. 72, comma 2°, CISG, segnatamente nella parte in cui richiede che la notizia data dal creditore sia “ragionevole”⁹²: se è vero che per poter soddisfare il requisito della ragionevolezza la comunicazione deve essere tale da consentire al

⁸⁹ Secondo P. HUBER, *Antizipierte Nichterfüllung*, cit., 76 e 78 esisterebbero praticamente due rimedi (principali) contro l'inadempimento anticipato: (la sospensione e) la pretesa di idonee garanzie, con conseguente scioglimento del contratto in caso di loro mancata prestazione e l'immediata risoluzione del contratto. Orbene, mentre il ricorso al primo rimedio presupporrebbe una situazione di pericolo in ordine al conseguimento della controprestazione (cfr. artt. 8:105 PECL; 7.3.4. Principi Unidroit; III. – 3.505 DCFR e oggi anche artt. 113 e 133 CESL), l'immediato scioglimento sarebbe possibile di contro solo in presenza di una situazione di certezza del futuro inadempimento (cfr. artt. 9:304 PECL; 7.3.3. Principi Unidroit; III. – 3:504 DCFR e oggi anche artt. 116 e 136 CESL). Tale duplicità di rimedi – si ritiene – emergerebbe invero anche dalla CISG, ai sensi della quale la certezza legittimante l'immediata risoluzione sarebbe peraltro riscontrabile solo in presenza di un rifiuto anticipato del debitore di adempiere alla propria obbligazione. A differenza di quanto sostiene Huber, non vi sarebbe quindi una diversità di disciplina rispetto agli altri testi di origine sovranazionale. L'art. 72, comma 2°, CISG non richiederebbe, infatti, la prestazione di idonee garanzie in presenza di una situazione di certezza, come sembra affermare l'A., ma detterebbe appunto una regola applicabile a tutti i casi in cui tale certezza non possa dirsi ancora raggiunta. L'esonero del creditore dalla necessità di attivare il procedimento di cui all'art. 72, comma 2°, CISG nei casi in cui il debitore abbia rifiutato di adempiere sarebbe, poi, chiara dimostrazione della convinzione del legislatore internazionale che una certezza del futuro inadempimento può sussistere – al di fuori dei casi di impossibilità sopravvenuta della prestazione (v. art. 72, comma 2°, prima parte, CISG) – solo ove uno dei contraenti abbia esplicitamente dichiarato di non voler eseguire la prestazione dovuta. Conclusione, questa, con cui sembra concordare peraltro anche lo stesso Huber: “*Einigkeit besteht darin, dass es in den Fällen der Erfüllungsverweigerung keiner Aufforderung zur Sicherheitsleistung bedarf*”. Cfr., in lingua inglese, ID., *Anticipatory Breach*, cit., 60 ss.

⁹⁰ V. *infra*.

⁹¹ Si è osservato, da parte di alcuni interpreti, che il debitore sarebbe sempre in grado di fornire la prova che il tempo a disposizione non era sufficiente. Così, ad esempio, M.G. STRUB, *The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries*, cit., 499.

⁹² Sul principio di ragionevolezza nella CISG, v. *supra*.

debitore l'offerta di adeguate garanzie, ne deriva che la medesima comunicazione può essere omessa ogniqualvolta risulti chiaro che il debitore – ancorché informato – non sarebbe comunque in grado di fornire una garanzia oggettivamente idonea a superare la situazione lamentata dal creditore; circostanza, questa, che sussisterebbe, ad esempio, ove i tempi necessari per l'avvio del procedimento *ex art. 72*, comma 2°, CISG fossero insufficienti per garantire il soddisfacimento dell'interesse creditorio se non con un notevole ritardo⁹³; oppure nell'ipotesi estrema in cui venisse riscontrata la materiale impossibilità della prestazione⁹⁴.

Sul punto è bene notare che nella Convenzione di Vienna l'assoluta irrealizzabilità della prestazione integra un inadempimento anticipato, come tale rilevante ai fini della risoluzione, anche se non è dovuta a causa imputabile al debitore.

In realtà, se nessun dubbio è mai sussistito in ordine alla possibilità di ammettere l'operatività del rimedio risolutorio in presenza di una manifestazione del debitore contraria alla volontà di adempiere⁹⁵, più di qualche discussione è sorta, di contro, nel corso dei lavori preparatori, relativamente all'opportunità di estendere la tutela anche a quelle ipotesi in cui l'inadempimento anticipato, lungi dal dipendere da un rifiuto del debitore o da un suo comportamento contrario alla volontà di adempiere, sia piuttosto da ricollegare alla sussistenza di circostanze oggettive le quali rendano estremamente difficile, se non impossibile, il futuro adempimento⁹⁶.

In conclusione è prevalsa, tuttavia, l'interpretazione più ampia, sicché, nella sua versione attuale, l'art. 72 CISG si presta a ricomprendere sia le ipotesi in cui l'inadempimento si presenti quale conseguenza di una dichiarazione o di un

⁹³ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui la merce promessa in vendita consista in prodotti la cui commerciabilità è strettamente connessa alla loro distribuzione in un dato momento. Sul punto, cfr. R. HORNUNG, C. FOUNTOULAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 72, 821, Rn. 23; A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 72, 293; M.G. BRIDGE, *Issues Arising Under Articles 64, 72 and 73 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, cit., 416; P. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, cit., 182: "Die zeitliche Schranke wird vor allem dann eine Anzeige entbehrlich machen, wenn der Erfüllungstermin kurz bevorsteht, so dass der andere Teil ohnehin keine Gelegenheit mehr hat, die Aufhebung durch Stellung ausreichender Sicherheiten abzuwenden. „Unvernünftig“ und deshalb unnötig ist eine Anzeige dann, wenn sie nutzlose Förmlichkeit wäre, weil entweder Sicherheiten ohnehin nicht gestellt werden können, etwa wenn die andere Partei durch Kriegsereignisse von allen Verbindungen abgeschnitten ist, oder wenn Sicherheiten einen drohenden Vertragsbruch nicht ausgleichen können“.

⁹⁴ V. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 276, secondo il quale sarebbe difficile immaginare "quale condotta il debitore possa tenere per garantire ciò che è già impossibile, né quale residua utilità possa avere il mantenimento di una finalità conservativa del rapporto, ormai compiutamente compromesso". V. anche p. 284.

⁹⁵ Sul punto, v. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 266.

⁹⁶ V. *supra*.

comportamento antidoveroso del debitore, sia quelle in cui ad escludere la futura esecuzione della prestazione siano fatti estranei alla sua sfera di controllo. La risoluzione si presenta così quale rimedio che consente di reagire contro tutti gli atti e fatti lesivi delle aspettative riposte dal creditore nell'esatta attuazione del contratto, mentre la manifestazione oppositiva del debitore, lungi dal costituire l'ipotesi di inadempimento anticipato per eccellenza, rappresenta solo una delle possibili violazioni contrattuali che, verificandosi *ante diem*, legittimano il creditore a risolvere anticipatamente il contratto⁹⁷.

Ne deriva che il creditore è legittimato a sciogliersi dal vincolo *ex art. 72 CISG* anche in presenza di situazioni che, secondo il diritto interno italiano, sarebbero più correttamente qualificabili come ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore, come tale idonea – a prescindere dal momento in cui si verifichi – a determinare l'immediato, ma soprattutto l'automatico scioglimento del contratto⁹⁸.

Al riguardo, si può in realtà notare come anche la giurisprudenza e la dottrina italiana, nell'occuparsi del complesso problema della risoluzione prima del termine, tendano ad assimilare le ipotesi di inadempimento determinato da impossibilità anticipata della prestazione dovuta a causa non imputabile al debitore a quelle in cui l'impedimento all'esecuzione della prestazione risulti invece ascrivibile ad un fatto del debitore medesimo. In entrambi i casi sussisterebbe la possibilità per il creditore di avvalersi del rimedio risolutorio⁹⁹.

Profili di diversità tra le due ipotesi si potrebbero forse riscontrare, secondo la ricordata impostazione ermeneutica, oltretutto naturalmente sul piano delle concrete modalità dell'operare dello strumento di tutela, con riguardo alla possibilità di cumulare a quello risolutorio anche il rimedio risarcitorio, il quale rimarrebbe esperibile – come

⁹⁷ V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 130.

⁹⁸ Dalla scollatura qualificatoria non sembrano in ogni caso discendere differenze sostanziali sul piano degli effetti. L'impossibilità sopravvenuta rientra infatti, anche secondo il nostro codice civile, fra le cause di risoluzione del contratto. Quanto, poi, alla responsabilità risarcitoria, dove sussiste il vero discrimine fra le due fattispecie di inadempimento imputabile e non, il testo uniforme sembra dettare una regola per molti versi simile a quella dell'art. 1218 cod. civ., esonerando il debitore dall'obbligo di risarcire i danni ove l'inadempimento sia dovuto a causa estranea alla sua sfera di controllo (cfr. art. 79 CISG). V. più approfonditamente *infra*.

⁹⁹ V. CASS., 4.3.1970, n. 529, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 261 ss.; in Rep. Foro it., 1970, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 265; nonché in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, a cura di A. VENTURELLI, Torino, 2013, 302 ss., secondo la quale “la risoluzione del contratto può verificarsi anche prima della scadenza del termine stabilito”, oltretutto nei casi in cui “uno dei contraenti manifesti, con atti positivi, la sua intenzione di non adempiere”, anche qualora “la prestazione non possa essere eseguita nel tempo previsto”.

emerge chiaramente dall'art. 1218 cod. civ. – nei soli casi di inadempimento dovuto ad impossibilità derivante da causa imputabile al debitore.

Senonché, ad una conclusione non dissimile parrebbe doversi pervenire in definitiva anche con riguardo alle fattispecie sottoposte all'applicazione della legge uniforme, nella quale l'azione risarcitoria trova bensì il suo presupposto nella previa risoluzione del contratto, ma nella quale l'art. 79 circoscrive comunque la responsabilità (risarcitoria) della parte contrattuale infedele ai soli casi in cui quest'ultima non riesca a provare che l'impossibilità della prestazione non sia ad essa imputabile.

Differenze tra la CISG e l'ordinamento interno sarebbero riscontrabili, in definitiva, oltreché (eventualmente) con riguardo al momento in cui può essere fatta valere la pretesa risarcitoria¹⁰⁰, sul piano della concreta operatività del rimedio dello scioglimento nei casi di impossibilità anticipata della prestazione del debitore. Mentre, infatti, nel diritto interno la sua attivazione richiederebbe, nei casi di impossibilità imputabile, l'esperimento di un'azione giudiziale (cfr. art. 1453 cod. civ.) o l'attivazione del meccanismo della diffida *ex* art. 1454 cod. civ., operando lo scioglimento automatico nei soli casi di impossibilità derivante da atti o fatti non ascrivibili al debitore (v. artt. 1256, 1463 cod. civ.), nella CISG la risoluzione parrebbe invece dipendere, in ogni caso, da una dichiarazione della parte contrattuale *in bonis*. Una dichiarazione ai fini dello scioglimento sarebbe richiesta, dunque, anche nei casi di impossibilità della prestazione (ipotesi nella quale sarebbe invece sufficiente, nel diritto interno, invocare od eventualmente far accertare la risoluzione già verificatasi automaticamente al sopravvenire dell'impossibilità). Ma un'analoga dichiarazione sarebbe sufficiente, a prescindere da qualsiasi domanda giudiziale, anche nei casi di impossibilità non imputabile (nei quali sarebbe invece necessario, nell'ordinamento interno, optare per la strada di cui agli artt. 1453 ss. cod. civ. e domandare, quindi, la risoluzione in via giudiziale o, comunque, previa diffida *ex* art. 1454 cod. civ.).

La diversità tra le due discipline parrebbero invero attenuarsi (o accentuarsi, a seconda del punto di vista)¹⁰¹, aderendo alla tesi che va affermandosi fra gli autori italiani, secondo la quale, anche in caso di impossibilità imputabile della prestazione,

¹⁰⁰ Per maggiori informazioni al riguardo, si rinvia ai capitoli IV e V.

¹⁰¹ Stando alla tesi che si sta per illustrare, le differenze di disciplina si attenuerebbero, giacché in nessun caso di impossibilità sarebbe in realtà richiesta una domanda giudiziale di risoluzione costitutiva dell'effetto estintivo-interruttivo del rapporto. Dall'altro lato, la disciplina italiana non richiederebbe, ai fini della produzione degli effetti risolutivi, neppure una dichiarazione stragiudiziale di produzione del suddetto effetto che conseguirebbe, in ogni caso, in via automatica al verificarsi dell'impossibilità, salva la facoltà di domandarne l'accertamento.

purché totale e definitiva, lo scioglimento del contratto opererebbe, al pari di quanto succede nelle ipotesi di impossibilità non imputabile, in maniera immediata ed automatica, essendo sostanzialmente impraticabile l'alternativa fra risoluzione ed adempimento di cui all'art. 1453 cod. civ.; sicché, in conclusione, una diversità di trattamento e di conseguenze fra i due casi di impossibilità sussisterebbe solo in punto di risarcimento del danno¹⁰².

È discusso peraltro se quest'ultimo possa essere richiesto anche prima dello spirare del termine previsto per l'attuazione del rapporto. A differenza di quanto emerge dalla disciplina della CISG, nell'ambito della quale la pretesa risarcitoria sembrerebbe poter conseguire in ogni caso ad una risoluzione del rapporto, nell'ordinamento interno è dubbio se la domanda risarcitoria possa essere avanzata anche prima del termine fissato per l'adempimento¹⁰³.

Tornando all'esame del requisito della ragionevolezza di cui all'art. 72, comma 2°, CISG, si può notare come manchi poi unanimità di vedute in ordine alla possibilità di ritenere operante il relativo giudizio non solo con riguardo alle modalità di trasmissione della notizia, la quale – si è visto – sarebbe inutile, ogniquale fosse da ritenere irragionevole a causa della scarsità del tempo a disposizione, ma anche con riferimento alla doverosità della medesima.

Il problema trova le proprie origini nella formulazione tedesca della norma che, nel prescrivere la necessità di provvedere alla comunicazione solo quando il tempo lo consenta e la stessa risulti ragionevole secondo le circostanze (“*wenn es die Zeit erlaubt und es nach den Umständen vernünftig ist*”), sembrerebbe appunto prevedere quali requisiti per la necessità della notizia *ex art. 72, comma 2°, CISG* la “sufficienza del tempo” e, in aggiunta, la “ragionevolezza” della comunicazione¹⁰⁴.

¹⁰² Si veda, sul punto, M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013, 97.

¹⁰³ Sul problema v. *infra*.

¹⁰⁴ Cfr. P. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, cit., 182, Rn. 274; C. BRUNNER, C. HURNI, in *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, cit., sub art. 72, 982, Rn. 10; R. HORNUNG, C. FOUNTOLAKIS, in *Schlechtriem/Schwenzer Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen des Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, herausgegeben von I. SCHWENZER, cit., sub art. 72, Rn. 23, secondo i quali l'obbligo della comunicazione di cui all'art. 72, comma 2°, CISG sussisterebbe solo in presenza di entrambi i presupposti. Ma v. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 273, secondo il quale sarebbe assurdo estendere la regola operativa elaborata sulla base della formulazione tedesca della norma a sistemi nei quali vengono invece seguite versioni diverse. Sottolinea ancora l'A. che a presentare un non marginale ostacolo alla tesi che presuppone l'esistenza di due presupposti alternativi, quello della sufficienza del tempo e quello della ragionevolezza della comunicazione, sarebbe a ben vedere la stessa formulazione tedesca della

Sennonché, eccessiva appare in realtà l'accentuazione delle differenze derivanti dalle due interpretazioni: la preferenza per la soluzione imposta dalla formulazione tedesca della norma, che nasconde senz'altro un tentativo di valorizzare l'esperienza giuridica di quell'ordinamento¹⁰⁵, non parrebbe infatti condurre ad esiti applicativi dissimili da quella, indubbiamente più corretta alla luce dell'esigenza di uniformazione internazionale, che discende invece dalle altre versioni linguistiche ufficiali. Entrambe le impostazioni ermeneutiche imporrebbero in definitiva di considerare, al fine di stabilire la doverosità o meno della notizia, anche fattori diversi da quello temporale¹⁰⁶.

3.3.1. SEGUE: RIFIUTO DI ADEMPIERE RESO PRIMA DELLA SCADENZA DEL TERMINE (ART. 72, COMMA 3°, CISG).

Come sopra accennato, la previa comunicazione dell'intenzione di risolvere il contratto risulta superflua, inoltre, qualora il debitore abbia dichiarato di non voler adempiere (art. 72, comma 3°, CISG): l'esigenza di ancorare la tutela anticipata ad una situazione oggettivamente valutabile, la quale ha indotto i redattori della CISG a "procedimentalizzare" l'attuazione del rimedio risolutorio, non ha dunque riguardato il rifiuto preventivo che, agli occhi del legislatore internazionale, risulta invece di per sé idoneo, al pari della situazione in cui sia impossibile la concessione di un termine per l'offerta di idonee garanzie, a determinare quella certezza in ordine al verificarsi del futuro inadempimento che normalmente non può dirsi raggiunta se non a seguito della comunicazione creditoria e della mancata prestazione di idonee garanzie da parte del debitore.

In realtà, si potrebbe obiettare, come peraltro si è fatto, che neppure una dichiarazione di non voler adempiere sia sempre idonea a determinare quella certezza e

disposizione e segnatamente l'impiego della congiunzione "und" (al posto di "oder") che nella stessa viene fatto.

¹⁰⁵ Così A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 274, che sottolinea appunto come l'orientamento privilegiato sulla base della versione tedesca della norma cerchi di valorizzare l'esperienza giuridica di quell'ordinamento, "svalutando" tuttavia "le novità della Convenzione e cercando di piegarne l'interpretazione entro canoni ermeneutici forse più rassicuranti, perché coincidenti con quelli usualmente impiegati per affrontare identici problemi, ma in buona misura inconsapevoli del processo storico che ha portato alla formulazione del testo di origine internazionale".

¹⁰⁶ V., in particolare, P. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, cit., 182, Rn. 274: "M.E. wird dieser Gegensatz in der Literatur unnötig zugespitzt: Ist eine Anzeige als solche unvernünftig, dann ist es neben dem Zeitpunkt – auch den Umständen nach unvernünftig, eine Anzeige zu erwarten". Cfr. R. HORNUNG, C. FOUNTOULAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 72, Rn. 24, che pur aderendo alla tesi del c.d. "doppio presupposto", sottolineano come entrambe le interpretazioni possibili portino in realtà a considerare anche fattori diversi da quello temporale, sicché in definitiva l'adesione all'una o all'altra tesi non conduce ad esiti tanto diversi.

definitività dell'inattuazione che rappresentano presupposti indispensabile per procedere allo scioglimento *ante diem* del rapporto. Come spesso osservano gli interpreti italiani contrari a ricollegare al rifiuto debitorio la possibilità di procedere all'immediata risoluzione del contratto, la manifestazione oppositiva potrebbe infatti nascondere semplicemente "il gusto un po' gradasso del debitore di pavoneggiarsi agli occhi dei terzi"¹⁰⁷. Essa non sarebbe pertanto sufficiente in quanto tale a far presagire con certezza una futura violazione contrattuale. In particolare, al dichiarante non sarebbe affatto preclusa la possibilità di un'eventuale revoca o ritrattazione del rifiuto; sicché egli ben potrebbe risultare puntuale all'adempimento¹⁰⁸.

La perdurante possibilità dell'esecuzione della prestazione dovuta e la revocabilità del rifiuto fino a quando il creditore non abbia dichiarato di voler risolvere il contratto non renderebbero dunque per nulla sicuro l'inadempimento. Di conseguenza, ancora una volta sarebbe solo il ricorso alla procedura di cui all'art. 72, comma 2°, CISG che consentirebbe di qualificare come certa una situazione a ben vedere priva di tale connotato¹⁰⁹.

Va rilevata invero l'infondatezza di simili obiezioni che, se possono ritenersi sensate e condivisibili – come si vedrà – ove formulate con riferimento al diritto interno¹¹⁰, perdono di consistenza nel momento in cui le si sollevi con riguardo Convenzione di Vienna. Nel contesto della legge uniforme l'esplicito riconoscimento legislativo dell'immediata risolubilità del contratto escluderebbe infatti la possibilità di eventuali ripensamenti e ritrattazioni del debitore che, dopo aver dichiarato di non voler adempiere, non sarebbe più legittimato a farlo neppure laddove il creditore non avesse ancora provveduto a dichiarare lo scioglimento dal contratto¹¹¹.

Non sarebbe pertanto da condividere la posizione di chi¹¹², escludendo che la dichiarazione del debitore sia di per sé in grado di ingenerare la "certezza" del futuro

¹⁰⁷ G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 488.

¹⁰⁸ V., ad esempio, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 222 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia al capitolo IV.

¹⁰⁹ V. R. HORNUNG, C. FOUNTOLAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 72, 824 s., Rn. 35 s.

¹¹⁰ Si veda, in particolare, i capitoli IV e V.

¹¹¹ Il rifiuto del debitore precluderebbe la possibilità di adempiere proprio in quanto idoneo ad ingenerare nella controparte il legittimo affidamento nell'inesecuzione della prestazione. Ma v. più approfonditamente *infra*.

¹¹² V., in particolare, V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 123 ss. e 215 ss.; ID., *La risoluzione anticipata del contratto*, cit., in *Rass. dir. civ.*, 2006, 154 s.; G. CONTE,

inadempimento, ritenga di poter estendere anche alla Convenzione le medesime osservazioni sviluppate con riferimento al diritto interno, affermando come l'atto oppositivo del debitore non possa dare ingresso automaticamente alla tutela di cui all'art. 72, comma 1°, CISG: tali esiti, che sarebbero senz'altro condivisibili in assenza della previsione contenuta nell'art. 72, comma 3°, CISG e che ben possono essere formulati con riferimento al sistema normativo interno¹¹³, risulterebbero infatti incompatibili con la disciplina tracciata dalla Convenzione, la quale attribuisce rilevanza ai fini della risoluzione del contratto alla mera dichiarazione debitoria, senza ulteriori qualificazioni. Quest'ultima, presa in considerazione dal legislatore internazionale nella sua immediata lesività, sarebbe quindi sufficiente in quanto tale a determinare quella situazione di irreversibilità e di definitività dell'inattuazione che, oltre a legittimare l'immediato scioglimento del contratto (cfr. art. 72, comma 3°, CISG), impedirebbe altresì alla parte infedele qualsiasi ripensamento in ordine all'esecuzione della prestazione¹¹⁴; e ciò nonostante la perdurante possibilità e l'oggettiva realizzabilità della medesima¹¹⁵.

Ci si potrebbe chiedere, in realtà, soprattutto in considerazione della persistente eseguibilità della prestazione, se, una volta appresa la dichiarazione del debitore di non voler più adempiere, il creditore sia addirittura tenuto a risolvere senz'altro il contratto; o se possa, per contro, specialmente se ancora interessato all'attuazione dello scambio, sospendere semplicemente l'esecuzione della prestazione dovuta, assegnando al debitore un termine per consentire al medesimo di mutare opinione.

L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti, cit., 488 s.

¹¹³ Per maggiori informazioni, v. *infra*.

¹¹⁴ La lesività del rifiuto non dipenderebbe, dunque, a differenza di quanto succede negli ordinamenti *common law* ovvero in quello tedesco, da una previa valutazione di idoneità della dichiarazione debitoria ad evidenziare l'impossibilità della revoca.

¹¹⁵ A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 260 s., secondo il quale la dichiarazione anticipata di non voler adempiere sarebbe (nel sistema della Convenzione) "l'unica sicura fattispecie espressamente ricondotta alla [...] «certezza»" del futuro inadempimento. Cfr. anche pp. 284, 286 s., dove si sottolinea che, diversamente opinando, si dovrebbe estendere "la valutazione di «idoneità» della garanzia [...] anche alla semplice dichiarazione di disponibilità ad adempiere – atto senz'altro idoneo a revocare il rifiuto preventivo e, purtuttavia, chiaramente insufficiente a determinare un effettivo miglioramento della situazione del creditore". V. ancora pp. 295 ss. Secondo l'A. la dichiarazione di non voler adempiere certifica, oltre alla certezza, anche l'essenzialità dell'inadempimento. Cfr., tuttavia, P. SCHLECHTRIEM, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, cit., 151, secondo il quale la dichiarazione del debitore di non voler adempiere potrebbe talvolta essere considerata anche come ipotesi legittimante l'esperimento del rimedio dilatorio di cui all'art. 71 CISG: "*Grund zur Zurückhaltung ist jedenfalls auch die Ankündigung nicht leisten zu wollen*". Cfr. altresì p. 157, nota n. 17, dove si sottolinea che in presenza di un'univoca dichiarazione del debitore di non voler adempiere il creditore potrebbe risolvere immediatamente il contratto *ex art. 72, comma 3°, CISG*, ovvero sollevare l'eccezione dilatoria di cui all'art. 71 CISG.

Sul punto, si è notato fra gli autori che il rifiuto del debitore non sembrerebbe di per sé impedire il ricorso al rimedio di cui all'art. 71 CISG, né l'attivazione del procedimento di cui all'art. 72, comma 2°, CISG¹¹⁶: il creditore, soprattutto se ancora interessato all'adempimento, potrebbe dunque accordare al debitore l'opportunità di "cambiare idea" e dare esecuzione al contratto¹¹⁷.

La scelta di attribuire al contraente infedele un'altra *chance* spetterebbe però esclusivamente al creditore, il quale sarebbe dunque libero di optare per la diversa via dell'immediata risoluzione del contratto: nell'ambito della CISG il rifiuto autorizzerebbe infatti, per espressa previsione normativa, a fare affidamento sulla mancata attuazione del programma negoziale e a operare di conseguenza nella prospettiva della risoluzione senza che il dichiarante possa fare alcunché per opporvisi¹¹⁸.

Senonché, si potrebbe in realtà dubitare che la legge lasci effettivamente al creditore una siffatta possibilità di scelta: stante l'espressa previsione dell'immediata risolubilità del rapporto in presenza di un rifiuto, peraltro non meglio definito, potrebbe infatti apparire infondata l'attivazione, in presenza di una dichiarazione oppositiva del debitore, del procedimento di cui all'art. 72, comma 2°, CISG che, nel subordinare la conservazione del vincolo alla prestazione di adeguate garanzie, si tradurrebbe – per il debitore che abbia dichiarato di non voler più adempiere proprio per svincolarsi da un contratto oramai sconveniente, facendo affidamento sull'operatività del comma 3° dell'art. 72 CISG – in una pretesa illegittima ed, in ogni caso, contraria al disposto dell'art. 77 CISG, ai sensi del quale la parte che invochi l'inadempimento (anche anticipato) deve prendere le misure che risultino ragionevoli in relazione alle circostanze al fine di limitare il danno derivante dall'inadempimento. Nei casi di una dichiarazione del debitore con la quale lo stesso manifesti l'intenzione di non adempiere, il mancato scioglimento immediato del contratto ai sensi dell'art. 72, comma

¹¹⁶ Cfr. P. SCHLECHTRIEM, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, cit., 151; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 560 (per l'analoga possibilità nel diritto italiano, v. 555 ss.).

¹¹⁷ La scelta dell'attivazione del procedimento di cui all'art. 72, comma 2°, CISG e/o la sospensione ex art. 71 CISG dovrebbero essere preferita alla risoluzione immediata ex art. 72, comma 3°, CISG ogniqualvolta il rifiuto del debitore non fosse caratterizzato dai connotati della serietà e definitività idonei a far ritenere con un elevato grado di sicurezza che il dichiarante non ha intenzione di adempiere alla scadenza.

¹¹⁸ Cfr. M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 560 ss. La CISG sembra così risolvere ab origine il problema della tutela di un eventuale ed ipotetico diritto all'adempimento della parte infedele che viene meno nel momento stesso in cui questa dichiara di non voler eseguire la prestazione dovuta.

3°, CISG si tradurrebbe così in un'inosservanza della regola dell'art. 77 CISG ed impedirebbe, di conseguenza, al creditore di domandare il ristoro di quei pregiudizi che avrebbe potuto evitare ove, anziché procedere *ex art. 72*, comma 2°, CISG, avesse sciolto senz'altro il vincolo ai sensi del comma 3° della medesima disposizione¹¹⁹.

Altra domanda che ci si potrebbe porre è quella relativa alle conseguenze di un'eventuale mancata reazione del creditore che, una volta appresa la dichiarazione debitoria, rimanga inerte.

Non prevedendo la CISG un termine entro il quale la parte *in bonis* deve procedere alla risoluzione del contratto, si potrebbe immaginare che essa sia legittimata ad esercitare il suo diritto anche molto tempo dopo la manifestazione del debitore contraria alla volontà di adempiere¹²⁰; ferma restando, si capisce, l'impossibilità di domandare in tal caso il risarcimento di quei danni che avrebbe potuto evitare sciogliendosi immediatamente dal vincolo¹²¹.

Si pone, invero, il dubbio se il silenzio del creditore, soprattutto se protratto nel tempo, possa assumere ciononostante una qualche rilevanza. In particolare, ci si potrebbe chiedere se esso possa essere interpretato come rinuncia all'esperimento del rimedio risolutorio, con la conseguente possibilità per il dichiarante, di fronte all'inerzia della parte che ometta di esperire il rimedio risolutorio (entro un termine ragionevole)¹²², di eseguire la propria prestazione nonostante il precedente rifiuto.

Un'esplicita risposta a tale domanda è offerta, ad esempio, dal § 2-611 UCC, ai sensi del quale, se il creditore non ha ancora manifestato la volontà di risolvere il contratto, la dichiarazione anticipata può essere revocata solo se il termine di adempimento non sia ancora scaduto e la situazione in cui si trova il creditore non sia sostanzialmente mutata¹²³.

¹¹⁹ Precisamente, in tal caso la parte inadempiente potrà domandare una riduzione del risarcimento pari all'ammontare della perdita che avrebbe dovuto essere evitata. Per maggiori approfondimenti su tale punto, v. capitolo V.

¹²⁰ V. C. VON BAR, R. ZIMMERMANN, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht, Teile I und II*, cit., sub art. 9:304, 506, dove si sottolinea che la possibilità di risolvere il contratto sussiste fintantoché sussista la certezza circa il futuro inadempimento: "Die Partei, die sich einer antizipierten Nichterfüllung gegenüber sieht, kann den Vertrag jederzeit aufheben, solange feststeht, dass es zu einer wesentlichen Nichterfüllung seitens der anderen Partei kommen wird". Nel senso che il creditore sarebbe tenuto ad esercitare il suo diritto entro un termine ragionevole, v. P. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, cit., 182 s., Rn. 275. Così, con riferimento all'art. 136 CESL, C. WENDEHORST, in *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, cit., sub art. 136, 673, secondo la quale il creditore perderebbe il suo diritto ove non lo esercitasse entro un termine ragionevole (sul punto, v. art. 139, comma 2°, CESL).

¹²¹ V. *supra*.

¹²² V. P. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, cit., 182 s., Rn. 275.

¹²³ Il testo di tale disposizione è stato riportato nel capitolo I.

Meno esplicita è al riguardo la CISG che non prevede alcuna specifica regola per l'ipotesi in cui il creditore, a seguito del rifiuto debitorio, anziché esprimersi in ordine alla sorte del rapporto, preferisca rimanere inerte.

La risposta alla domanda che ci si è posti, se quindi sussista la possibilità per il debitore di tornare sui suoi passi, parrebbe dover essere ricercata, quindi, nel canone della ragionevolezza che nel contesto della CISG supplisce all'assenza di un'esplicita enunciazione del principio di buona fede. Ebbene, in forza del criterio enunciato dall'art. 8 CISG parrebbe doversi estendere anche alle fattispecie sottoposte all'applicazione della legge uniforme una soluzione analoga a quella esplicitata nello UCC. Con la conseguenza che il silenzio della parte contrattuale fedele di fronte al rifiuto dell'altro contraente non potrebbe rimanere privo di rilevanza e legittimerebbe, pertanto, colui che abbia precedentemente rifiutato la prestazione ad eseguirla comunque, salva la scadenza del termine previsto per l'adempimento¹²⁴.

È appena il caso di notare che diversa è la soluzione prospettata da parte della dottrina italiana la quale ritiene, di contro, di dover escludere che il silenzio del creditore consenta al debitore di mutare opinione ed eseguire la prestazione dovuta. Essendo infatti l'incertezza in ordine alla sorte del rapporto riconducibile pur sempre alla sua dichiarazione oppositiva, ne deriverebbe che, alla stregua del generale dovere di buona fede, egli sarebbe tenuto innanzitutto ad interpellare il creditore circa la sua disponibilità a ricevere la prestazione: solo nell'ipotesi in cui l'interpellato si ostinasse a non rispondere o ritenesse di autorizzare la prestazione, il debitore sarebbe legittimato a proporre l'esecuzione di quest'ultima senza il rischio di vedersi rifiutata la propria offerta¹²⁵.

3.3.2. *SEGUE: AMBITO DI OPERATIVITÀ DELL'ART. 72, COMMA 3°, CISG: NOZIONE DI RIFIUTO.*

Il diverso trattamento riservato dall'art. 72 CISG alle ipotesi di rifiuto anticipato di adempiere rispetto a quelle in cui la futura esecuzione della prestazione debitoria sia messa in pericolo da circostanze diverse rappresenta una novità non contemplata dal precedente art. 76 ULIS. Quest'ultimo si limitava ad attribuire alla parte contrattuale fedele il diritto a risolvere il contratto qualora fosse divenuto certo, prima ancora della

¹²⁴ A. VENTURELLI, *Il rifiuto dell'adempimento*, cit., 249 ss.

¹²⁵ Così M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 564 s.

scadenza del termine adempitorio, che al tempo fissato per l'esecuzione della sua prestazione l'altro contraente non avrebbe adempiuto.

L'introduzione del meccanismo di cui all'art. 72, comma 2°, CISG è il risultato – come si è visto – sia degli impulsi provenienti dai Paesi in via di sviluppo sia delle pressioni dei delegati di origine tedesca, abituati all'operare del rimedio del recesso solo quale conseguenza della fissazione e dell'inutile spirare del c.d. “*Nachfrist*”. La previsione dell'immediata risolubilità del contratto in presenza di una manifestazione debitoria contraria alla volontà di adempiere è, invece, espressione dell'esigenza di tenere in adeguata considerazione la proposta avanzata dai rappresentanti della delegazione americana. Questi hanno infatti insistito affinché fosse recepita nel testo della legge uniforme la ricostruzione dell'istituto dell'inadempimento anticipato così come conosciuta nei Paesi di tradizione *common law*, dove l'immediata dichiarazione di scioglimento è consentita senza la necessità di ulteriori adempimenti sol che il debitore abbia manifestato la volontà di non adempiere.

Come si è avuto modo di precisare, nei sistemi di area *common law* non si distingue tuttavia secondo che il rifiuto sia reso dal debitore in termini espressi oppure risulti da un suo contegno contrario alla volontà di adempiere: in entrambi i casi la parte fedele è legittimata a risolvere senz'altro il contratto anche prima della scadenza del termine.

Per come formulato l'art. 72, comma 3°, CISG non escluderebbe invero una simile conclusione anche con riferimento ai casi sottoposti all'applicazione della legge uniforme: la citata disposizione non richiede infatti, ai fini della propria operatività, che il rifiuto sia reso in una forma precisa.

La disposizione si limita, infatti, a stabilire che il comma precedente, e cioè l'art. 72, comma 2°, CISG che disciplina il procedimento comunicatorio, non si applica, se una delle parti abbia “dichiarato” (o, nelle versioni ufficiali, “*has declared*” , “*erklärt hat*”, “*a déclaré*”) che non eseguirà la propria prestazione. Ebbene, com'è noto, con il termine “dichiarazione” la dottrina tende a far riferimento sia ai casi di dichiarazione (o, *rectius*, manifestazione) espressa sia ai casi di dichiarazione tacita, la quale “viene a esistere per mezzo di fatti dimostrativi” o *facta concludentia*, concretizzandosi in “un contegno che, secondo la comune valutazione, sarebbe incompatibile con una volontà diversa da quella che si deduce dai fatti stessi”¹²⁶. Si potrebbe allora ritenere che, nel

¹²⁶ Così, in particolare, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2013, 128.

fare riferimento ad una “dichiarazione” di non voler adempiere, la norma citata si riferisca anche ai comportamenti diversi dalla manifestazione esplicita di una volontà contraria all’adempimento, dai quali sia dato egualmente desumere l’intenzione del debitore di non eseguire la prestazione dovuta.

Gli interpreti continuano comunque a discutere sull’esatto significato da attribuire all’espressione impiegata dal comma 3° dell’art. 72 CISG. Ci si chiede, in particolare, se possa effettivamente ritenersi compresa nella categoria del rifiuto di adempiere pure l’ipotesi in cui il debitore manifesti la volontà di non voler eseguire la prestazione dovuta tacitamente, e quindi mediante meri comportamenti concludenti, non accompagnati da un’espressa e diretta dichiarazione di non voler adempiere¹²⁷.

In dottrina non è mancato chi, facendo leva proprio sulla formulazione dell’art. 72, comma 3°, CISG (il quale non distingue tra le diverse forme di “dichiarazione”), ha ritenuto che, pur in assenza di un rifiuto espressamente manifestato, la comunicazione dell’intenzione di risolvere il contratto da parte del creditore debba ritenersi parimenti superflua¹²⁸.

In senso contrario si sono espressi altri interpreti, secondo i quali la deroga prevista dall’art. 72, comma 3°, CISG dovrebbe considerarsi applicabile addirittura alle sole ipotesi in cui la volontà del debitore risulti dichiarata per iscritto¹²⁹.

A tale soluzione, prospettata in particolare dalla nostra dottrina ed ispirata chiaramente alla lettera dell’art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ.¹³⁰ si è obiettato, però, che, pur trovando (forse) un fondamento nel sistema giuridico italiano¹³¹ (dove la forma scritta del rifiuto è condizione indispensabile per poter attribuire allo stesso carattere di immediata lesività, necessaria quantomeno ai fini dell’automatica caduta in mora del debitore), essa perderebbe ogni giustificazione al di fuori dei confini nazionali e non sarebbe pertanto invocabile con riguardo alla disciplina contenuta nella Convenzione di

¹²⁷ Si pensi, ad esempio, a tutti quei casi in cui il debitore abbia già posto in essere condotte idonee a pregiudicare la realizzazione del rapporto, omettendo, ad esempio, di porre in essere la necessaria attività preparatoria, o determinando colpevolmente un peggioramento la propria situazione patrimoniale.

¹²⁸ C. BRUNNER, C. HURNI, in *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, cit., sub art. 72, 982, Rn. 11; P. HUBER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub art. 72, 2409, Rn. 14: “Richtigerweise sollte man nicht verlangen, dass die Erfüllungsverweigerung ausdrücklich erfolgen muss. Vielmehr kann sie auch konkludent erklärt werden“. V. anche M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 561 s.

¹²⁹ Così, ad esempio, A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 72, 294.

¹³⁰ Disposizione che prevede l’immediata caduta in mora del debitore il quale abbia dichiarato per iscritto di non voler adempiere. Per maggiori approfondimenti, v. *infra*.

¹³¹ Per maggiori approfondimenti, si rinvia al capitolo IV.

Vienna, nell'ambito della quale la forma scritta del rifiuto non è espressamente richiesta per poter ritenere lo stesso rilevante ai fini risolutivi¹³².

Ma anche chi non si è spinto al punto di richiedere una dichiarazione scritta del debitore ai fini dell'immediata esperibilità del rimedio di cui all'art. 72 CISG, non ha mancato di sottolineare la fondamentale differenza esistente tra la disciplina contenuta nella CISG e quella adottata dagli ordinamenti *common law* (così come – si vedrà – da quello tedesco), in cui il ricorso al “giudizio di concluzenza” ha consentito un allargamento del significato del termine “rifiuto”¹³³.

Nella Convenzione di Vienna, diversamente da quanto succede nei sistemi angloamericani (nonché, come si avrà modo di vedere, in quello del BGB), la legge distingue infatti tra due diverse discipline. In particolare, la legge uniforme detta una regola apposita per le ipotesi in cui il debitore abbia dichiarato di non voler adempiere, determinando così quella situazione di “certezza” (e di “essenzialità”)¹³⁴ dell'inadempimento che non può di regola dirsi realizzata se non ad esito dell'attivazione del procedimento di cui all'art. 72, comma 2°, CISG¹³⁵.

¹³² G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 489. Cfr. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 364 s., nota n. 176 che dopo aver rilevato l'impossibilità di ricondurre il rifiuto orale di adempiere alla fattispecie descritta dall'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ., sottolinea come tale impossibilità segni in realtà l'unica differenza tra la regolamentazione del nostro codice civile ed il disposto dell'art. 72, comma 3°, CISG.

¹³³ V. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 83 s. V. anche H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 116 ss., 119 s., che sottolinea, appunto, come sia nel diritto inglese che in quello tedesco la manifestazione della volontà di non adempiere possa in realtà assumere forme diverse. Più in particolare, si può distinguere fra un rifiuto dichiarato (“*Weigerung durch Erklärung*”), portato a conoscenza della controparte mediante un'espressa dichiarazione di volontà; e un rifiuto per fatto concludente (“*Weigerung durch schlüssiges Verhalten*”). Cfr. *Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati* (1957) 2 QB, 401, dove si sottolinea appunto che il rifiuto può consistere sia in una dichiarazione espressa, sia in una condotta. Così *Hochster v. De La Tour* (1853) 2 El & Bl 679; 118 ER 922. Per la giurisprudenza tedesca, si rinvia al prossimo capitolo.

¹³⁴ Similmente alla “*Nachfristsetzung*” dopo la scadenza del termine, il procedimento di cui all'art. 72, comma 2°, CISG costituisce un utile strumento anche per risolvere i dubbi in ordine al carattere essenziale o meno del futuro inadempimento. Cfr. C. VON BAR, R. ZIMMERMANN, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht, Teile I und II*, cit., sub art. 8:105, 448: “*Die Weigerung der anderen Partei, eine angemessene Erfüllungsgewähr zu geben, wird als wesentliche Nichterfüllung behandelt, die der benachteiligten Partei das Recht zur Vertragsaufhebung [...] gibt [...]*” V., tuttavia, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 292.

¹³⁵ V. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 271, che sottolinea appunto come “la formulazione letterale della norma si” sia “discostata dalle posizioni statunitensi anche in ordine alla descrizione delle modalità di realizzazione del rifiuto, precisando che il trattamento di favore per il creditore richiede, anziché una generica «manifestazione dell'intenzione di non adempiere», la prova dell'esistenza di una dichiarazione di non volerlo fare”. Cfr. p. 260, dove si precisa che “la riconduzione del rifiuto preventivo ad una situazione di «certezza» del futuro inadempimento” sarebbe un “elementare coordinamento secondo il criterio di specialità tra le tre previsioni in cui si articola la disposizione” dell'art. 72 CISG. “Stupisce”, secondo l'A., “che tale rilievo, suggerito dalla stessa formulazione letterale della norma, non sia stato adeguatamente valorizzato dalle [...] indagini dottrinali dedicate alla «certezza» del futuro inadempimento, la quale, del resto, per quanto attiene all'individuazione dei

Il rilievo non conduce tuttavia ad una soluzione univoca della questione relativa all'esatta delimitazione dei rispettivi ambiti di operatività delle due regole di cui ai commi 2° e 3° dell'art. 72 CISG. Da un lato si potrebbe, infatti, ritenere che il comma 3° faccia riferimento ai soli casi di dichiarazione espressa di non adempiere¹³⁶. Dall'altro lato, la formulazione letterale del comma 3° dell'art. 72 CISG non impedirebbe però neppure di giungere alla conclusione opposta, considerando la disposizione come idonea a ricomprendere tutte le ipotesi di rifiuto, e quindi sia i casi di manifestazione espressa che quelli di manifestazione tacita del debitore di non voler eseguire la prestazione promessa, purché univocamente interpretabile¹³⁷.

Aderendo alla seconda delle due impostazioni ermeneutiche si verrebbe, tuttavia, a limitare chiaramente l'ambito di operatività del comma 2° ai soli casi in cui il pericolo del futuro inadempimento derivi da circostanze estranee alla sfera volitiva del debitore, quali, ad esempio, un incendio nella sua fabbrica o in uno dei suoi magazzini; o, ancora, un terremoto o altro evento naturale del pari idoneo ad impedire alla parte obbligata di mantenere fede agli impegni assunti.

Senonché, va rilevato, anche gli interpreti favorevoli ad un'applicazione ampia della disciplina contenuta nell'art. 72, comma 3°, CISG, ammettono in definitiva l'opportunità per il creditore di attivare comunque il procedimento di cui all'art. 72, comma 2°, CISG se il rifiuto del debitore non sia sufficientemente univoco.

connotati che la caratterizzano, acquista contorni più definiti dalla constatazione secondo cui il rifiuto preventivo ne costituisce una forma di manifestazione". Cfr. p. 263, dove l'A. osserva che attraverso l'estensione della disciplina dettata dall'art. 72, comma 3°, CISG anche ai casi in cui manchi una "dichiarazione partecipativa di volontà" "si svaluta eccessivamente il dato normativo di origine internazionale che, sul punto, offre una precisazione illuminante, chiarendo che, nel sistema apprestato dalla Convenzione di Vienna, il ricorso al giudizio di conclusione si rivela definitivamente precluso dall'impossibilità di elevare il rifiuto preventivo a formula sintetica di una pluralità di situazioni fattuali, perché solo per la dichiarazione anticipata di non voler adempiere e non già per la generica manifestazione dell'intenzione di non farlo è apprestata la particolare previsione che ammette l'immediata risoluzione del contratto".

¹³⁶ Cfr. P. SCHLECHTRIEM, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, cit., 157, secondo il quale a legittimare l'immediata risoluzione del contratto sarebbe la sola espressa e chiara dichiarazione del debitore di non voler eseguire la prestazione dovuta. In tutti gli altri casi (l'A. fa riferimento alle ipotesi in cui il debitore richieda una modifica delle condizioni contrattuali, deducendo quale fondamento di tale richiesta l'avvenuto mutamento dei rapporti esistenti fra le parti, o rifiuti di adempiere contestando pretese violazioni contrattuali poste in essere dall'altro contraente) sarebbe, invece, necessaria l'attivazione del procedimento di cui all'art. 72, comma 2°, CISG.

¹³⁷ H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 120, secondo il quale l'art. 72, comma 3°, CISG è appunto idoneo ad abbracciare sia le ipotesi di rifiuto espresso sia le ipotesi in cui la volontà del debitore di non adempiere venga manifestata mediante comportamenti concludenti: "*Der unverrückbare Wille des Schuldners, nicht zu leisten, kann nicht nur in Gestalt von Erklärungen, sondern durchaus auch in einem bloßen Verhalten zum Ausdruck kommen*". Ciò che rileva, secondo l'A., è solo la circostanza che dalla dichiarazione o dal comportamento del debitore possa ricavarsi l'univoca e definitiva volontà del medesimo di non adempiere: "*Entscheidend ist allein, dass eindeutig auf den endgültigen Nichtleistungswillen geschlossen werden kann*".

L'immediata risolvibilità del vincolo è contemplata bensì dalla legge quale possibile mezzo di reazione di fronte a situazioni in cui emerga la volontà del debitore di non eseguire la prestazione dovuta. Lo scioglimento del rapporto assume però, anche nel contesto nella legge uniforme, carattere meramente residuale; sicché la sua operatività deve ritenersi limitata ai soli casi nei quali il presupposto della certezza risulti conseguito a prescindere dall'attivazione e dagli esiti del meccanismo comunicatorio di cui all'art. 72, comma 2°, CISG.

In altri termini, a differenza di quanto accade negli ordinamenti di *common law*, dove – stante l'assenza di una previsione quale quella di cui all'art. 72, comma 2°, CISG – l'esperibilità dello strumento risolutorio parrebbe poter prescindere da un'indagine circa la corrispondenza della volontà manifestata a quella effettiva del dichiarante, la legge uniforme sembrerebbe, invece, limitare la possibilità di determinare senz'altro lo scioglimento del contratto ai soli casi in cui l'atto oppositivo, in quanto connotato dai caratteri di serietà e di univocità, consentisse di ritenere la situazione dallo stesso determinata come definitiva e, quindi, non suscettibile di ulteriori modifiche¹³⁸.

Nella Convenzione di Vienna l'immediato scioglimento del vincolo contrattuale sarebbe pertanto possibile sol che una parte abbia manifestato, in qualsiasi forma, la sua volontà di non dare attuazione agli impegni assunti. Anche in tali ipotesi occorrerebbe però che il rifiuto – esplicito o tacito – del debitore fosse tale da far emergere una sua inequivoca volontà di non eseguire la prestazione. Non sarebbe quindi sufficiente, ai fini del conseguimento della certezza di cui al comma 1° dell'art. 72 CISG, la mera adduzione di giustificazioni o scuse, connesse, ad esempio, ad un'asserita condotta antidoverosa della parte destinataria della dichiarazione; o, ancora, ad un'assenza di liquidità derivante dalla mancata riscossione di crediti vantati verso soggetti terzi. In tali ipotesi si renderebbe quindi necessaria, per il creditore (salva la possibilità di sospendere l'esecuzione della propria prestazione *ex art. 71 CISG*), l'attivazione del meccanismo di cui all'art. 72, comma 2°, CISG: sarebbe solo mediante la previa comunicazione dell'intenzione di procedere allo scioglimento del contratto e a seguito del decorso del termine fissato a controparte che egli potrebbe conseguire la certezza

¹³⁸ Nel senso che rileverebbe il solo rifiuto serio e definitivo, con riferimento all'art. 116 CESL, ma basandosi su quella che è l'opinione prevalente nell'ordinamento austriaco: A. SCHOPPER, *Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrages oder eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte (Teil IV CESL Entwurf)*, cit., 137.

richiesta dal comma 1° ai fini della risoluzione del vincolo, evitando altresì eventuali future contestazioni in ordine alla fondatezza della dichiarazione risolutoria.

Ad una soluzione diversa si potrebbe addivenire interpretando il verbo “dichiarare” di cui al comma 3° dell’art. 72 CISG valorizzandone l’origine etimologica ed intendendolo, quindi, come riferito a tutti i casi di espressione chiara ed univoca del pensiero o comunque della volontà del dichiarante, resa con la parola o con lo scritto, con l’esclusione, quindi, delle manifestazioni non esplicite, emergenti da un mero comportamento concludente¹³⁹.

In tal modo si addiverrebbe al risultato per cui, a differenza del comma 2°, il quale troverebbe applicazione, fra l’altro, anche ai casi di rifiuto *per facta concludentia* o “*Weigerung durch schlussiges Verhalten*”, il comma 3° opererebbe con riferimento a tutti i casi di rifiuto reso mediante dichiarazione, intesa come manifestazione esplicita della volontà di non adempiere, espressa appunto in forma scritta o mediante le parole (“*Weigerung durch Erklärung*”)¹⁴⁰.

Peraltro, anche ove si volesse estendere la nozione di dichiarazione di cui al comma 3° dell’art. 72 CISG a tutte le manifestazioni di volontà, esplicite o tacite che siano, si dovrebbe pur sempre concludere che le seconde sono bensì idonee a legittimare un’immediata risoluzione del contratto da parte del destinatario dell’atto oppositivo, ma solo qualora risultino tali da non lasciare alcun dubbio in ordine all’effettività del futuro adempimento. Una dichiarazione tacita rilevante ai sensi dell’art. 72, comma 3°, CISG si avrebbe, così, ad esempio, nei casi di promessa in vendita del bene ad un soggetto diverso dall’acquirente; o nei casi di alienazione dello stesso ad un terzo che ne acquisti il possesso in buona fede (cfr. art. 1153 cod. civ.); o, ancora, nelle ipotesi in cui il debitore consumi o distrugga la cosa compravenduta o alla sua consumazione, escludendo in tal modo la possibilità di una sua futura consegna al compratore.

Si tratterebbe di ipotesi che sembrerebbero addirittura idonee ad assumere i connotati di un’impossibilità della prestazione, con conseguente applicazione del comma 2°, prima parte, dell’art. 72 CISG (e connessa inutilità del richiamo al comma 3° della medesima disposizione per ammettere l’immediato scioglimento del rapporto al loro verificarsi).

¹³⁹ Com’è noto il verbo “dichiarare” deriva dal latino “*declarare*”, il cui significato era quello di esprimere il pensiero chiaramente, cioè in modo non equivoco, con parola o con lo scritto.

¹⁴⁰ Così P. SCHLECHTRIEM, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, cit., 157. V., tuttavia, H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 116 s., che ritiene invece di poter ricondurre alla figura del c.d. rifiuto dichiarato (“*Weigerung durch Erklärung*”) ogni dichiarazione con cui il debitore contesti anche indirettamente la doverosità dell’adempimento.

Ciò posto, da escludere sarebbe, in ogni caso, la possibilità che una dichiarazione tacita di non adempiere, riconducibile all'art. 72, comma 3°, CISG possa essere ravvisata semplicemente nel mancato compimento di atti preparatori all'adempimento. Un siffatto comportamento, ove inidoneo a determinare l'impossibilità del futuro adempimento (con conseguente applicazione della prima parte del comma 2° dell'art. 72 CISG), non impedirebbe infatti l'esecuzione della prestazione e, quindi, il soddisfacimento dell'interesse creditorio al momento dovuto.

3.3.3. *SEGUE: RICONDUCIBILITÀ ALL'ART. 72, COMMA 3°, CISG DELLE MANIFESTAZIONE D'IMPOSSIBILITÀ DI ADEMPIERE.*

Ci si potrebbe chiedere, se rientri fra le ipotesi di cui all'art. 72, comma 3°, CISG, anche la dichiarazione con la quale il debitore, senza manifestare la propria volontà di non eseguire la prestazione dovuta, informi semplicemente la controparte circa l'esistenza di una situazione di oggettiva impossibilità di adempiere¹⁴¹. Si è osservato, infatti, da parte di qualche interprete, che in tal caso sarebbe la situazione di impossibilità in sé, e non la dichiarazione del debitore, ad assumere rilievo ai fini della risoluzione anticipata¹⁴².

Sul punto, giova comunque osservare come la soluzione del problema, interessante forse da un punto di vista dogmatico, non abbia in realtà implicazioni significative sul piano pratico, giacché, anche ove si ritenesse di negare l'assimilabilità della dichiarazione in esame a quella di rifiuto, e si attribuisse rilevanza esclusivamente all'oggettiva impossibilità della prestazione, le conseguenze non sarebbero sostanzialmente diverse da quelle che produrrebbe l'adesione alla tesi contraria: come si è avuto modo di vedere, l'impossibilità della prestazione rende infatti parimenti

¹⁴¹ In senso affermativo, v.: A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 72, 294; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 554 s. Così anche, nella giurisprudenza tedesca: BGH, 19.9.1983, in *NJW*, 1984, 48 s.; ID., 28.1.2003, in *NJW*, 2003, 1600. Nella giurisprudenza inglese, *Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati*, cit. Nella giurisprudenza italiana, v.: CASS., 14.3.2003, n. 3787, in *Contr.*, 2004, 446 ss.; in *Giust. civ.*, 2004, I, 458 ss.; in *Gius.*, 2003, 1570; in *Impr.*, 2003, 876; in *Arch. civ.*, 2004, 94; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 375 ss., secondo la quale l'eccezione di cui all'art. 1461 cod. civ. è opponibile anche ove sia certo o altamente probabile che l'altra parte non sia in grado di adempiere, indipendentemente dall'imputabilità dell'inadempimento.

¹⁴² G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 489.

superflua l'applicazione del meccanismo comunicatorio di cui all'art. 72, comma 2°, CISG¹⁴³.

Un diverso significato assumerebbe invece la dichiarazione con cui il debitore, senza escludere la possibilità di adempiere alla scadenza del termine, manifesti comunque un dubbio circa la propria attitudine ad eseguire la prestazione dovuta o a rispettare il termine contrattualmente previsto. In tal caso, la dichiarazione del debitore non può essere assimilata al rifiuto, né può essere inquadrata fra le ipotesi di impossibilità, costituendo piuttosto un atto di premura (o di eccesso di zelo) che il debitore pone in essere e che certo non consente al creditore di risolvere senz'altro il contratto. Preso atto delle difficoltà esistenti, egli potrà semmai sospendere l'esecuzione della propria prestazione, sollecitando l'offerta di adeguate garanzie; aggiungendo, ove lo ritenga, alla comunicazione di cui all'art. 71 CISG anche l'informazione relativa all'intenzione di sciogliere il vincolo nell'ipotesi in cui nessuna garanzia venga fornita (art. 72, comma 2°, CISG)¹⁴⁴.

4. INADEMPIMENTO ANTICIPATO NEI CONTRATTI A CONSEGNE RIPARTITE (ART. 73, COMMA 2°, CISG).

Esiste, infine, un'ulteriore ipotesi in cui il legislatore internazionale ha ritenuto di poter rinunciare alla necessità di procedere all'attivazione del meccanismo di cui all'art. 72, comma 2°, CISG. Il riferimento è al caso descritto dall'art. 73, comma 2°, CISG, disposizione che consente alla parte fedele di risolvere anticipatamente un contratto a consegne ripartite o successive (o meglio, di risolverlo per le obbligazioni non ancora scadute¹⁴⁵) se dall'inadempimento di una sola consegna (o di un solo pagamento)

¹⁴³ Del resto, sarebbe assurdo, o quantomeno inutile, attribuire al debitore la possibilità di offrire adeguata garanzia di adempimento dell'obbligazione ove egli avesse già dichiarato che non sarà in grado di farlo. Per quanto riguarda il diritto italiano, si è detto che la distinzione sul piano giuridico fra la dichiarazione di non voler e quella di non poter adempiere sarebbe irrilevante solo finché il discorso rimanesse in termini di inadempimento imputabile. In tal caso, la diversa portata delle due dichiarazioni sarebbe ravvisabile solo sul piano risarcitorio, dove la legge riconnette all'inadempimento doloso, qual è normalmente l'inadempimento da una dichiarazione di non voler adempiere, conseguenze diverse, in termini di danno risarcibile, rispetto a quelle che discendono da un inadempimento colposo (v. art. 1225 cod. civ.).

¹⁴⁴ G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 489 s. che sottolinea appunto come anche in tal caso risulti in realtà possibile addivenire alla risoluzione anticipata del contratto passando per il diverso meccanismo di cui all'art. 71 CISG. Cfr. M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 559.

¹⁴⁵ Cfr. T. BENNETT, in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, cit., sub art. 73, 534 s., Rn. 2.7; P. SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law.*, cit., 96, secondo il quale l'art. 73, comma 2°, CISG non consentirebbe la risoluzione dell'intero contratto che sarebbe invece possibile ai

derivino alla parte fedele “fondati motivi” per ritenere che l’altro contraente incorrerà in un inadempimento essenziale delle prestazioni non ancora esigibili¹⁴⁶.

La disposizione costituisce, in sostanza, una concretizzazione della regola contenuta nell’art. 72 CISG¹⁴⁷. Fra le due disposizioni sussistono tuttavia alcune fondamentali differenze¹⁴⁸.

Innanzitutto, l’art. 73, comma 2°, CISG presenta un campo di applicazione più limitato rispetto alla norma che lo precede: a differenza di quest’ultima, esso è destinato infatti ad operare esclusivamente con riguardo a quei contratti in cui le parti si impegnino ad eseguire le rispettive prestazioni in più parti e a più riprese successive¹⁴⁹.

sensi del solo art. 72 CISG. V., tuttavia, A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 73, 295, secondo il quale nell’ipotesi contemplata dall’art. 73, comma 2°, CISG sarebbe possibile la risoluzione dell’intero contratto.

¹⁴⁶ I “fondati motivi” non saranno invece necessari nell’ipotesi di cui all’art. 73, comma 3°, CISG che prevede la possibilità per il compratore di risolvere il contratto sia per le obbligazioni passate già eseguite sia per quelle future, ove risulti che queste per la loro interdipendenza non potrebbero essere utilizzate per i propositi contemplati dalle parti al tempo della conclusione del contratto. Cfr. G. SANTINI, *La sospensione e la risoluzione anticipata del contratto*, cit., 249.

¹⁴⁷ Così V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipate del contratto*, cit., 118; P. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, cit., 178 s., Rn. 269.

¹⁴⁸ Sul punto, v.: H.T. BENNETT, in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, cit., sub art. 73, 536 s., Rn. 3.3; A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 73, 297; H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 139 s.

¹⁴⁹ Per il campo di applicazione dell’art. 73 CISG, v.: P. SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law.*, cit., 96; A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 73, 296, che dopo aver sottolineato come sia “senza dubbio poco agevole individuare a quale categoria di contratti della nostra esperienza giuridica si riferisca l’art. 73 della Convenzione”, “se cioè si possa parlare per esso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, o di contratti a consegne ripartite, o a consegne «provvisorie»”, e dopo aver rilevato che “tale ricerca è anche metodologicamente poco corretta”, osserva come la norma sembri poter “essere riferita anche alla figura del contratto di somministrazione e ciò a prescindere da una estensione dell’interpretazione della legge uniforme”. Cfr. G. SANTINI, *La sospensione e la risoluzione anticipata del contratto*, cit., 249, secondo il quale i contratti ad esecuzione periodica di cui all’art. 73 CISG corrisponderebbero ai nostri contratti di somministrazione. V., tuttavia, F. PADOVINI, *La vendita internazionale dalle Convenzioni dell’Aja alla Convenzione di Vienna*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, 52. Cfr. P. SCHLECHTRIEM, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, cit., 159: “Gemeint sind dabei nicht nur Teillieferungen einer feststehenden Gesamtmenge sondern etwa auch Bezugsverträge, bei denen der Käufer für den vereinbarten Zeitraum nach Bedarf abrufen kann, etwa Bierbezugsverträge, Verträge über die Lieferung von Wasser oder Ferngas, usw. Dagegen betrifft Art. 73 nicht direkt Ratenzahlungsverträge und den Fall der Nichtzahlung oder verzögerten Zahlung einer oder mehrerer Abzahlungsraten. Allerdings gilt Art. 73 nicht nur für Verpflichtungen des Verkäufers”. Nel senso che l’art. 73 CISG troverebbe applicazione ai soli “Sukzessivlieferungsverträge” e non invece ai c.d. “Dauerschuldverhältnisse”, essendo il campo di applicazione della Convenzione limitato al solo contratto di compravendita, v. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 142. Cfr. le diverse formulazioni linguistiche ufficiali. Nella versione francese il riferimento è ai “contrats à livraisons successives”. Nella versione inglese si parla, poi, di “contract for delivery of goods by instalments”. V., infine, la versione tedesca della norma, rubricata “Sukzessivlieferungvertrag”. Per la disciplina di tali contratti, anche in prospettiva comparatistica, v. M. V. SCHEVEN, *Der Sukzessivlieferungsvertrag. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen Recht, zum Haager Einheitlichen Kaufrecht und zum UN-Kaufrecht*, Frankfurt a.M., Bern, New York, 1984.

Presupposto per lo scioglimento secondo l'art. 73, comma 2°, CISG non è, poi, la “certezza” del futuro inadempimento, quanto piuttosto l'esistenza, in conseguenza della mancata esecuzione di una prestazione già esigibile, di “fondati motivi” per ritenere che il contraente infedele incorrerà in un inadempimento essenziale dell'obbligazione futura¹⁵⁰.

Ai fini della risoluzione occorre, quindi, in primo luogo, l'esistenza di un inadempimento attuale (anche se non necessariamente essenziale¹⁵¹) relativo ad una o più singole parti in cui si articola l'obbligazione.

È necessario, inoltre, che fra la violazione attuale e quella futura sussista un nesso di causalità, nel senso che è proprio l'inadempimento relativo alla singola consegna o pagamento che deve indurre il creditore a ritenere che subentrerà in futuro un inadempimento essenziale¹⁵².

La regola speciale si distingue, infine, da quella generale per un ulteriore aspetto: mentre, infatti, l'art. 72 CISG prevede la necessità per il contraente fedele di dare notizia della propria intenzione di sciogliere il contratto all'altra parte (necessità

¹⁵⁰ Fra gli interpreti si discute sul significato da attribuire alla locuzione in esame. In particolare, si ripropone ancora una volta la questione relativa al grado di probabilità del futuro inadempimento necessario per procedere alla risoluzione del contratto. In dottrina si è osservato che gli artt. 71, comma 1°, 72 e 73, comma 2°, CISG richiederebbero quale presupposto per l'esperibilità dei rimedi da essi previsti tre diversi livelli di evidenza della violazione non ancora in atto. V., sul punto: P. HUBER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub art. 73, 2414, Rn. 13, che sottolinea la necessità di guardare alla diversa funzione delle tre disposizioni ovvero alle conseguenze dei rimedi dalle medesime regolati per stabilire il grado di probabilità da esse richiesto. Cfr. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 139. Sennonché, si è già avuto modo di vedere come difficile ed inutile risulti in realtà ricollegare l'ingresso dei diversi tipi di tutela anticipata alla previa individuazione di un preciso e non meglio definito grado di probabilità del futuro verificarsi dell'inadempimento. V. P. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, cit., 186, Rn. 279: “Aus der Formulierung sollte jedoch keine zu weitergehende Differenzierung der Prognosevoraussetzungen entnommen werden“. V. anche ID., *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, in *Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf, Lausanner Kolloquium*, cit., 160: “Ich glaube nicht, dass mit dem Unterschied der Formulierung tatsächlich unterschiedliche Sachvoraussetzungen beabsichtigt waren“. Cfr. ID., *Einheitliches UN-Kaufrecht*, cit., 89: “M.E. wird durch die verwendeten Formulierungen jedoch nicht ein unterschiedliches Maß an Gewißheit, das zudem kaum praktikabel wäre, verlangt. In Art. 73 II ist für den ähnlichen Fall. Daß ein wesentlicher Vertragsbruch hinsichtlich künftiger Sukzessivlieferungen zu erwarten ist, sogar die ursprünglich auch in Art. 71 I gebrauchte Formulierung „good grounds to conclude“ beibehalten worden. Entscheidend dürfte deshalb letztlich in allen drei Vorschriften – Art. 71 I, Art. 72 I und Art. 73 II – die Überzeugung eines vernünftigen Beurteilers sein, daß ein Vertragsbruch sicher zu erwarten ist“.

¹⁵¹ T. BENNETT, in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, cit., sub art. 73, 534, Rn. 2.7: “the failure itself is not required to constitute a fundamental breach”. Così anche A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 73, 297; R. HORNING, C. FOUNTOLAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 73, 832, Rn. 18.

¹⁵² V. R. HORNING, C. FOUNTOLAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 73, 833, Rn. 19 ss..

destinata a venire meno solo ove la comunicazione risulti inutile o il debitore abbia dichiarato di non voler adempiere), l'art. 73, comma 2°, CISG si limita a richiedere che la dichiarazione di risoluzione sia fatta entro un termine ragionevole dal verificarsi dell'inadempimento, senza quindi prevedere la necessità per il creditore di avviare un apposito procedimento comunicatorio¹⁵³.

Ci si potrebbe chiedere, quale sia la ragione di tale diversità di disciplina.

L'omessa previsione dell'onere di comunicazione nell'ipotesi di cui all'art. 73, comma 2°, CISG si potrebbe ascrivere, ad esempio, alla sussistenza, nel caso considerato, di una preesistente violazione contrattuale. Ancorché priva dei caratteri di essenzialità (necessari invece per procedere alla risoluzione del contratto in relazione a quella singola prestazione violata: cfr. art. 73, comma 1°, CISG)¹⁵⁴, tale violazione dovrebbe risultare comunque sufficientemente dannosa sì da legittimare una tempestiva reazione del creditore¹⁵⁵.

Al riguardo si deve tuttavia notare che l'esistenza (o, meglio, la preesistenza di una violazione contrattuale non è in realtà caratteristica esclusiva dell'ipotesi descritta dall'art. 73, comma 2°, CISG. Un inadempimento attuale è infatti compatibile anche con l'operatività dell'art. 72 CISG: quest'ultimo può trovare applicazione sia nei casi in cui il timore della futura violazione derivi da un fatto estraneo alle parti sia nei casi in cui il medesimo timore provenga da una condotta (colpevole) di uno dei contraenti la quale concreti di per sé un inadempimento (seppur di un obbligo meramente accessorio).

Il riscontro di una violazione attuale del sinallagma non costituisce peraltro, di regola, presupposto sufficiente per escludere l'applicazione del meccanismo descritto dal comma 2° della citata disposizione. Il ricorso allo stesso può essere omesso, come si è visto, solo ove la comunicazione risulti inutile (in quanto non consentirebbe

¹⁵³ Cfr. A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 73, 297. Nel senso, tuttavia, che il debitore sarebbe comunque in grado di porre rimedio all'attuale violazione offrendo adeguate garanzie, v. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 299.

¹⁵⁴ Ai sensi dell'art. 73, comma 1°, CISG, ove si verifichi un inadempimento essenziale relativamente ad una singola prestazione (consegna o pagamento) la parte in regola può dichiarare risolto il contratto limitatamente a quella prestazione. La norma in esame costituisce una novità non presente nel testo del precedente art. 75 ULIS, il quale conteneva le sole norme oggi ripetute nel 2° e 3° comma dell'art. 73 CISG.

¹⁵⁵ V., ad esempio, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 299 che sottolinea appunto come "l'inadempimento inizialmente lamentato dal creditore", pur non dovendo "già di per sé essere considerato «essenziale»", deve costituire "comunque un fatto già dannoso e sufficiente ad imporre una tempestiva reazione al suo autore".

comunque la prestazione di adeguate garanzie) o il debitore abbia già provveduto a dichiarare di non voler adempiere¹⁵⁶.

In base a quanto detto, non pare quindi condivisibile la tesi che riconduce l'omessa previsione, nell'art. 73, comma 2°, CISG, di un procedimento analogo a quello dettato dall'art. 72, comma 2°, CISG alla sussistenza, nell'ipotesi contemplata dalla prima disposizione, di una precedente violazione contrattuale; circostanza, questa, che risulta a ben vedere comune anche alla maggior parte dei casi che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 72, comma 2°, CISG.

Aderendo all'impostazione sopra prospettata si rischia, del resto, di privare della sua vera essenza l'art. 73, comma 2°, CISG che, lungi dall'attribuire rilevanza all'inadempimento della singola prestazione già esigibile, pone l'accento sulla perdita di fiducia in ordine ai successivi adempimenti che la violazione determina nella parte fedele¹⁵⁷; e di riproporre così quella concezione soggettiva dell'inadempimento anticipato che tanto fu criticata (e temuta) nel corso dei lavori preparatori¹⁵⁸.

Alla luce di ciò, si ritiene allora di dover concordare con l'opinione di chi – paventando i rischi di una possibile risoluzione fondata sulla semplice perdita di fiducia del contraente in regola – critica la scelta del legislatore internazionale di non estendere il meccanismo delineato all'art. 72, comma 2°, CISG anche alle ipotesi di cui all'art. 73, comma 2°, CISG¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Così peraltro lo stesso Venturelli (v. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 298 s.), secondo il quale “nelle ipotesi in cui solo il procedimento perentorio disposto dall'art. 72, 2° co., CISG renda «certo» il futuro inadempimento, una qualificazione in termini di pericolo della situazione che ha permesso al creditore di minacciare il recesso è senz'altro possibile, anche se non necessariamente automatica”; tuttavia, “dal fatto che essa possa legittimare la risoluzione anticipata, ai sensi della previsione in commento, la risoluzione anticipata del contratto non è possibile dedurre che quest'ultima operi solo a fronte di un pericolo, dal momento che ad esiti applicativi identici si deve pervenire anche per la violazione dell'attività preparatoria”.

¹⁵⁷ Cfr. V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 151 ss.; H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 140.

¹⁵⁸ Tuttavia, nel senso che la locuzione “good grounds”, impiegata dal legislatore nell'art. 73 CISG, andrebbe intesa in senso oggettivo, v. P. SCHLECHTRIEM, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, cit., 161: “Jedenfalls bedeutet „good grounds“, dass ein vernünftiger Beurteiler in der Situation der betroffenen Vertragspartei den Schluss gezogen hätte, dass auch die künftigen Verpflichtungen «wesentlich» verletzt werden würden – nicht etwa reicht aus subjektiver Ängstlichkeit entstandenes Misstrauen in die Zuverlässigkeit des anderen Teils allein aus”.

¹⁵⁹ Cfr. R. HORNUNG, C. FOUNTOULAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, cit., sub art. 73, 835, Rn. 24. Per il diverso campo di applicazione degli artt. 73, comma 2° e 72 CISG, v. P. HUBER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub art. 73, 2415, Rn. 18. L'art. 72 CISG troverebbe così applicazione prima della scadenza del termine previsto per l'esecuzione della prima consegna o pagamento; il ricorso al rimedio di cui all'art. 73, comma 2°, CISG sarebbe, per contro, possibile solo ove uno dei contraenti si fosse già reso inadempiente in relazione ad una delle obbligazioni da lui dovute. Nel senso che l'art. 73, comma 2°, CISG andrebbe applicato in via prioritaria rispetto all'art. 72 CISG, invece: R. HORNUNG, C. FOUNTOULAKIS, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das*

5. RIEPILOGO.

Analizzata la disciplina dell'inadempimento anticipato contenuta nella Convenzione di Vienna, pare opportuno riassumere brevemente i punti principali del discorso svolto.

La disciplina dell'istituto, predisposta dai redattori della CISG, è di particolare interesse ai fini della presente indagine. Oltre ad aver recepito la figura di origine angloamericana, il legislatore internazionale si è preoccupato, infatti, di dettare una pluralità di regole il cui obiettivo è di consentire alla parte fedele di gestire la fase di crisi del rapporto, sì da evitare le conseguenze dannose di una dichiarazione di scioglimento resa *ante diem* in assenza dei presupposti di certezza (e di essenzialità) del futuro inadempimento.

Posto di fronte ad una situazione di incertezza, il contraente *in bonis* dispone infatti, innanzitutto, del rimedio dilatorio di cui all'art. 71 CISG, esperibile, a differenza della nostra eccezione di sospensione *ex art.* 1461 cod. civ., anche ove il pericolo del futuro inadempimento non dipenda da un peggioramento delle condizioni economiche di controparte.

Inoltre, se interessata a svincolarsi dal contratto, la parte fedele può dare avvio al procedimento di cui all'art. 72, comma 2°, CISG.

L'attivazione del congegno comunicatorio consente, da un lato, di dare immediata rilevanza ad una situazione di squilibrio del sinallagma venuta a determinarsi prima della sopravvenuta esigibilità della prestazione. Dall'altro lato, garantisce il rispetto dei principi della conservazione del vincolo e del primato dell'adempimento in natura propri degli ordinamenti di *civil law*.

Il meccanismo di cui al comma 2° dell'art. 72 CISG non trova applicazione nei casi di insufficienza del tempo (art. 72, comma 2°, prima parte, CISG), qualora il debitore abbia dichiarato di non voler adempiere, così come – stando alla formulazione letterale della norma – nell'ipotesi descritta dall'art. 73, comma 2°, CISG, ai sensi del quale lo scioglimento di un contratto a consegne ripartite è possibile sol che sussistano fondati motivi per ritenere che subentrerà in futuro un inadempimento.

Emerge così l'estrema duttilità della disciplina contenuta nella Convenzione, la quale garantisce un contemperamento tra le diverse esigenze di tutela.

Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, begründet von P. SCHLECHTRIEM, herausgegeben von I. SCHWENZER, cit., *sub art.* 73, 836, Rn. 28.

La disciplina contenuta nella legge uniforme è di particolare interesse non solo per l'elevato livello di elaborazione delle soluzioni dalla medesima offerte¹⁶⁰, ma anche per la sua immediata operatività negli ordinamenti che hanno provveduto a darvi esecuzione.

Essa ha peraltro costituito e continua altresì a costituire il modello di ispirazione principale, accanto ai testi e progetti di diritto uniforme, per i legislatori nazionali alle prese con la riforma del loro diritto contrattuale interno.

Una prova della rilevanza della CISG quale modello di riferimento è data senz'altro dall'intervento riformatore tedesco del 2002, in occasione del quale è stato, fra l'altro, disciplinato – come già si è avuto modo di precisare e come si vedrà meglio nel prossimo capitolo – anche l'istituto dell'inadempimento anticipato.

¹⁶⁰ Per la valenza della CISG e per l'opportunità di guardare al diritto uniforme, v. F. PIRAINO, *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 cod. civ.*, cit., 392.

CAPITOLO III

INADEMPIMENTO ANTICIPATO

NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

1. Disciplina delle c.d. turbative dell'adempimento nell'impianto originario del BGB. – 2. Manifestazione anticipata di non adempiere quale ipotesi di violazione positiva del contratto. – 2.1. Segue: critiche alla ricostruzione della fattispecie del rifiuto in termini di lesione positiva e tesi alternative. – 2.2. Segue: ipotesi diverse dalla dichiarazione (esplicita) di non voler adempiere. – 3. Critiche alla disciplina contenuta nel BGB e riforma del diritto delle obbligazioni: novità principali. – 3.1. Segue: nuova disciplina dell'inadempimento. In particolare: rifiuto del debitore di adempiere. – 3.2. Segue: rifiuto anticipato e riconducibilità della figura alla regola del § 323, comma 4°, BGB. – 3.3. Segue: ipotesi di c.d. inadempimento anticipato diverse dal rifiuto di adempiere. – 4. Evidenza richiesta ai fini dell'esercizio del recesso anticipato dal contratto: problemi connessi al suo conseguimento. – 4.1. Rimedi alternativi: adempimento in natura e c.d. condanna in futuro (§ 259 ZPO). – 4.2. Segue: possibilità per il creditore di sollevare la c.d. eccezione di pericolo (§ 321 BGB). – 4.3. Segue: ammissibilità di una pretesa risarcitoria *ante diem*. – 4.3.1. In particolare: fondamento normativo del rimedio risarcitorio anticipato. – 5. Riepilogo.

1. DISCIPLINA DELLE C.D. TURBATIVE DELL'ADEMPIMENTO NELL'IMPIANTO ORIGINARIO DEL BGB.

Dopo aver analizzato le regole che governano la figura dell'inadempimento anticipato nella CISG, si tratta ora di esaminare la disciplina dedicata all'istituto nell'ordinamento tedesco.

A tal proposito va sin da subito rilevato che quello relativo alla configurabilità di un inadempimento anticipato è, in quel sistema, un problema antico, il quale ha occupato gli interpreti ben prima dell'esplicito riconoscimento, in occasione della riforma del 2002, dell'immediata esperibilità del rimedio risolutorio in presenza di una situazione di evidenza del futuro subentro dei presupposti richiesti per il suo esercizio (v. il nuovo § 323, comma 4°, BGB).

Una soluzione della questione relativa all'ammissibilità di un'immediata reazione del creditore di fronte al rischio del futuro inadempimento non era affatto agevole nel vigore del testo originario del BGB, in particolare in considerazione della rigidità del sistema della responsabilità contrattuale ivi predisposto, nel quale mancava a ben vedere la previsione di una figura di violazione del rapporto obbligatorio idonea a rappresentare il presupposto generale per l'esperimento dei rimedi contro l'inadempimento.

In siffatto quadro normativo si poneva pertanto il problema di individuare la disciplina applicabile alle inattuazioni del rapporto diverse da quelle espressamente contemplate.

Fra le fattispecie che non trovavano esplicita previsione e regolamentazione nel codice vi era innanzitutto quella del rifiuto (anticipato) di adempiere (la c.d. “*Erfüllungsverweigerung*”)¹.

La dichiarazione (o manifestazione) di non voler eseguire la prestazione dovuta veniva in realtà regolata nell’ambito della normativa speciale sul “*Werkvertrag*” o contratto d’appalto², dove il § 634, comma 2°, BGB (vecchio testo) esonerava il committente dal fissare un termine supplementare (cfr. comma 1°), fra l’altro, qualora il prestatore avesse rifiutato di eliminare i vizi riscontrati nell’opera³.

Ciò che mancava era, tuttavia, una disposizione che disciplinasse in termini generali le conseguenze di una manifestazione oppositiva del debitore.

Il BGB non conteneva neppure una previsione analoga al nostro art. 1219, n. 2, cod. civ., il quale – come si vedrà –, pur non prevedendo nel dettaglio tutti gli effetti scaturenti dal rifiuto debitorio, ricollega alla dichiarazione (scritta) del debitore di non voler eseguire la prestazione dovuta quantomeno la conseguenza dell’immediato ingresso degli effetti della mora; e che, secondo parte della dottrina, costituisce altresì il fondamento normativo per poter affermare l’immediata lesività del rifiuto, ancorché reso in forma orale e, addirittura, precedentemente alla scadenza del termine previsto per l’adempimento⁴.

Una norma sul rifiuto avente portata generale non era stata inserita neppure nel precedente codice del commercio (il riferimento è all’*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* del 1861 – ADHGB⁵), il quale dettava, nell’ambito della vendita

¹ Così, in particolare: H.G. LESER, *Die Erfüllungsverweigerung. Ein Typ der Leistungsstörungen*, in *Ius privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969, II, Nationales und vergleichendes Privatrecht*, herausgegeben von E. v. CAEMMERER, S. MENTSCHIKOFF, K. ZWEIGERT, II, Tübingen, 1969, 644; H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch. Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2008, 87.

² Il diritto tedesco accomuna le due figure di contratto d’appalto e di opera, riconducibili entrambe *sub* § 631 BGB (tuttora vigente), il quale definisce gli obblighi derivanti dal c.d. “*Werkvertrag*”, definendo quest’ultimo come quel contratto con il quale l’imprenditore si impegna a realizzare un’opera ed il committente a versare il corrispettivo (comma 1°), precisando altresì, al comma 2°, che oggetto del contratto può essere sia la produzione o modifica di una cosa, che un risultato diverso da realizzare con il lavoro o la prestazione di un servizio. Sul punto, v. S. PATTI, *L’appalto*, in *Manuale di diritto privato europeo, vol. II, Proprietà, Obbligazioni, Contratti*, a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, Milano, 2007, 1046.

³ Si riporta il testo della disposizione citata nel testo: “*Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung oder auf Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird*”.

⁴ V. *infra* (capitolo IV).

⁵ L’*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* o ADHGB fu approvato il 31 maggio 1861 ed entrò in vigore nello stesso anno. Esso fu sostituito dal *Handelsgesetzbuch* o HGB del 10 maggio 1897, il quale entrò a sua volta in vigore (insieme al BGB) il 1° gennaio 1900. L’ADHGB fu applicato dal 1863 al 1938 anche

commerciale, solo regole relative agli effetti della *mora debendi* (cfr. artt. 354 ss. ADHGB)⁶: era peraltro proprio sulla base di tali disposizioni che – in assenza di un’esplicita ed apposita disciplina – dottrina e giurisprudenza tendevano a risolvere anche il problema relativo all’individuazione degli effetti della manifestazione della volontà di non adempiere⁷.

L’assenza di un’esplicita regolamentazione legislativa continuava comunque a suscitare dubbi in ordine alla corretta individuazione delle conseguenze scaturenti dal rifiuto debitorio; specialmente, da quello intervenuto prima dell’inutile spirare del termine previsto per l’adempimento⁸.

Senonché, le difficoltà dogmatiche incontrate dagli interpreti nel vigore del precedente codice del commercio, non avevano convinto i redattori del BGB ad introdurre nel nuovo *corpus* normativo una disposizione volta a stabilire, una volta per tutte, connotati ed effetti della manifestazione oppositiva.

Nel silenzio della legge⁹, dottrina e giurisprudenza avevano pertanto continuato a domandarsi in ordine al corretto inquadramento da dare alla figura in esame¹⁰.

nei territori dell’impero e poi della repubblica austriaca. Nel 1938, anno dell’annessione dell’Austria alla Germania, fu sostituito dal HGB. L’ADHGB si applica, poi, dal 1865 nel Principato del Liechtenstein, dove continua peraltro a costituire a tutt’oggi diritto vigente.

⁶ Nell’ipotesi in cui ad essere in ritardo fosse il compratore, il venditore aveva una triplice possibilità: a) insistere per l’esecuzione della prestazione e chiedere il risarcimento del danno subito a causa del ritardo; b) concludere la c.d. “vendita per autotutela” (o *Selbsthilfeverkauf*), agendo altresì per il risarcimento dei danni subiti; c) sciogliersi dal contratto (v. art. 354 ADHGB). La possibilità di scelta fra i tre diversi rimedi era prevista anche a favore del compratore, il quale poteva, in caso di ritardo dell’altro contraente: a) chiedere l’esecuzione del contratto, salvo sempre il risarcimento dei danni derivanti dal ritardo; b) agire per il risarcimento del danno modellato sull’intera prestazione inattuata; c) sciogliersi dal contratto (art. 355 ADHGB). La parte *in bonis* doveva in ogni caso comunicare all’altra, già in mora, la propria intenzione di avvalersi di uno dei mezzi di tutela previsti a suo favore, concedendo alla stessa un apposito termine supplementare per adempiere (v. art. 356 ADHGB). V., sul punto, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell’adempimento*, Milano, 2013, 68 s., che osserva come sia stata proprio “la crisi del principio di priorità dell’adempimento in natura” (sul quale, v. capitolo I) ad aver “portato a valorizzare l’esigenza [...] di consentire lo scioglimento del rapporto nonostante la perdurante possibilità dell’esecuzione tardiva della prestazione e alla conseguente introduzione” del procedimento di cui all’art. 356 ADHGB.

⁷ Sul punto si rinvia alla puntuale analisi di H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 83 ss.

⁸ Per quanto riguarda, in particolare, il rifiuto reso dal compratore in un momento anteriore a quello della scadenza, si negò, in un primo momento, la possibilità per il venditore di procedere alla vendita per autotutela e di pretendere altresì il risarcimento del danno. Successivamente, tuttavia, la posizione della giurisprudenza mutò e si iniziò ad affermare la possibilità per il creditore di agire per il risarcimento del danno anche in presenza di un rifiuto anticipato del debitore di adempiere. Cfr. H. BÖß, *Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners vor der Fälligkeit*, München, 1939, 7; W. SCHULZE, *Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners. Ein Beitrag zur Lehre von den positive Vertragsverletzungen*, Dresden, 1934, 49.

⁹ Per le ragioni di tale silenzio v. U. HUBER, *Leistungsstörungen, II, Die allgemeinen Grundlagen, Die Folgen des Schuldnerverzugs – Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit*, in *Handbuch des Schuldrechts*, herausgegeben von J. GERNHUBER, IX/2, Tübingen, 1999, 567.

¹⁰ Per una panoramica delle diverse opinioni sviluppatesi in dottrina ed in giurisprudenza, v. G. FROHBERG, *Die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung – Tatbestand und Rechtsfolgen*, Münster/Westf.,

Rigettata sin da subito la tesi la quale, argomentando *a contrario* dal § 634 BGB, riteneva che al rifiuto non andasse attribuito (al di fuori dell'ipotesi espressamente prevista) alcun significato specifico¹¹, problematica appariva in particolare l'individuazione dei rimedi esperibili dal creditore nell'ipotesi in cui il debitore avesse dichiarato di non voler più eseguire la prestazione dovuta.

Fra gli interpreti c'era, ad esempio, chi riteneva che dovessero continuare ad applicarsi, anche nel vigore del nuovo testo normativo, i principi già elaborati sotto la vigenza del vecchio codice del commercio. Si affermava, di conseguenza, la possibilità di fare riferimento, nelle ipotesi di rifiuto, alla norma relativa agli effetti del ritardo, e cioè al § 326 BGB (vecchio testo), da interpretarsi alla luce di quanto stabilito in relazione agli abrogati artt. 354 ss. ADHGB¹².

Al pari di quanto statuito sotto il vigore del codice del 1861, la disposizione dettata per i casi della mora avrebbe potuto così trovare applicazione, oltreché in presenza di un rifiuto reso dopo la scadenza del termine previsto per l'esecuzione della prestazione dovuta, anche qualora la dichiarazione di non voler adempiere fosse stata anteriore a tale momento.

Inoltre, in tal caso, così come nelle ipotesi di rifiuto successivo, il creditore avrebbe potuto esperire uno dei rimedi previsti dal § 326 BGB (vecchio testo) – e quindi, a sua scelta, il risarcimento del danno da inadempimento o il recesso dal contratto – senza la necessità di una previa diffida, accompagnata dalla fissazione di un termine supplementare (“*Nachfrist*”)¹³. Presupposto per l'immediata esperibilità dei due rimedi

1979, 16 ss. Con particolare riferimento alla figura del rifiuto di concludere il contratto definitivo e di adempiere così l'obbligo assunto mediante il contratto preliminare, v.: D. HENRICH, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag. Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluß*, Berlin, Tübingen, 1965, 195 ss.

¹¹ ERLER, *Bedarf es im Falle des § 326 B.G.B. zur Begründung des Wahlrechts zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt der Bestimmung einer Frist auch bei vorzeitiger Erfüllungsverweigerung des anderen Teils?*, in *Das Recht*, 1901, 421 s., secondo il quale, in caso di rifiuto, il creditore interessato a reagire poteva ritenersi esonerato dall'onere di espletare ulteriori formalità nella sola ipotesi espressamente prevista dal § 634, comma 2°, BGB (vecchio testo). Nel senso dell'assoluta irrilevanza del rifiuto (preventivo): P. KRÜCKMANN, *Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streitsklausel*, *AcP*, 1918, 246, ed in tempi ancora relativamente recenti W.B. SCHÜNEMANN, *Die positive Vertragsverletzung – ein offenes Problem?*, in *JuS*, 1987, 7.

¹² Così A. NIEDNER, *Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung*, in *DJZ*, 1901, 443 ss.; HANGEN, *Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung*, in *DJZ*, 1903, 49 s. In giurisprudenza, con specifico riferimento al rifiuto anticipato, v. RG, 26.11.1901, in *JW*, 1902, 28 s., secondo il quale, mediante il rifiuto, il debitore costituirebbe se stesso in mora. Cfr. ID., 11.7.1902, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Civilsachen (RGZ)*, Leipzig, 1903, 52, 150 ss.

¹³ Spiega al riguardo A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 70, che già nel vigore del precedente art. 356 ADHGB, “un costante orientamento, attribuendo centrale importanza alla formulazione letterale della norma e, segnatamente, all'impiego del verbo «gewahren» (concedere), osservò che il termine supplementare aveva un effetto sospensivo del recesso e dunque avrebbe dovuto dirsi validamente

sarebbe stato unicamente l'accertamento della serietà e della definitività dell'atto abdicativo¹⁴.

Diversi erano, ad ogni modo, i paradigmi argomentativi impiegati per giustificare il carattere disponibile del termine supplementare, e quindi l'immediata azionabilità, in presenza di un rifiuto debitorio, dei diritti attribuiti al creditore dalla citata disposizione.

Secondo taluno il rifiuto, idoneo in quanto tale a frustrare l'interesse del creditore all'adempimento, sarebbe stato di per sé sufficiente ad esonerare lo stesso dall'espletamento di ulteriori ed inutili formalità per consentire al debitore di porre rimedio alla situazione venutasi a creare in seguito e a causa della sua dichiarazione. A tal fine, si precisava, non sarebbe stata comunque sufficiente la mera manifestazione oppositiva del debitore, occorrendo il riscontro di fatti e circostanze ulteriori alla medesima¹⁵.

Altri ritenevano, poi, di poter giungere alla stessa conclusione attribuendo natura negoziale al rifiuto, precisamente ravvisando in esso un'ipotesi di rinuncia alla concessione del termine di tolleranza¹⁶; rinuncia che, secondo i sostenitori di tale ricostruzione, non avrebbe peraltro impedito al dichiarante di mutare successivamente opinione, offrendo la prestazione precedentemente rifiutata¹⁷, perlomeno fino a quando il creditore non si fosse deciso a recedere dal contratto.

trascorso non solo quando il creditore avesse proceduto alla sua fissazione, ma anche quando il complesso delle circostanze evidenziasse l'inutilità di quest'ultima, in ragione del fatto che, nonostante la dichiarazione di recesso, il debitore aveva deciso di non sfruttare una possibilità di adempiere tardivamente comunque riscontrabile”.

¹⁴ Nella giurisprudenza del *Reichsgericht*, v., fra le altre: RG, 1°11.1907, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen (RGZ)*, Leipzig, 1907, 66, 419 ss. Successivamente, la necessità di accertare il carattere serio e definitivo del rifiuto è stata confermata anche dal *Bundesgerichtshof*, v.: BGH, 6.10.1976, in *NJW*, 1977, 35 s.; ID., 16.3.1988, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)*, 104, 16 s.; ID., 18.1.1991, in *NJW*, 1991, 1823 s.; ID., 9.10.1991, *ivi*, 115, 297; ID., 12.12.1991, *ivi*, 1992, 116, 331; ID., 12.1.1993, in *NJW-RR*, 1993, 882 s. In dottrina, v. U. HUBER, *Leistungsstörungen, II*, cit., 589 s., il quale sottolinea che il rifiuto del debitore deve poter essere inteso come la sua “ultima parola” (“*letzte Wort*”). Cfr. J. GERNHUBER, *Die endgültige Erfüllungsverweigerung*, in *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag*, a cura di V. BEUTHIEN, M. FUCHS, H. ROTH, G. SCHIEMANN e A. WACKE, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, 145, secondo il quale parlare di rifiuto serio e definitivo sarebbe comunque una tautologia.

¹⁵ Ciò che era necessario ai fini dell'esperimento del rimedio risarcitorio era, in altre parole, un rifiuto circostanziato. Sul punto, v. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 81 s. Ma v., tuttavia, D. HENRICH, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, cit., 196 s., il quale precisa che il diritto al risarcimento del danno per inadempimento e quello alla risoluzione nascerebbero al momento del rifiuto (“*mit der Weigerung*”).

¹⁶ Nel senso che il rifiuto d'adempire assumerebbe il significato di una rinuncia alla fissazione del termine supplementare, nella giurisprudenza del *Reichsgericht*: RG, 27.5.1902, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen (RGZ)*, Leipzig, 1903, 51, 350.

¹⁷ Diversamente, tuttavia, RG, 19.5.1882, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen (RGZ)*, Leipzig, 1882, 7, 44.

La tesi favorevole all'immediata esperibilità dei rimedi di cui al § 326 BGB da parte del contraente destinatario del rifiuto non era comunque condivisa dalla totalità degli autori.

In particolare, essa trovava oppositori in quella dottrina che, facendo leva sull'assenza di un'espressa disciplina del rifiuto nel BGB, riteneva di poter concludere per la mancanza di una precisa volontà del legislatore di ricollegare alla manifestazione oppositiva conseguenze (anche solo in parte) diverse da quelle di cui al § 326 BGB (vecchio testo)¹⁸. Del resto, si diceva, se i redattori del BGB avessero davvero voluto riaffermare l'esonero dalle formalità richieste dalla citata disposizione – com'era pacifico, pur nel silenzio della legge sul punto, nel vigore del codice previgente – essi avrebbero potuto – ed, anzi, dovuto – chiarirlo in modo esplicito, al pari di quanto avvenuto per i casi di impossibilità dell'adempimento o della perdita d'interesse del creditore¹⁹.

Ma, va aggiunto, discussa era, in realtà, la stessa possibilità di applicare il § 326 BGB ai casi di una contestazione anticipata del rapporto obbligatorio: se da un lato vi era, infatti, chi non attribuiva rilevanza, sul piano delle conseguenze, al diverso momento in cui fosse stata resa la dichiarazione debitoria, dall'altro non mancava neppure chi, oltre ad escludere l'estensibilità al § 326 BGB (vecchio testo) dei principi elaborati nel vigore

¹⁸ ERLER, *Bedarf es im Falle des § 326 B.G.B. zur Begründung des Wahlrechts zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt der Bestimmung einer Frist auch bei vorzeitiger Erfüllungsverweigerung des anderen Teils?*, cit., 421 s.; BRÜCKMANN, *Nachfrist bei Erfüllungsverweigerung*, in *DJZ*, 1902, 220 s.; H. STAUB, *Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung*, in *DJZ*, 1901, 478 s., dove l'A. critica la posizione di Niedner. Cfr. H. LEHMANN, *Die positive Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 96, 1905, 113, secondo il quale i diritti di cui al § 326 BGB potrebbero essere fatti valere immediatamente solo nell'ipotesi del venir meno dell'interesse all'esecuzione della prestazione dovuta: "so ist zur sofortigen Geltendmachung der Rechte aus § 326 unbedingt der Wegfall des Interesses erforderlich". Tale interesse non potrebbe invero considerarsi venuto meno sulla base del mero rifiuto del debitore: "Das Interesse an der Vertragserfüllung fällt aber keineswegs immer schon infolge der Erfüllungsverweigerung allein weg". A parere dell'A., la possibilità di esperire immediatamente i rimedi di cui al § 326 BGB troverebbe giustificazione solo aderendo alla c.d. "teoria della rinuncia" (o "Verzichtstheorie") (su cui v. *supra*): "Das Reichsgericht muß also auch seine Verzichtstheorie beibehalten, wenn solche Erfüllungsverweigerungen immer zum sofortigen Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch führen sollen. Die generelle sofortige Gewährung dieser Rechte läßt sich nur rechtfertigen, falls man annimmt, daß die Erfüllungsverweigerung als positive Vertragsverletzung Verzug begründet und zugleich einen Verzicht auf die Frist enthält." In giurisprudenza, v.: B. MUGDAN, R. FALKMANN, *Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts*, IV, Leipzig, 1902, 14 ss.

¹⁹ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1975, 344; ERLER, *Bedarf es im Falle des § 326 B.G.B. zur Begründung des Wahlrechts zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt der Bestimmung einer Frist auch bei vorzeitiger Erfüllungsverweigerung des anderen Teils?*, cit., 421 s.; H.G. LESER, *Die Erfüllungsverweigerung. Ein Typ der Leistungsstörungen*, cit., 644 s.; H. LEHMANN, *Die positive Vertragsverletzungen*, cit., 113; (...) BRÜCKMANN, *Nachfrist bei Erfüllungsverweigerung*, in *DJZ*, 1902, 220 s. In tal senso, prima dell'elaborazione della figura delle lesioni positive del contratto, anche lo stesso Staub: H. STAUB, *Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung*, in *DJZ*, 1901, 478 s.

dell'ADHGB, affermava altresì l'imprescindibilità, ai fini dell'esperimento dei rimedi ivi previsti, della previa caduta in mora del debitore²⁰:

2. MANIFESTAZIONE ANTICIPATA DI NON ADEMPIERE QUALE IPOTESI DI VIOLAZIONE POSITIVA DEL CONTRATTO.

Un'evoluzione dei termini del dibattito si era avuta, successivamente, a seguito dell'elaborazione da parte della dottrina tedesca della figura delle c.d. "lesioni positive del contratto" o "*positive Vertragsverletzungen*", secondo la definizione di Staub che ne fu fautore²¹.

Di fronte ad un quadro normativo quale quello sopra delineato, imperniato sulle due categorie dell'impossibilità e della mora, si andava, infatti, affermando la convinzione che il sistema della responsabilità contrattuale contenuto nel BGB fosse lacunoso²².

²⁰ B. MUGDAN, R. FALKMANN, *Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts*, IV, cit., 14. Ma v. p. 16. Cfr. H.G. LESER, *Die Erfüllungsverweigerung. Ein Typ der Leistungsstörungen*, cit., 648 s.: "Für die vorzeitige Erfüllungsverweigerung, bei der die Weigerung vor Fälligkeit der Leistung erfolgt, ist der Weg über der die Weigerung vor Fälligkeit der Leistung erfolgt, ist der Weg über § 326 BGB dagegen nicht gangbar. Denn von Nichtleistung in der Zeit läßt sich vor Fälligkeit nicht sprechen; es ist das ein Umstand, der sich erst durch die zukünftige Entwicklung ergeben kann".

²¹ La nozione "*positive Vertragsverletzung*" fu da lui per la prima volta impiegata in occasione del XXVI. "Giornata dei giuristi tedeschi" ("*Deutscher Juristentag*"). V. H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag*, Berlin, 1902, 29 ss.; ID., *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904. Per la versione italiana, ID., *Le violazioni positive del contratto*, traduzione a cura di G. VARANESE, Napoli, 2001. Sulle c.d. "pVV" si rinvia agli studi di M. LESSER, *Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen*, Breslau, 1906; G. KÖPCKE, *Typen der positiven Vertragsverletzung*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1965; W.-J. STOETZER, *Die Theorien der positiven Vertragsverletzung*, Borna-Leipzig, 1932; E. ZITELMANN, *Nichterfüllung und Schlechterfüllung. Selbstmahnung des Schuldners, Zwei Beiträge zum Schuldrecht*, in *Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum*, Berlin, 1911, 265 ss. e 282 ss.; J., HIMMELSCHEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen*, in *AcP* (135) 1932, 255 ss.; P. FRITZ, *Die Schlechtleistung im besonderen Teil des Schuldrechts*, Karlsruhe, 1931, 27 ss.; P. FREITAG, *Slechlechterfüllung und Schlechterbringung. Zur Systematik der „positiven Vertragsverletzungen“*, Breslau, 1932; F. WESTHELLE, *Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung*, Köln, 1978; He. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre*, in *AcP*, (136) 1932, 257 ss.; W.B. SCHÜNEMANN, *Die positive Vertragsverletzung – eine kritische Bestandsaufnahme*, in *JZ*, 1987, 1 ss. Di recente, ancora: K. GEORGI, *Die positive Vertragsverletzung im deutschen Kaufrecht vor und nach der Schuldrechtsreform. Probleme und Neuregelungen im Vergleich zum norwegischen Kaufrecht und zu den Grundprinzipien des europäischen Vertragsrechts*, in *Schriften des Instituts für ausländisches und europäisches privat- und Verfahrensrecht der Universität Leipzig*, Band 8, a cura di T. RAUSCHER, Regensburg, 2003. Per un'analisi storica H.P. GLÖCKNER, *Positive Vertragsverletzung. Die Geburt eines Rechtsinstituts*, Frankfurt a.M., Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2006.

²² Per il carattere lacunoso della disciplina dell'inadempimento contenuta nel BGB, v.: H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, cit., 39; HE. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positive Vertragsverletzung*, cit., 266 ss., 280 s. ed, in particolare, per la natura di tale lacuna, p. 281 s.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1987, 366. Cfr., in termini critici, V. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, München, 1997, 7 ss., spec. 9, 224 ss., spec. 225; U. HUBER, *Leistungsstörungen, I, Die allgemeinen Grundlagen – Der Tatbestand des Schuldnerverzugs – Die vom*

Per sopperire all'insufficienza delle regole esistenti fu allora elaborata una terza fattispecie di "turbativa dell'adempimento", idonea a ricomprendere tutte quelle violazioni (colpevoli) dei doveri contrattuali commesse dal debitore attraverso comportamenti positivi²³ le quali, pur non essendo esplicitamente previste, apparivano comunque idonee a compromettere le ragioni del creditore²⁴.

Secondo i sostenitori della teoria delle "*positive Vertragsverletzungen*", il riscontro di una violazione diversa da quelle tipizzate, ma tale da pregiudicare il raggiungimento dell'obiettivo perseguito mediante la conclusione del contratto, lungi dal potersi considerare irrilevante o sussumibile direttamente sotto una delle ipotesi legislativamente previste, avrebbe assunto autonoma rilevanza, legittimando la parte *in bonis* a reagire avverso la condotta antigiuridica dell'altro contraente²⁵.

Non potendo peraltro l'esistenza di specifici rimedi dedursi direttamente dalla legge, per colmare la lacuna normativa si sarebbe reso necessario procedere, per quanto riguarda i contratti a prestazioni corrispettive, ad un'applicazione analogica del § 326 BGB (vecchio testo) – possibile in considerazione dell'identità del concetto giuridico e degli interessi del traffico nei casi contemplati ed in quelli da regolare²⁶.

La disposizione codicistica – si precisava – non si sarebbe comunque prestata a trovare piena applicazione nelle ipotesi in cui fosse dato riscontrare una violazione del contratto diversa da quelle espressamente considerate. A differenza, infatti, di quanto previsto dal paragrafo citato, il quale richiedeva – nella sua versione originale – che, dopo la costituzione in mora, fosse fissato un termine e si intimasse al rifiutante di accettare l'adempimento, l'espletamento di tali formalità sarebbe stato invece assolutamente superfluo in presenza di una violazione positiva del contratto; e ciò in quanto,

Schuldner zu vertretende Umstände, in *Handbuch des Schuldrechts*, herausgegeben von J. GERNHUBER, IX/1, Tübingen, 1999, 79 ss.; ID., *Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht*, in *Festschrift für Ernst v. Caemmerer zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1978, 840 ss.

²³ Si pensi alle fattispecie di adempimento inesatto o alle violazioni di obblighi di informazione o di protezione.

²⁴ Inizialmente, la giurisprudenza ritenne di poter ravvisare il fondamento di tale figura nel § 276 BGB. Successivamente, si affermò invece l'opinione secondo la quale la fattispecie della lesione positiva del contratto trovasse fondamento nel combinato disposto dei §§ 280, 286, 325, 326 BGB (vecchio testo).

²⁵ H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, cit., 55, 73.

²⁶ Così H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, cit., 55, 73: "Il traffico giuridico esige in modo impellente che se un contratto bilaterale viene violato colpevolmente, per il fatto che una delle parti fa ciò che non deve fare, l'altra parte non solo abbia il diritto al risarcimento di quel danno derivatole dalla singola violazione contrattuale (cosiddetto risarcimento del danno singolo), ma anche che, oltre a ciò, abbia a sua scelta, il diritto di recedere dal contratto o di chiedere il risarcimento per inadempimento di tutto il contratto (cosiddetto risarcimento del danno totale)". Cfr. K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, edizione italiana a cura di A. DI MAJO e A. GAMBARO, Milano, 2011, 216.

diversamente dall'omissione in cui si concreta l'ipotesi del ritardo, disciplinata dal § 326 BGB, il comportamento positivo del debitore, incompatibile con la volontà di adempiere, avrebbe determinato di per sé una lesione irrimediabile della pretesa creditoria, rendendo con ciò inutile l'attribuzione al debitore di un ulteriore spazio di tolleranza.

Orbene, alla nozione di lesione positiva tendeva ad essere ricondotto, sin dall'elaborazione della relativa teoria, anche il rifiuto anticipato di adempiere²⁷. Fra gli interpreti si riteneva che esso integrasse, precisamente, una violazione attuale dell'obbligo accessorio di "fedeltà al contratto"; di un obbligo, cioè, diverso da quello inesigibile e concretantesi nel dovere per il debitore di astenersi dal porre in pericolo la futura attuazione del rapporto²⁸.

Dalla qualificazione della dichiarazione di non voler adempiere resa *ante diem* in termini di "*positive Vertragsverletzung*", conseguiva, in virtù di quanto sopra ricordato, la possibilità per il creditore di far valere i diritti *ex* § 326 BGB (vecchio testo) senza la necessità di attendere la scadenza del termine originariamente fissato ed

²⁷ Il primo a definire il rifiuto in termini di lesione positiva del contratto fu lo stesso Staub. V., in particolare, H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, cit., 85 ss. Successivamente, per la riconduzione della dichiarazione del debitore di non adempiere alla figura delle *positive Vertragsverletzungen*: J. GERNHUBER, *Die endgütige Erfüllungsverweigerung*, cit., 149; V. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., 241 s. (il quale opera invero una distinzione tra le ipotesi di rifiuto anteriore e successivo alla scadenza). Così anche K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, cit., 365 s.: "Über die im Verträge festgelegte Leistung hinaus schuldet jeder Vertragspartner dem anderen, allgemein gesprochen, ein „vertragsgerechtes Verhalten“. Jedes Verhalten, das dieser Forderung widerspricht, ist „vertragswidrig“, stellt eine „Vertragsverletzung“ dar. Als vertragswidriges Verhalten kann man auch ansehen: [...] nach der Rechtsprechung und einem Teil des Schrifttums auch eine ernstliche, unbegründete Weigerung des Schuldners zu erfüllen". In giurisprudenza, per la riconduzione del rifiuto anticipato alla fattispecie delle lesioni positive del contratto, v.: RG, 23.2.1904, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen (RGZ)*, Leipzig, 1904, 57, 113 s.; ID., 17.9.1918, *ivi*, 1918, 93, 285 s.; ID., 2.2.1922, *ivi*, 1922, 104, 278. Nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, v.: BGH, 20.1.1969, in *MDR*, 1969, 385, n. 32; ID., 10.12.1975, in *WM*, 1976, 76, nonché in *JR*, 1976, 283; ID., 21.3.1974, in *NJW*, 1974, 1080 s. In tal senso anche OLG FRANKFURT, 27.4.1976, in *NJW*, 1976, 1015 s.

²⁸ Per la natura dell'obbligo (accessorio) violato mediante il rifiuto debitorio, cfr. H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, cit., 52 s. (secondo il quale il rifiuto doveva considerarsi precisamente quale violazione dell'obbligo di astenersi dal fare tutto ciò che potrebbe determinare nel creditore una fondata preoccupazione che il debitore non adempirà la propria obbligazione); J. GERNHUBER, *Die endgütige Erfüllungsverweigerung*, cit., 149 (dove si precisa che l'obbligo violato dal debitore mediante il rifiuto di adempiere è il c.d. "*Leistungstreuepflicht*", inteso come obbligo di fedeltà al contratto, diverso da quello di eseguire la prestazione dovuta, ma accessorio allo stesso). Nel senso che con la stipulazione del contratto il debitore assumerebbe l'obbligo di mantenere la parola data, obbligo che verrebbe appunto violato in caso di dichiarazione dello stesso di non voler più adempiere: V. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., 241 s.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, cit., 365 s., che identificava l'obbligo violato con quello di comportarsi in conformità col contratto (c.d. "*vertragsgerechtes Verhalten*"), il quale sussisterebbe in forza della sola esistenza di un rapporto obbligatorio. V. anche G. KÖPCKE, *Typen der positiven Vertragsverletzung*, cit., 73 ss., che individua l'obbligo violato mediante il rifiuto preventivo nel c.d. "*Mitwirkungspflicht*", e quindi nell'obbligo di collaborazione fra le parti.

indipendentemente da una particolare diffida o intimazione di un termine ulteriore; e senza che fosse consentito al debitore di mutare opinione e di revocare il proprio rifiuto²⁹.

La riconduzione della dichiarazione preventiva del debitore di non adempiere alla fattispecie delle violazioni positive consentiva così di superare gli ostacoli che si frapponevano alla diretta applicabilità ad essa del § 326 BGB (vecchio testo)³⁰. Tale disposizione presupponeva, infatti, come si è avuto modo di vedere, che il debitore versasse in una situazione di ritardo giuridicamente rilevante e pareva pertanto inapplicabile, se non con notevoli forzature interpretative, nei casi in cui la prestazione fosse ancora inesigibile. Per attribuire adeguata tutela al creditore, destinatario di un rifiuto preventivo, e superare le difficoltà connesse alla riconduzione dello stesso all'ambito di operatività della succitata disposizione, appariva pertanto conveniente ravvisare nello stesso una violazione positiva del contratto³¹.

Una volta riconosciuta nella dichiarazione debitoria una “*positive Vertragsverletzung*”, per giustificare l'immediata esperibilità del rimedio risarcitorio o, in alternativa, di quello risolutorio, non era inoltre necessario basarsi sulle motivazioni precedentemente impiegate a tal fine dagli interpreti: la possibilità per il creditore di azionare senz'altro i suoi diritti trovava infatti giustificazione nell'intrinseca lesività del rifiuto, mentre non richiedeva il ricorso alla complessa teorica negoziale che vedeva nella dichiarazione del debitore una rinuncia dello stesso alla diffida e al termine supplementare; né a spiegazioni basate sulla considerazione dell'inutilità delle ulteriori formalità esplicitamente richieste dal § 326 BGB (vecchio testo)³².

²⁹ H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto (Die positiven Vertragsverletzungen)*, cit., 89. Così anche RG, 23.2.1904, cit., 113 s.

³⁰ Al riguardo si rinvia ancora alle osservazioni di H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto (Die positiven Vertragsverletzungen)*, cit., 89.

³¹ Come violazione positiva veniva peraltro sempre più spesso qualificata anche la manifestazione oppositiva successiva alla sopravvenuta esigibilità della prestazione. Così H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto (Die positiven Vertragsverletzungen)*, cit., 52 ss.; J. GERNHUBER, *Die endgültige Erfüllungsverweigerung*, cit., 149. In giurisprudenza, v. BGH, 18.11.1968, in NJW, 1969, 40 s.; ID., 16.3.1993, *ivi*, 1994, 1653 s. Tuttavia, non mancava fra gli autori chi continuava ad inquadrare il rifiuto successivo in una delle categorie espressamente previste dal BGB, ed in particolare a quella di cui al § 326, comma 1°, BGB; disposizione che, stante l'inesigibilità della prestazione dovuta, non poteva invece trovare applicazione nei casi di rifiuto preventivo. Cfr. V. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., 240 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, cit., 365, nota n. 8; G. KÖPCKE, *Typen der positiven Vertragsverletzung*, Stuttgart, cit., 75: “*Als Mitwirkungspflichtverletzung in dem hier verwendeten Sinne ist eine endgültige und ernstliche Erfüllungsverweigerung [...] nur anzusehen, solange die verweigerte Leistung noch nicht fällig ist. Wird eine fällige Leistung verweigert, so greifen die Verzugsbestimmungen ein, und ein Heranziehen der pV-Regeln ist nicht erforderlich. [...] Das RG hat in allen diesen und ähnlichen Fällen zu Unrecht eine pV in der Form einer ernstlichen und endgültigen Erfüllungsverweigerung und keinen Verzug gesehen*”.

³² Sul punto, v. H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto (Die positiven Vertragsverletzungen)*, cit., 88: “*Le parti sono in conflitto e tutto vogliono fuorché mettersi d'accordo su qualcosa; in questa situazione non*

2.1. SEGUE: CRITICHE ALLA RICOSTRUZIONE DELLA FATTISPECIE DEL RIFIUTO IN TERMINI DI LESIONE POSITIVA E TESI ALTERNATIVE.

Mentre la giurisprudenza maggioritaria e parte della dottrina ravvisavano nel richiamo alla figura delle lesioni positive un comodo espediente argomentativo per sostenere l'immediata lesività della manifestazione oppositiva del debitore, la possibilità di individuare nel rifiuto (anticipato) una "*positive Vertragsverletzung*" continuava ad essere contestata da altra parte della dottrina, secondo la quale il rifiuto avrebbe costituito non già una violazione di un non meglio definito dovere accessorio, ma una lesione – seppur *sui generis* – dello stesso obbligo primario di adempiere³³.

c'è nulla di più remoto per il debitore che venire incontro al creditore con una rinuncia ed esonerarlo da qualcosa che la legge gli impone per far valere il suo diritto. Non è sufficiente neanche la considerazione che, in caso di rifiuto di inadempimento, fissare un termine di mora sarebbe un'inutile formalità. Una volta che la legge prescrive una tale formalità, il giudice non può non tenerne conto perché in un determinato caso risulterebbe inutile; a prescindere che non si può affatto sapere se qualche volta non serva fissare un nuovo termine di mora, anche se precedentemente il debitore si è rifiutato, con certezza, di adempiere. Non è necessario basarsi su tutte queste motivazioni discutibili se nel rifiuto di adempimento si riconosce una violazione contrattuale positiva. Questa di per sé accorda i diritti di cui al § 326 BGB applicato in via analogica. Il diritto è violato già con la dichiarazione di rifiuto. Non vale aspettare fino al momento della mora e non è necessario fissare un termine, perché nei riguardi di una violazione contrattuale positiva non si può parlare di una cosa del genere. Un termine di mora può essere fissato solo per una prestazione che fino ad ora non si è verificata. Un termine di mora, relativamente all'omissione di una violazione contrattuale positiva dopo che la stessa è ormai avvenuta, non può essere fissato perché la violazione, appena si è verificata, non può più essere omessa".

³³ Così, con riguardo al rifiuto preventivo, H.G. LESER, *Die Erfüllungsverweigerung. Ein Typ der Leistungsstörungen*, cit., 653: "*Das Typische der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung liegt nicht darin, daß Schutz- oder Nebenleistungspflichten verletzt werden, sondern daß die Primärpflicht selbst negiert wird*". V. anche p. 655: "*Die ernstliche und bestimmte Vertragsaufsage vor Fälligkeit ist eine eigene Form der Vertragsverletzung*". Hanno criticato la ricostruzione del rifiuto in termini di *positive Vertragsverletzung* anche J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil*, 2, cit., 127 (v. anche l'edizione del 1976, p. 79 s.); U. HÜFFER, *Der Kieslieferungsvertrag*, in *JuS*, 1970, 457; U. HUBER, *Leistungsstörungen, II*, cit., 579, secondo il quale il rifiuto costituirebbe semplicemente la violazione dell'obbligo il cui adempimento viene rifiutato dal debitore: "*Verletzt ist durch die Erfüllungsverweigerung einfach die Pflicht, deren Erfüllung verweigert wird*". Cfr. G. TEUBNER, *Gegenseitige Vertragsuntreue. Rechtsprechung und Dogmatik zum Ausschluß von Rechten nach eigenem Vertragsbruch*, Tübingen, 1975, 52 s.: "*Aber auch von typischen Fällen der positiven Vertragsverletzung unterscheidet sich die Vertragsaufsage erheblich. Während jene üblicherweise Nebenpflichten betreffen, ist die Vertragsaufsage der klassische Fall der Verletzung einer Hauptpflicht. In der Regel genügt nicht schon eine einfache positive Vertragsverletzung, um Rücktrittsrecht und Schadensersatzansprüche zu wegen Nichterfüllung auszulösen. Es müssen erst weitere Umstände hinzutreten, die das Synallagma so berühren, oder den Vertragszweck so gefährden, daß ein weiteres Festhalten am Vertrag dem Gläubiger nicht zugemutet werden kann. Anders bei der Vertragsaufsage. Für die Rechte aus § 326 genügt der einfache Tatbestand der endgültigen Erfüllungsverweigerung. [...] Die Vertragsaufsage läßt sich also nicht bruchlos den gängigen Vertragsverletzungen einfügen. Sie ist Verletzung sui generis [...]*". L'A. sembra peraltro estendere la ricostruzione in termini di violazione *sui generis* anche alla dichiarazione successiva alla scadenza del termine. Cfr., nel senso dell'irrelevanza del rifiuto reso prima della scadenza del termine, W.B. SCHÜNEMANN, *Die positive Vertragsverletzung – ein offenes Problem?*, cit., 6 s.: "*Unabdingbar erscheint jedoch im Gegensatz zu der insoweit ganz herrschenden Meinung das Festhalten an der Forderungsfälligkeit. Denn vor diesem Zeitpunkt geht eine Erfüllungsverweigerung ebenso ins Leere, wie eine Geltendmachung der Forderung, worin auch eine positive Vertragsverletzung erblickt werden kann*".

Secondo un'opinione, per il vero minoritaria, la manifestazione oppositiva, proprio in quanto idonea a determinare la certezza del futuro inadempimento, avrebbe invece dovuto considerarsi come un caso assimilabile a quello dell'impossibilità della prestazione (imputabile) al debitore, sussumibile sotto il § 325, comma 1°, BGB (vecchio testo). Secondo tale impostazione ermeneutica, il creditore destinatario della dichiarazione debitoria avrebbe avuto pertanto il diritto di sciogliersi immediatamente dal vincolo o agire comunque per il risarcimento del danno da inadempimento dell'intero contratto, secondo quanto espressamente previsto dalla citata disposizione³⁴.

Alla tesi in esame veniva comunque correttamente obiettata l'insufficienza del rifiuto in quanto tale a determinare l'impossibilità della prestazione³⁵.

Rimasta così sostanzialmente isolata l'opinione favorevole ad assimilare l'ipotesi della dichiarazione di non voler adempiere a quella regolata al § 325 BGB, fra gli autori vi era poi chi ribadiva la riconducibilità di tutti i casi di rifiuto alla fattispecie descritta al § 326, comma 1°, BGB (vecchio testo)³⁶. La manifestazione oppositiva avrebbe potuto assumere i caratteri di un inadempimento rilevante ai fini dell'applicazione della suddetta disposizione; e ciò anche a prescindere dalla fissazione di un termine ulteriore: tale

³⁴ Cfr., P. FRITZ, *Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners*, in *AcP*, (131), 1934, 211 ss., spec. 212 ss., secondo il quale i casi nei quali la certezza della futura violazione contrattuale derivi al creditore dalla consapevolezza dell'impossibilità dell'adempimento e quelli, in cui tale certezza trovi il proprio fondamento in un rifiuto definitivo del debitore di eseguire la prestazione dovuta sarebbero sostanzialmente assimilabili: entrambi integrerebbero infatti un'ipotesi inadempimento definitivo ("*endgültige Nichterfüllung*"). Cfr. H.H. JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn, 1969, 49 ss., spec. 50: "[...] überhaupt immer dann, wenn als feststehend zu gelten hat, daß überhaupt der Schuldner nicht freiwillig leisten wird, dem Gläubiger die in §§ 280, 325 bestimmten Rechte zustehen müssen". Aderisce, in linea di principio, alla tesi di Jakobs: F. WESTHELLE, *Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung*, cit., 67 ss. Nel senso che il rifiuto costituirebbe un'ipotesi di impossibilità soggettiva J. RÜCKERT, *Ausgleich durch Auslegung, Schadensersatz oder Kondiktion? Die sog. Umbaufälle bei Schönheitsreparaturpflichten als Prüfstein der Schuldrechtsdogmatik*, in *AcP*, (184), 1984, 134: "Im Sinne einer begrifflich sparsamen und gesetzesnahen Dogmatik läge es, diese Weigerungen einfach als ein selbst herbeigeführtes Unvermögen zu begreifen, das nach § 275 II einer Unmöglichkeit gleichsteht und ohne weiteres zu vertreten ist". Cfr., in senso parzialmente diverso, G. TEUBNER, *Gegenseitige Vertragsuntreue. Rechtsprechung und Dogmatik zum Ausschluß von Rechten nach eigenem Vertragsbruch*, cit., 53: "Als Vereitelungstatbestand hat die Vertragsaufsage größte Ähnlichkeit mit der Unmöglichkeit der Leistung. Nur insofern, als die Erfüllung noch erzwungen werden kann, tendiert sie noch zu den Gefährdungstatbeständen hin. In beiden Fällen aber, und das ist entscheidend, kann sich der Gläubiger sofort darauf einrichten, daß der Schuldner nicht mehr erfüllt. Für die Unmöglichkeit ist dies selbstverständlich, für die Vertragsaufsage muß diese Gewißheit erst durch einen juristischen Gedanken „befestigt“ werden".

³⁵ Cfr. in tal senso HE. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positive Vertragsverletzung*, cit., 307, nota n. 101; G. FROHBERG, *Die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung – Tatbestand und Rechtsfolgen*, cit., 72 ss.; H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 100.

³⁶ J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil*, 2, cit., 127 (cfr., tuttavia, ID., *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Vertragshaftung, Schadensersatz, Personenmehrheit im Schuldverhältnis*, cit., 1976, 79 s., testo e nota n. 83); K. FRIEDRICH, *Der Vertragsbruch*, cit., 489 ss. Così, ma limitatamente al rifiuto successivo, H.G. LESER, *Die Erfüllungsverweigerung. Ein Typ der Leistungsstörungen*, cit., 648: "Betrachtet man auf diesem Hintergrund die Erfüllungsverweigerung nach Eintritt des Verzuges, dann hilft hier § 326 BGB direkt".

formalità, ancorché espressamente richiesta, sarebbe stata necessaria unicamente per accertare il carattere definitivo del mancato adempimento³⁷.

Non mancava peraltro chi riteneva di poter giungere alla medesima conclusione dell'inutilità della diffida e della fissazione di un termine supplementare sostenendo la diretta applicabilità all'atto abdicativo del § 326, comma 2°, BGB (vecchio testo). Secondo tale impostazione il rifiuto del debitore sarebbe stato dunque di per sé idoneo a determinare il venir meno dell'interesse creditorio all'esecuzione della prestazione dovuta e a legittimare senz'altro il creditore ad esercitare la scelta tra recesso e risarcimento del danno da inadempimento³⁸.

Ancora, voci autorevoli, pur senza negare tutela alla parte destinataria del rifiuto³⁹, ne ravvisavano il fondamento nel carattere vincolante della manifestazione debitoria⁴⁰.

³⁷ Per una critica a tale ricostruzione: H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 99, nota n. 189. In particolare, nel senso che il rifiuto non modificherebbe il tempo dell'adempimento: H. BÖß, *Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners vor der Fälligkeit*, cit., 35: "Erklärt ein Schuldner vor der Fälligkeit, daß er die Leistung nicht erbringen werde, so steht nur eines mit Sicherheit fest: Der Gläubiger behält ungeachtet der Weigerung seinen Erfüllungsanspruch in vollem Umfang. Der Schuldner kann durch seine einseitige Erklärung den Anspruch nicht beseitigen oder einschränken. Andererseits wird der Anspruch auch nicht etwa vorzeitig fällig". Cfr. W. SCHULZE, *Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners*, cit., 49: "[...] hat" das Reichsgericht "jedoch mit Recht betont, daß die Erfüllungsverweigerung den Gläubiger zwar von der Notwendigkeit der Mahnung und Fristsetzung, sowie einer etwa zur Fälligkeit der Forderung erforderlichen Mitwirkung entbinden, im Übrigen aber nichts an den materiellen Voraussetzungen des Verzugs, der Fälligkeit, ändern könne".

³⁸ In particolare, si riteneva che il rifiuto rendesse superflua la necessità per il creditore di provare il venir meno del suo interesse all'adempimento: chi dichiara di non voler adempiere, non ha infatti alcun diritto di chiedere al creditore se ha ancora interesse a ricevere la prestazione. Così, ad esempio, W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlin, New York, 1992, 251 s. Tuttavia, nel senso dell'insufficienza a tal fine del mero rifiuto: OGH BAYERN, 30.4.1875, in *SeuffA*, 1876, 31, 158, n. 126.

³⁹ Così, tuttavia, W.B. SCHÜNEMANN, *Die positive Vertragsverletzung – ein offenes Problem?*, cit., 7; P. KRÜCKMANN, *Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streitsklausel*, cit., 246, secondo i quali al rifiuto debitorio non poteva essere attribuito alcun particolare significato sul piano giuridico.

⁴⁰ Così, in *primis*, E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, Berlin und Leipzig, 1936 (e 1958), 386: "Aber wenn der Schuldner auch keinen Vertragsantrag abgegeben hat, so hat er doch eine einseitige Willenserklärung oder ein dieser gleichwertiges Verhalten betätigt. Dies muß er gegen sich gelten lassen als *factum proprium*, gegen das er nicht auftreten darf. [...] Der Gläubiger darf den vertragsuntreuen Schuldner beim Wort nehmen, um sich auf die von diesem angedrohte Situation sofort nach Möglichkeit einzurichten. So ist der Sachverhalt ein interessantes Gegenstück zu einem Vertrag. Die einseitige Erklärung des Schuldners wird durch die einseitige Erklärung des Gläubigers gebunden. Auf dieser Grundlage nun kann das Interesse beider Teile an einer endgültigen Klärung besser als bisher gewahrt werden, indem man vorschreibt, daß der Käufer seine eigene Annahme der Weigerung unverzüglich erkläre; vielleicht wäre auch vorzuschreiben, daß er sich dabei ausdrücklich die Rechtsbehelfe wegen Nichterfüllung vorbehalte. Schweigt der Käufer, so wird er passender auf seine normale Stellung gewiesen". Nello stesso senso anche A. BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin und Frankfurt a.M., 1957, 179: "Nicht die Ungewißheit der Leistung ist also der Grund, sondern daß sich der Gläubiger auf die Erklärung des Schuldners verlassen darf. Ist diese auch keine Willenserklärung, so wäre doch ein späteres Abgehen ein *venire contra factum proprium*. Ein ähnlicher Fall liegt übrigens vor, wenn der Schuldner erklärt nicht leisten zu können [...]". Cfr. E. v. CAEMMERER, *Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung*, in *NJW*, 1956, 570; J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil*, 2, cit., 1976, 79; K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, 1996, 491; ID., *Introduzione al diritto comparato, II*, cit., 215.

Secondo la tesi in esame, al debitore che avesse dichiarato di non voler eseguire la prestazione dovuta sarebbe rimasta di conseguenza preclusa la possibilità di revocare la propria dichiarazione, mentre il creditore avrebbe potuto legittimamente rifiutare la prestazione offerta dal debitore ravveduto: l'affidamento ingenerato in quest'ultimo dalla dichiarazione debitoria sarebbe stato compromesso, infatti, ove si fosse consentito al dichiarante di mutare opinione e pretendere l'attuazione dello scambio.

È appena il caso di notare che la tesi in esame, ispirata in sostanza al principio del divieto per il debitore di *venire contra factum proprium*⁴¹, trova tuttora autorevoli sostenitori nel nostro ordinamento, dove spesso si afferma – come si avrà modo di vedere – che il creditore, dopo essere venuto a conoscenza del rifiuto del debitore, possa appunto ragionevolmente confidare nella definitiva inattuazione del rapporto e reagire contro l'eventuale comportamento contraddittorio della controparte⁴².

Anche in Germania ci si chiedeva se fosse sufficiente, per l'esperibilità dei suddetti rimedi, il solo rifiuto del debitore; o se fosse, di contro, necessario, a tal fine, che la dichiarazione debitoria fosse avvalorata altresì, come spesso si afferma in Italia, da una linea di condotta conforme all'intento manifestato⁴³. Tale questione appariva, com'è agevole intuire, di ancor più difficile soluzione in un ordinamento in cui mancava una norma paragonabile al nostro art. 1219, comma 2°, cod. civ., da cui fosse data desumere l'immediata lesività della dichiarazione debitoria di non adempiere⁴⁴.

L'impostazione ermeneutica che traeva la propria giustificazione dal divieto per il debitore di *venire contra factum proprium* non era andata, a sua volta, esente da critiche.

In primo luogo, si osservava come la stessa non considerasse la circostanza secondo la quale il principio suddetto sarebbe bensì idoneo a paralizzare le pretese giuridiche, ma non ad assurgere a loro fondamento: la contraddittorietà del

⁴¹ In generale, su tale principio, F. FESTI, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007; F. ASTONE, *Venire contra factum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Napoli, 2006; R. GIAMPETRAGLIA, *Protestatio contra factum non valet. Fondamento, rilevanza, limiti*, Napoli, 2000.

⁴² V., ad esempio, R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e mercato, I*, Milano, 2013, 554. Per maggiori approfondimenti, si veda il capitolo IV.

⁴³ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 226; G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi* – 2, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, 90; G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 163 s.; A.M. BENEDETTI, in *Annuario del contratto 2013*, Torino, 2014, 230 s.; V. PUTORTÌ, *La risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, 123 ss.; 215 ss. Per maggiori approfondimenti, si rinvia ancora una volta alle osservazioni che verranno svolte nel capitolo IV.

⁴⁴ Così, quantomeno per quanto riguarda il rifiuto reso per iscritto, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., *passim*.

comportamento potrebbe essere così rilevata dal creditore, in via di eccezione, ove il rifiutante pretendesse, nonostante la previa negazione dell'adempimento, di eseguire la prestazione dovuta; di contro, essa non attribuirebbe di per sé alcun autonomo diritto al destinatario del rifiuto⁴⁵.

Ma la tesi citata appariva, inoltre, incompatibile con il sistema delle “*Leistungsstörungen*” per come delineato nel BGB: quest'ultimo sembrava infatti poggiare sul presupposto del necessario riscontro di un agire colposo del soggetto responsabile, mentre secondo i sostenitori dell'indirizzo interpretativo sopra ricordato ad assumere rilievo, nei casi di rifiuto, sarebbe stata la manifestazione debitoria in sé⁴⁶.

Di fronte alle difficoltà riscontrate dagli interpreti nell'inquadrare correttamente la fattispecie, autorevole dottrina, consapevole dell'importanza della questione, ma conscia altresì degli ostacoli di ordine classificatorio e dogmatico dovuti alla concreta conformazione della disciplina della responsabilità contrattuale contenuta nel BGB, concludeva, infine, nel senso dell'autonomia del rifiuto rispetto alle altre turbative poste in essere nella fase di adempimento dell'obbligazione. Al riguardo, si osservava precisamente come la manifestazione oppositiva avesse col tempo assunto una tale rilevanza nella pratica da essere divenuta un'ipotesi di violazione contrattuale a sé stante, di creazione consuetudinaria, diversa da quelle espressamente regolate, ma anche da quella di elaborazione dottrinale delle “*positive Vertragsverletzungen*”⁴⁷.

2.2. SEGUE: IPOTESI DIVERSE DALLA DICHIARAZIONE (ESPLICITA) DI NON VOLER ADEMPIERE.

Nell'occuparci del rifiuto (o “*Erfüllungsverweigerung*”) si è dato finora per scontato che con tale nozione ci si riferisse alle ipotesi in cui il debitore avesse dichiarato esplicitamente di non voler eseguire la prestazione dovuta.

⁴⁵ Così anche F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 225 s.

⁴⁶ V., ad esempio, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, cit., 365, nota n. 8, secondo il quale il rifiuto poteva appunto assumere rilievo solo in quanto ingiustificato e riconducibile ad un agire colposo del debitore: “[...] die Weigerung als solche stellt bereits, wenn sie unberechtigt und schuldhaft ist, eine so schwere Pflichtverletzung dar, daß entsprechende Sanktionen gerechtfertigt sind”.

⁴⁷ Così U. HUBER, *Leistungsstörungen, II*, cit., 574: “*Insgesamt handelt es sich bei der Regel über die Rechtsfolgen der Erfüllungsverweigerung um mehr als nur um eine »ständige Rechtsprechung«, der die Juristische Literatur sich angeschlossen hat. Die Rechtsprechung behandelt die Regel als einen feststehenden Rechtssatz, der keiner weiteren Begründung mehr bedarf, außer allenfalls des Hinweises, daß ständig so verfahren wird. Die Instanzgerichte, die Beteiligten und ihre Berater haben sich auf die Regel eingestellt und richten sich danach: sie behandeln die Fälligkeit und vor allem die Nachfrist im Fall der endgültigen Erfüllungsverweigerung als überflüssig. Lange Gewohnheit und die Überzeugung von ihrer Rechtmäßigkeit haben Gewohnheitsrecht erzeugt*”.

Senonché, discusso era, prima della “*Schuldrechtsmodernisierung*”, se alla suddetta nozione potessero essere ricondotte, ai fini dell’azionabilità delle pretese creditorie, anche le situazioni di certezza del futuro inadempimento derivante da circostanze diverse da quelle dell’esplicita dichiarazione debitoria di non voler adempiere, quali ad esempio il mancato compimento di atti preparatori all’adempimento; oppure la reiterata cattiva esecuzione delle prestazioni dovute in forza di un contratto a consegne ripartite.

Come si è avuto modo di vedere nel capitolo precedente, nel sistema della legge uniforme l’art. 72 CISG detta una disciplina distinta secondo che la volontà del debitore di non eseguire la prestazione dovuta venga espressa mediante una dichiarazione o emerga, per contro, da situazioni diverse: solo qualora il contraente rifiuti di adempiere può ritenersi immediatamente integrato il presupposto della certezza del futuro inadempimento richiesto ai fini della dichiarazione di scioglimento del contratto (cfr. commi 1° e 3° dell’art. 72 CISG). Al di fuori di tali ipotesi, è necessaria invece, al medesimo fine, la previa attivazione del procedimento comunicatorio di cui al comma 2°.

Il significato del verbo “dichiarare”, impiegato nell’art. 72, comma 3°, BGB è in realtà discusso; sicché si continua a dibattere, fra i commentatori, se la parte *in bonis* sia o no legittimata a risolvere immediatamente il contratto anche qualora l’altra non abbia dichiarato esplicitamente, con lo scritto o con le parole, di non voler adempiere, ma abbia, di contro, dimostrato l’assenza di una sua intenzione di tenere fede agli impegni assunti con atti concludenti, omettendo, ad esempio, di compiere la necessaria attività preparatoria o ponendo in essere una condotta incompatibile con l’adempimento.

Ciò che è chiaro è, tuttavia, che il comma 3° della citata disposizione non può trovare applicazione in presenza di una situazione di pericolo derivante da fatti estranei alla sfera (volitiva) del debitore: in tal caso, manca infatti una condotta qualificabile in termini di “dichiarazione” (qualsiasi sia il significato che si intenda attribuire a tale sostantivo) e l’unica via per ottenere lo scioglimento del vincolo è quella tracciata dall’art. 72, comma 2°, CISG⁴⁸.

Orbene, una disposizione analoga a quella dell’art. 72 CISG mancava – e manca a ben vedere tuttora – nel diritto tedesco⁴⁹: la soluzione del problema relativo alla

⁴⁸ I problemi legati all’interpretazione dell’art. 73, comma 3°, CISG e all’individuazione del suo campo di applicazione sono stati approfonditi nel capitolo II.

⁴⁹ Il nuovo § 323, comma 4°, BGB, che prevede, nella sua formulazione attuale, la possibilità per la parte contrattuale fedele di sciogliere immediatamente il contratto ove sia certo che subentreranno, in futuro, i presupposti per l’esercizio del rimedio del recesso, non distingue, infatti, secondo che tale certezza

possibilità o meno di assimilare, ai fini della disciplina ad esse applicabile, le diverse ipotesi di manifestazione oppositiva del debitore, problematica invero anche nelle fattispecie sottoposte all'applicazione della legge uniforme, risultava pertanto – e risulta ancor oggi – tutt'altro che agevole⁵⁰.

Occorre comunque notare che, già prima della riforma del 2002, la tendenza fra gli interpreti era quella di intendere in termini di “rifiuto” (o “*Erfüllungsverweigerung*”), oltretutto la dichiarazione esplicita e diretta di non voler (o poter⁵¹) adempiere (“*Weigerung durch Erklärung*”), anche – e più in generale – ogni atto abdicativo del debitore, ancorché risultante da un comportamento concludente (“*Weigerung durch schlüssiges Verhalten*”).

Il contraente *in bonis* si considerava così legittimato ad esperire i rimedi contro l'inadempimento sia nell'ipotesi in cui l'altra parte avesse espresso, a chiare lettere, la propria intenzione di non adempiere, o avesse comunque cercato di svincolarsi dai propri obblighi contrattuali adducendo scuse ingiustificate e prive di fondamento⁵², sia ove l'assenza della volontà di eseguire la prestazione fosse desumibile dall'omissione della necessaria attività preparatoria⁵³ o dal compimento di atti incompatibili con il proposito di soddisfare l'interesse creditorio⁵⁴.

Condizione per l'esercizio dei diritti del recesso e del risarcimento del danno si riteneva fosse, in altri termini, unicamente l'esternazione della volontà del debitore

consegua ad una dichiarazione del debitore di non voler adempiere, ad un suo comportamento incompatibile con la volontà di adempiere o, ancora, a circostanze diverse ed estranee alla sfera della volontà del debitore. V. *infra*.

⁵⁰ A differenza della CISG, che pur senza chiarire quale sia l'esatto significato da attribuire al termine “dichiarare” impiegato al comma 3° dell'art. 72 CISG, nel diritto tedesco appariva dubbio altresì se al rifiuto, comunque inteso, potessero essere assimilati i casi in cui, a prescindere dall'esistenza di una condotta debitoria, il pericolo del futuro inadempimento derivasse da fatti non riconducibili alla sua sfera volitiva.

⁵¹ Per l'equiparazione dei due casi, v.: BGH, 19.9.1983, in *NJW*, 1984, 49; ID., 10.12.1976, cit., 76. Nella giurisprudenza italiana, v., ad esempio: CASS., 14.3.2003, n. 3787, in *Contratti*, 2004, 446 ss.; in *Giust. civ.*, 2004, I, 458 ss.; in *Gius.*, 2003, 1570; in *Impr.*, 2003, 876; in *Arch. civ.*, 2004, 94; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, a cura di A. VENTURELLI, Torino, 2013, 375 ss.; CASS., 6.10.1962, n. 2858, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 275; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 278 ss. Per la possibilità di assimilare la dichiarazione di non voler e quella di non poter adempiere nella CISG, v. capitolo II.

⁵² Del resto, il debitore spesso non comunica direttamente l'assenza della propria volontà di adempiere, ma cerca piuttosto di sottrarsi agli obblighi che gli derivano dal contratto contestando la validità o l'efficacia dello stesso, dichiarandone ingiustificatamente lo scioglimento o subordinando il proprio adempimento all'esecuzione da parte dell'altro contraente di prestazioni ulteriori e non dovute. Anche in tali ipotesi la sua condotta sarà qualificabile in termini di “rifiuto”. Così: BGH, 8.5.1987, in *NJW-RR*, 1987, 1158 s.; ID., 1.10.1986, in *NJW*, 1987, 253.

⁵³ BGH, 21.12.1984, cit., 392 ss., spec. 394.

⁵⁴ Così, espressamente. BGH, 14.7.1971, *NJW*, 1971, 1839: “*In dem Auszug des Mieters ohne Vornahme der vertraglich übernommenen Instandsetzungen kann bereits eine endgültige Erfüllungsverweigerung liegen*“. Cfr. BGH, 15.11.1967, in *NJW*, 1968, 492; ID., 10.7.1991, in *NJW*, 1991, 2417.

contraria all'attuazione del rapporto⁵⁵, a prescindere cioè dalle concrete modalità con cui tale esternazione fosse avvenuta.

Al riguardo va ricordato come un'analogia soluzione sia stata proposta anche dagli interpreti italiani, secondo i quali il creditore avrebbe la possibilità di ricorrere al rimedio risolutorio così come, in genere, a tutti gli strumenti contro l'inadempimento, sia quando il debitore avesse manifestato la volontà di non adempiere mediante dichiarazione esplicita, sia quando egli avesse posto in essere un comportamento comunque atto ad indicare l'assenza della volontà o della possibilità di eseguire la prestazione dovuta⁵⁶.

Al pari di quanto si precisa nella dottrina e nella giurisprudenza italiane, l'immediata attivazione dei rimedi interruttivi del rapporto si riteneva, poi, anche in Germania, limitata ai soli casi in cui la manifestazione oppositiva – precedente o successiva alla scadenza del termine previsto per l'adempimento – risultasse connotata dai caratteri di serietà e definitività; fosse cioè tale da indicare in maniera certa ed univoca l'inadempimento del debitore al momento stabilito⁵⁷.

La tesi favorevole a dare un significato ampio al termine “rifiuto” non era comunque condivisa dalla totalità degli interpreti.

In particolare, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza vi era chi, anche a prescindere dalla soluzione del problema qualificatorio, riteneva che le due ipotesi – quella cioè della dichiarazione (esplicita) di non voler adempiere e quella del pericolo di

⁵⁵ Cfr. J. GERNHUBER, *Die endgültige Erfüllungsverweigerung*, cit., 152 s; HA. STOLL, *Zur Haftung bei Erfüllungsverweigerung im Einheitlichen Kaufrecht*, in *RabelsZ*, 1988, 622 s. *Contra* G. FROHBERG, *Die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung – Tatbestand und Rechtsfolgen*, cit., 142, secondo il quale la dichiarazione del debitore avrebbe la sola funzione di rendere conoscibile all'esterno la volontà contraria all'adempimento, la quale rilevarebbe comunque di per sé, e cioè anche a prescindere dall'esternazione debitoria. Ma v., tuttavia, H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 116, secondo il quale – affinché la volontà possa assumere rilevanza giuridica – è pur sempre necessario che essa venga manifestata all'esterno; che non rimanga cioè una mera intenzione.

⁵⁶ Cfr. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1974, 179, secondo il quale sia nell'uno che nell'altro caso il debitore potrebbe considerarsi inadempiente in modo definitivo. In giurisprudenza, v.: CASS., 14.3.2003, n. 2787, cit.; CASS., 6.10.1962, n. 2858, cit., secondo la quale “a norma dell'art. 1219, n. 2, c.c., deve ritenersi che sussista l'inadempimento del debitore quando questi abbia comunque manifestato la volontà di non adempiere e quando dal suo comportamento risulti con certezza che egli non possa adempiere nel termine”. Per maggiori approfondimenti, v. *infra*.

⁵⁷ Così, nella giurisprudenza italiana, CASS., 27.7.1973, n. 2210, in *Foro it.*, 1974, I, 1769 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 308 ss., secondo la quale “deve considerarsi inadempiente il contraente che, in pendenza del termine, abbia manifestato in modo certo ed inequivoco di non voler eseguire la sua obbligazione”. Ciò posto, nulla vieterebbe, secondo la Suprema Corte, che l'altra parte, “in costanza di tale comportamento [...] possa avvalersi della diffida ad adempiere prevista dall'art. 1454 c.c., anche prima della scadenza pattuita, per conseguire quegli effetti risolutivi che derivano dalla suddetta norma”. Cfr. CASS., 29.9.1964, n. 2464, in *Rep. Foro. it.*, 1964, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 292; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 289 ss., secondo la quale “solo il rifiuto univoco e definitivo del debitore di adempiere la prestazione determina l'inadempimento e quindi può giustificare la domanda di risoluzione”.

inadempimento conseguente al verificarsi di fatti e atti diversi – fossero e dovessero perciò essere tenute distinte sotto il profilo della disciplina ad esse applicabile⁵⁸.

Più precisamente, secondo tale impostazione solo il rifiuto risultante da una dichiarazione (esplicita) del debitore avrebbe potuto ritenersi (se caratterizzato dai connotati della serietà e definitività) immediatamente lesivo dell'interesse della controparte⁵⁹ e come tale di per sé sufficiente a legittimare quest'ultima a sciogliere il contratto o ad agire alternativamente per il risarcimento dei danni da inadempimento.

Di contro, tale autonoma rilevanza non avrebbe potuto essere attribuita ai comportamenti del debitore diversi dalla dichiarazione (esplicita) di non voler più eseguire la prestazione dovuta, in presenza dei quali il ricorso ai rimedi contro l'inadempimento avrebbe richiesto sempre la valutazione dell'insieme delle circostanze del caso; e ciò al fine di stabilire se, nonostante la condotta antidoverosa del debitore, fosse o no ragionevole pretendere dal creditore di rimanere vincolato al contratto⁶⁰.

È appena il caso di notare che la diversità di trattamento tra le due ipotesi non era naturalmente condivisa da chi negava l'immediata lesività della dichiarazione del debitore di non voler adempiere, sostenendo che anche quest'ultima fosse rilevante – ai fini risarcitori o risolutori – solo ove accompagnata da altri indici incompatibili con

⁵⁸ Così, in giurisprudenza, BGH, 19.2.1969, in *NJW*, 1969, 975 s.; ID., 4.5.2000, in *NJW*, 2000, 2988 ss. Diversamente, tuttavia, B. AUWETER, *Die antizipierte Erfüllungsverweigerung im amerikanischen und deutschen Kaufrecht*, Diss. Mannheim, 1984, 112: "Schleppende oder gar unterlassene Vorbereitungshandlungen können eine Erfüllungsverweigerungen darstellen, wenn dadurch eine unzumutbare Unsicherheit entsteht, ob der Verkäufer liefern wird oder nicht". Cfr. E. LANGE, *Vorbereitung und Gefährdung der Leistung. Zum vorbeugenden Rechtsschutz im Schuldverhältnis und zur Dogmatik der sogenannten unselbständigen Nebenpflichten*, Tübingen, 1971, 70; G.H. JONES, P. SCHLECHTRIEM, *Breach of Contract (Deficiencies in a Party's Performance)*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, *Contracts in general*, a cura di A.T. V. MEHREN, 2, cap. 15, Tübingen, Leiden, Boston, 2008, n. 140 ss., 90 ss.; E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, cit., 386.

⁵⁹ Così, ad esempio, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, cit., 365, nota n. 8; H.G. LESER, *Die Erfüllungsverweigerung. Ein Typ der Leistungsstörungen*, cit., 655: "Der Vorwurf ergibt sich allein aus der Negierung des Vertrages und nicht aus weiteren Umständen der Erklärung [...]. Die ernstliche und bestimmte Vertragsaufsage vor Fälligkeit ist eine eigene Form der Vertragsverletzung"

⁶⁰ BGH, 19.2.1969, cit., 975 s.: "Denn einerseits ist die Erfüllungsverweigerung keineswegs die einzige positive Vertragsverletzung, die den vertragstreuen Teil zum Rücktritt berechtigt. Die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben führen vielmehr dazu, daß auch jede andere schwerwiegende Unzuverlässigkeit des vertragsuntreuen Teiles dieselben Folgen nach sich ziehen kann wie die Erfüllungsverweigerung, vorausgesetzt nur, daß diese Unzuverlässigkeit sich als so schwerwiegend darstellt, daß dem anderen Teile die Fortsetzung des Vertrages nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann" Cfr. BGH, 4.5.2000, cit., 2988 ss.: "Das Recht zur Kündigung kann auch dann bestehen, wenn die schwer wiegende Vertragsverletzung zwar noch nicht eingetreten, ihr Eintritt jedoch sicher ist. Denn es kann dem Auftraggeber in aller Regel nicht zugemutet werden, die Vertragsverletzung abzuwarten, um dann erst die rechtlichen Konsequenzen daraus zu ziehen. [...] Die Rechtslage ist insoweit vergleichbar mit den Fällen, in denen der Gläubiger vor Fälligkeit der Leistungsverpflichtung ohne Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bereits nach § 326 I BGB vorgehen kann, wenn der Schuldner die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert". Per una tesi parzialmente diversa e comunque più articolata, v.: U. HUBER, *Zur Haftung des Verkäufers wegen positive Vertragsverletzung*, in *AcP*, (177) 1977, 339 ss.

l'attitudine ad eseguire la prestazione oggetto dell'obbligazione⁶¹; e sottolineando come l'unica differenza tra i casi in cui la manifestazione oppositiva fosse espressa mediante parole o scritti o risultasse invece da un comportamento concludente fosse sostanzialmente la maggiore o minore difficoltà connessa all'accertamento del carattere definitivo dell'atto abdicativo e dell'irreversibilità della situazione ad esso conseguente.

Proprio al fine di consentire alla parte *in bonis* di accertare il futuro subentro di una violazione contrattuale ed evitare con ciò i rischi connessi all'ingiustificata dichiarazione della risoluzione (o richiesta di risarcimento), si ammetteva peraltro la possibilità – ed anzi, l'opportunità – per la stessa di provvedere alla previa fissazione di un termine per consentire alla controparte di dimostrare la propria volontà o capacità di adempiere⁶² (cfr. art. 72, comma 2°, CISG).

In analogia a quanto stabilito dall'art. 71 CISG, tendeva ad essere riconosciuta, poi, la possibilità per la parte fedele, ove in dubbio sulla definitività del rifiuto (ed ancorché tenuta ad adempiere per prima), di sospendere l'esecuzione della propria prestazione in attesa di una chiarificazione da parte dell'altro contraente⁶³. E ciò, a ben

⁶¹ V. U. HUBER, *Leistungsstörungen, II*, cit., 600 s., il quale – pur essendo favorevole alla qualificazione in termini di rifiuto anche della manifestazione oppositiva del debitore risultante da un comportamento concludente, sottolinea la maggiore difficoltà in tali casi di stabilire l'irreversibilità della situazione venutasi a creare in conseguenza e a causa della condotta antidoverosa posta in essere dal debitore. In giurisprudenza si era creata comunque un'ampia casistica cui era possibile appunto fare riferimento per risolvere i casi dubbi. Cfr., con riguardo ai casi di proposta di modifica del contenuto negoziale, v. BGH, 11.1.1961, in *MDR*, 1961, 314, n. 47. Nel senso che i presupposti per lo scioglimento del contratto avrebbero potuto ritenersi integrati solo ove il debitore avesse preteso sin da subito di far dipendere il proprio adempimento dall'esecuzione di prestazioni ulteriori da parte dell'altro contraente, ID., 27.4.1994, in *NJW*, 1994, 2026; o, nei casi di infruttuoso tentativo di rinegoziazione, avesse ciononostante insistito per modificare in modo sostanziale i termini del contratto, U. HUBER, *Leistungsstörungen, II*, cit., 593. Per le ipotesi in cui il rifiuto trovi il proprio fondamento in un'erronea interpretazione del contratto ovvero in un'erronea percezione delle circostanze di fatto v. F. WESTHELLE, *Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung*, cit., 71, secondo il quale, qualora il debitore rifiuti l'adempimento ritenendosi a ciò legittimato, la fissazione di un termine ulteriore apparirebbe utile per consentire al debitore di ripensare la propria posizione. Cfr. G. FROHBERG, *Die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung – Tatbestand und Rechtsfolgen*, cit., 154 s.. Contro la qualificazione della fattispecie del rifiuto di adempiere reso dopo l'apertura di un procedimento di insolvenza ("*Insolvenzverfahren*") in termini di "*positive Vertragsverletzung*" e per l'applicabilità, in tal caso, delle norme contenute nelle leggi speciali ("*Insolvenzgesetzen*"), v. G. KÖPCKE, *Typen der positiven Vertragsverletzung*, cit., 74 s.

⁶² Cfr. BGH, 10.12.1975, cit., 75 s.; ID., 6.10.1976, cit., 35; ID., 29.4.1970, in *MDR*, 1970, 756; ID., 21.10.1982, in *NJW*, 1983, 989 s.

⁶³ Per tale possibilità, si veda U. HUBER, *Leistungsstörungen, I*, cit., 382 ss., secondo il quale, ove un contraente dichiari di non voler adempiere, l'altro potrebbe non solo dichiarare lo scioglimento del contratto o agire per il risarcimento del danno per inadempimento, ma potrebbe altresì sollevare l'eccezione di inadempimento ex § 320 BGB ed evitare così la caduta in mora, ancorché tenuto ad adempiere per primo. La scelta di Huber, di fondare il diritto del debitore a sollevare l'eccezione dilatoria sul § 320 BGB (vecchio testo) e non invece sul § 321 BGB (vecchio testo) si spiega ove si tenga conto della stretta formulazione di quest'ultima disposizione nella sua versione originaria. V., tuttavia, *de iure condendo*, ID., *Leistungsstörungen. Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des*

vedere, nonostante la formulazione del § 321 BGB, il quale prevedeva quale presupposto per la propria applicazione la sola circostanza del mutamento delle condizioni economiche della controparte.

La possibilità riconosciuta al creditore di sollevare l'eccezione dilatoria e di evitare in tal modo la caduta in mora, avrebbe trovato giustificazione, segnatamente, nel generale principio di buona fede espresso dal § 242 BGB: chi avesse rifiutato di eseguire la propria prestazione non avrebbe infatti potuto pretendere l'esecuzione della prestazione dovuta dalla controparte, se non venendo *contra factum proprium* e violando quindi, in tal modo, il dovere di correttezza⁶⁴.

3. CRITICHE ALLA DISCIPLINA CONTENUTA NEL BGB E RIFORMA DEL DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI: NOVITÀ PRINCIPALI.

Orbene, il quadro sin qui delineato ha subito una radicale trasformazione nel 2002, con l'entrata in vigore del c.d. *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*⁶⁵.

La disciplina contenuta nell'impianto originario del codice aveva suscitato insoddisfazione in dottrina. Fra gli interpreti si registrava una crescente "disaffezione" per l'intero BGB⁶⁶. Anche se, va notato, l'attenzione degli stessi si era col tempo concentrata soprattutto sul libro secondo, dedicato al diritto dei rapporti obbligatori – settore che più di tutti aveva iniziato a mostrare i segni del tempo e di cui si auspicava pertanto una rielaborazione⁶⁷.

Schuldrechts, vol. I, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, Köln, 1981 827, dove l'autore propone una modifica del § 321 BGB, sì da renderlo applicabile, fra l'altro, anche nei casi in cui l'altra parte abbia rifiutato di adempiere o sia comunque chiaro che non eseguirà la prestazione dovuta. Così la formulazione del § 321 BGB, proposta da Huber: "*Der Schuldner, der aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die Leistung verweigern [...] 2. [...] wenn der Gläubiger sich ernstlich und endgültig weigert, die Gegenleistung zu bewirken, oder wenn aus sonstigen Gründen offensichtlich ist, daß er die Gegenleistung nicht bewirken wird*".

⁶⁴ Cfr. J. GERNHUBER, *Die endgültige Erfüllungsverweigerung*, cit., 155; U. HUBER, *Leistungsstörungen*, I, cit., 383, secondo il quale, se si ritiene di dover consentire alla parte *in bonis* destinataria di un rifiuto di sciogliere il contratto e di agire per il risarcimento del danno, si deve altresì consentire alla medesima di avvalersi del diverso e meno grave rimedio dilatorio. Cfr. ID., *Leistungsstörungen. Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?*, cit., 827. In giurisprudenza, v. BGH, 8.7.1983, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)*, 88, 1984, 96.

⁶⁵ V. *supra*.

⁶⁶ Per le critiche mosse al BGB sin dalla pubblicazione del primo progetto nel 1888, v. R. ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligation. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, New York, 2005, 27 ss. In lingua italiana, si veda A. DI MAJO, *La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale*, in *Riv. dir. crit. dir. priv.*, 1983, 169 ss. Per maggiori informazioni al riguardo, si rinvia a D. SCHWAB, *Das BGB und seine Kritiker*, in *Zeitschrift für neuere Geschichte*, 2000, 325 ss.

⁶⁷ L'idea di una riforma del diritto delle obbligazioni pare potersi far risalire al ministro della giustizia Hans-Jochen Vogel, che per primo presentò una proposta al parlamento federale nel 1978 e,

I rilievi critici sollevati dagli interpreti riguardavano, in particolare, anche se non solo, la complessa disciplina delle c.d. “turbative dell’adempimento” o “*Leistungsstörungen*”, con le sue plurime e difficilmente comprensibili distinzioni all’interno della categoria dell’inadempimento⁶⁸.

Gli autori tendevano a sottolineare, inoltre, l’eccessiva complessità di un sistema, nel quale alle fattispecie di fonte legislativa si affiancava una pluralità di figure di elaborazione dottrinal-giurisprudenziale⁶⁹, le quali non trovavano espressa previsione e regolamentazione nel codice. Si pensi, ad esempio, alla già menzionata figura delle violazioni positive del contratto (o del diritto di credito)⁷⁰, all’istituto di teorizzazione *jheringhiana* della “*culpa in contrahendo*”⁷¹, ma anche alla dottrina della “*Störung der Geschäftsgrundlage*” o alterazione del fondamento negoziale, risalente, com’è noto, alle costruzioni di Oertmann⁷² (a loro volta ulteriore sviluppo dell’antica teoria sulla “*Voraussetzung*” o presupposizione di Windscheid⁷³).

Il vecchio “*Schuldrecht*” tedesco rappresentava “un *unicum*” nel contesto europeo ed era destinato a rimanere sempre più isolato alla luce delle tendenze che andavano affermandosi a livello sovranazionale, dove aveva preso avvio un piano di ravvicinamento e di armonizzazione dei diversi diritti interni; e dove, per quanto riguarda la disciplina dell’inadempimento, i progetti di legge uniforme si stavano evidentemente

successivamente, in occasione della 52. “Giornata” (o “Convegno”) dei Giuristi tedeschi” (“*Deutscher Juristentag*”: v. H.J. VOGEL, in *Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages*, München, 1978, G 17 ss.). Sul punto, v. A. WOLF, *Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1978, 249.

⁶⁸ Sul punto, v., in particolare, la relazione del 1981 del Prof. Ulrich Huber: ID., *Leistungsstörungen. Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen in Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?*, cit., 647 ss. Ma v. anche E. SCHWARK, *Grundsätzliche Fragen einer Überarbeitung des Schuldrechts*, in *JZ*, 1980, 741 ss.; U. DIEDERICHSEN, *Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts*, in *AcP*, (182), 1982, 182, 101 ss.

⁶⁹ Osserva A. DI MAJO, *La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale*, cit., 169 s., come “a far tempo dalla sua entrata in vigore, il diritto delle obbligazioni «codificato» abbia ricevuto non pochi contraccolpi, non solo ad opera di leggi speciali [...], “ma anche e massimamente dalla giurisprudenza, a tal punto da far emergere una sorta di «diritto pretorio», contrapposto a quello «codificato».” Così anche H.-J. BUNTE, *Sulla programmata rielaborazione del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. cit. dir. priv.*, 1983, 187 s. La codificazione degli istituti di fonte giurisprudenziale ha costituito quindi senz’altro uno degli obiettivi centrali della riforma del 2002. Si veda, sul punto, C.-W. CANARIS, *Einführung, in Schuldrechtsreform 2002*, a cura di C.-W. CANARIS, München, 2002, XIX s.

⁷⁰ Su cui, v. *supra*.

⁷¹ Sulla c.d. c.i.c., v. R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jh. Jb. IV*, 1860/1861, 1 ss. Per la versione italiana, v. ID., *Della culpa in contrahendo ossia il risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, traduzione dal tedesco e nota di lettura di F. PROCCHI, Napoli, 2005.

⁷² P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921.

⁷³ B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850; ID., *Die Voraussetzung*, in *AcP*, (78) 1892, 161 ss.

sviluppando in una direzione diversa da quella in cui era andato l'ordinamento tedesco, privilegiando, in specie, l'idea di una categoria di violazione unica cui ricollegare una serie di rimedi⁷⁴.

Il delinarsi di queste tendenze evolutive, insieme alle esigenze della società moderna, profondamente modificata rispetto a quella che aveva visto il sorgere del BGB, avevano indotto quindi gli interpreti tedeschi, sempre più consapevoli dell'improcrastinabilità di un intervento legislativo, ad interrogarsi sulle possibili linee di una riforma divenuta ormai ineluttabile.

L'iter che portò all'elaborazione e alla definitiva approvazione dello "Schuldrechtsmodernisierungsgesetz" fu lungo e tortuoso, denso di discussioni che videro impegnati operatori del diritto di diversa estrazione culturale ed istituzionale⁷⁵;

⁷⁴ Per gli sviluppi del diritto uniforme, v. *supra*.

⁷⁵ In una prima fase il Ministero federale della Giustizia incaricò un gruppo di accademici a riflettere sull'attualità della disciplina dei rapporti obbligatori – contrattuali ed extracontrattuali - contenuta nel BGB e di preparare alcune proposte per un eventuale ammodernamento della medesima. I lavori di tale gruppo di professori sfociarono in una raccolta di tre volumi: AA.VV., *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, a cura del Ministero federale della giustizia, vol. I-III, Köln, 1981-1983. Su richiesta del Max Planck Institute, fu elaborata, alcuni anni più tardi, un'ulteriore relazione ("Sondergutachten") sul diritto della vendita, che tenne conto altresì degli sviluppi internazionali e sovranazionali della materia. V. J. BASEDOW, *Die Reform des deutschen Kaufrechts*, Köln, 1988. Per alcune testimonianze sulla discussione svoltasi in quegli anni, si vedano: AA.VV., *Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, in *NJW*, 1982, 37, 2017 ss.; D. MEDICUS, *Zum Stand der Überarbeitung des Schuldrechts*, in *AcP*, (188) 1988, 168. Per un commento in italiano alle proposte contenute nei tre volumi sopra menzionati, si possono consultare: A. DI MAJO, *La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale*, cit., 167 ss.; H.-J. BUNTE, *Sulla programmata rielaborazione del diritto delle obbligazioni*, cit., 181 ss. (cui si rinvia peraltro per un sintetico riassunto dei diversi pareri); AA.VV., *Prospettive di riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti: un confronto con l'esperienza tedesca*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 485 ss. Alla pubblicazione dei tre volumi contenenti le proposte di riforma, seguì l'istituzione di una Commissione per l'elaborazione di un nuovo diritto delle obbligazioni (o "Schuldrechtskommission"), composta non più da soli accademici, la quale si concentrò comunque su uno spettro di tematiche ridotto rispetto a quello individuato e delineato nei tre volumi suddetti: l'obiettivo era, infatti, quello di arrivare al più presto all'elaborazione di un disegno di legge. Cfr. sul punto H.A. ENGELHARD, *Zu den Aufgaben einer Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts*, in *NJW*, 1984, 1201 ss. Ma, al contrario delle aspettative e degli auspici del Governo, che caldeggiava una rapida definizione di un progetto di riforma, quest'ultimo venne licenziato solo nel 1992, anno in cui si conclusero finalmente i lavori della Commissione istituita nel 1984. Per il progetto della Commissione (c.d. "Kommissionsentwurf", d'ora in poi solo *KommE*) e la relazione allo stesso (c.d. "Abschlußbericht"), si veda: *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Köln, 1992. Al riguardo, v. i commenti di W. ROLLAND, *Schuldrechtsreform – Allgemeiner Teil*, in *NJW*, 1992, 2377 ss.; D. MEDICUS, *Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Das allgemeine Recht der Leistungsstörungen*, *ivi*, 2384 ss.; L. HAAS, *Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Die Mängelhaftung bei Kauf- und Werkverträgen*, *ivi*, 2389 ss.; D. RABE, *Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Verjährung*, *ivi*, 2395 ss. Le proposte contenute nel *KommE* furono al centro della discussione in occasione della 60. "Giornata dei Giuristi tedeschi" ("Deutscher Juristentag"). V. *Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages*, München, 1994, I e II, 1 e 2. Per alcune critiche al progetto, si rinvia al testo dell'intervento di W. FLUME, in *Diskussion. Sitzung am 21. September 1994*, *ivi*, K 112 ss. Per un riassunto dei lavori compiuti in quell'occasione, v. 60. *Deutscher Juristentag: Der Tagungsverlauf*, in *NJW*, 1994, 3070 ss.; R. FRIELÉ, *Abteilung: Zivilrecht*, in AA.VV., *Der 60. Deutsche Juristentag in Münster vom 20. Bis 23. September 1994. Tagungsbericht.*, in *JZ*, 1995, 189 ss.; E.A. KRAMER, *Die Reform des Schuldrechts – Die privatrechtliche Abteilung des 60. Deutschen Juristentags, 20.-23. September 1994 in Münster*, in *ZEuP*, 1995, 302 ss. Nonostante tutto, il

caratterizzato altresì dal susseguirsi di importanti vicende politiche e culturali, le quali hanno certamente influito sugli ulteriori sviluppi della riforma⁷⁶.

progetto della Commissione rimase per anni un mero punto di riferimento culturale. L'impulso definitivo all'elaborazione della riforma venne, infine, dalla direttiva comunitaria sulle garanzie nella vendita dei beni di consumo (n. 1999/44/CE), la cui attuazione parve costituire un'occasione imperdibile per riscrivere non solo il diritto interno della compravendita, ma – più in generale – l'intero diritto delle obbligazioni contenuto nel BGB e per portare finalmente a termine il processo riformatore iniziato più di due decenni prima, il quale sembrava oramai giunto ad una situazione di stallo. Con la pubblicazione, da parte del Ministero federale della giustizia di un nuovo progetto, il c.d. “*Diskussionsentwurf*” (d'ora in poi, solo *DiskE*) riprese così la discussione intorno alla riforma. Il testo del progetto di discussione si può leggere in C.W. CANARIS, *Schuldrechtsreform 2002*, cit., 3 ss., nonché in W. ERNST, R. ZIMMERMANN, *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, Tübingen, 2001, Anhang I, 613 ss., cui si rinvia peraltro per alcuni commenti al progetto del ministero, fra i quali vanno menzionati, in particolare, quelli di: H. WEIS, *Einführung in den Diskussionsentwurf*, *ivi*, 25 ss.; U. HUBER, *Das geplante Recht der Leistungsstörungen*, *ivi*, 31 ss.; M. LIEB, *Vom Beruf unserer Zeit zur Modernisierung des Schuldrechts*, *ivi*, 553 ss.; W. ERNST, *Zum Fortgang der Schuldrechtsmodernisierung*, *ivi*, 559 ss.; R. ZIMMERMANN, *Schuldrechtsmodernisierung?*, *ivi*, 1 ss., disponibile anche nella traduzione italiana: ID., *Modernizzazione del diritto delle obbligazioni?*, in *Annuario di diritto tedesco 2001*, a cura di S. PATTI, Milano, 2002, 55 ss. Cfr. le relazioni del convegno tenutosi a Berlino in data 30-31.3.2001, raccolte in R. SCHULZE e H. SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, 2001, ed, in particolare, C.-W. CANARIS, *Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen*, *ivi*, 43 ss.; U. MAGNUS, *Der Tatbestand der Pflichtverletzung*, *ivi*, 67 ss.; O. REMIEN, *Nationale Schuldrechtsmodernisierung und gemeineuropäische Privatrechtswissenschaft*, *ivi*, 101 ss. Cfr. il numero speciale della rivista “*Juristenzeitung*”, interamente dedicata al convegno di cui sopra: AA.VV., *Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung*, in *JZ*, 2001, 473 ss. Cfr. A. WILLINGMANN e T. HIRSE, *Schuldrechtsmodernisierung und Allgemeines Schuldrecht*, in *Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz*, a cura di H.-W. MICKLITZ, T. PFEIFFER, K. TONNER e A. WILLINGMANN, in *Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V.*, a cura di H.-W. MICKLITZ, Band 9, 2001, 45 ss. Si veda, ancora, con particolare riferimento alle proposte relative alla disciplina delle c.d. turbative dell'adempimento, C.W. CANARIS, *Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik mit Rechtspolitischer Umschau*, 2001, 329 ss. Per la c.d. versione aggiornata (o “*konsolidierte Fassung*”) del progetto, v. ID., *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in *JZ*, 2001, 499 ss. Il citato progetto divenne, dapprima, disegno di legge (v. “*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*”, del 14.5.2001, Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/6040, pubblicato anche in C.W. CANARIS, *Die Schuldrechtsmodernisierung 2002*, 429 ss., 569 ss., insieme alle diverse proposte di emendamento) e, poi, a seguito dell'approvazione da parte del “*Bundestag*” in data 11.10.2001 e del “*Bundesrat*” in data 9.11.2001, legge federale. Quest'ultima entrò in vigore il 1°1.2002, poco più di cinque settimane dalla sua promulgazione, avvenuta in data 26.11.2001. Per una raccolta dei più importanti testi e documenti, v. C.W. CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, cit., cui si rinvia, altresì, per un breve riepilogo delle vicende che precedettero la riforma del 2002 (v., in particolare, VII ss.). Sul punto, si veda anche R. ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, cit., 30 ss. In lingua italiana, H.-J. BUNTE, *Sulla programmata rielaborazione del diritto delle obbligazioni*, cit., 181 ss.; E. FERRANTE, *Il progetto di riforma del libro secondo del codice civile tedesco su obbligazioni e contratti: verso un nuovo Schuldrecht*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2001, 249 ss.; ID., *Il nuovo Schuldrecht: ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, *ivi*, 761 ss.; H. HATTENHAUER, *La storia della Schuldrechtsmodernisierung ed i compiti del legislatore*, *ivi*, 2004, 665 ss.

⁷⁶ Il processo di riforma subì significativi impulsi dall'evoluzione del diritto sovranazionale. In particolare, la Convenzione di Vienna del 1980, ancorché entrata in vigore in Germania solo il 1°1.1991, ebbe un ruolo centrale lungo tutta la fase dei lavori preparatori. Per l'opportunità di adattare la disciplina interna delle “*Leistungsstörungen*” al modello offerto dal diritto uniforme, v. già U. HUBER, *Leistungsstörungen. Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen in Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?*, cit., 647 ss. Ma se ciò è vero, si deve altresì osservare come il legislatore tedesco abbia dimostrato scarsa attenzione per le iniziative sovranazionali più recenti (il riferimento è, in particolare, ai Principi UNIDROIT e ai PECL), così come non ha tenuto conto di alcuni fondamentali studi

Entrata definitivamente in vigore il 1°1.2002, e cioè dopo più di vent'anni dai primi impulsi, quest'ultima condusse, in definitiva, ad un profondo mutamento dell'intero sistema del diritto obbligatorio tedesco.

Fra le novità principali va segnalato, ad esempio, il recepimento nel codice dei classici istituti di elaborazione pretoria. Nel BGB sono state così inserite disposizioni dedicate agli obblighi di protezione (§ 241, comma 2°, BGB), alla responsabilità precontrattuale (§ 311, commi 2° e 3°, BGB) e all'alterazione del fondamento negoziale (§ 313 BGB); istituti che, sviluppati progressivamente in via interpretativa, erano rimasti a lungo privi di un'esplicita considerazione sul piano del diritto positivo⁷⁷.

in materia di diritto obbligatorio e contrattuale interno, fra i quali, in particolare, di quelli del Prof. Ulrich Huber, contenuti in ID., *Leistungsstörungen, I, II*, cit. La necessità di procedere all'attuazione della direttiva europea entro il 1°1.2002, ha infatti senz'altro accelerato i lavori che hanno portato all'approvazione del testo definitivo. Il poco tempo a disposizione ha impedito, tuttavia, ai redattori un'adeguata riflessione su alcuni punti fondamentali della riforma. Così, in particolare, R. ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, cit., 33 s.

⁷⁷ Per il nuovo "Schuldrecht" tedesco, v.: W. FIKENTSCHER, A. HEINEMANN, *Schuldrecht*, Berlin, 2006; S. LORENZ, T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002; P. SCHLECHTRIEM, M. SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2005 (siehe auch ID., *Schuldrecht. Besonderer Teil*, Tübingen, 2016); L. HAAS, D. MEDICUS, W. ROLLAND, C. SCHÄFER e H. WENDTLAND, *Das neue Schuldrecht*, München, 2002; P. HUBER e F. FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung 2002. Einführung in das neue Recht*, München, 2002; I. KOLLER, H. ROTH e R. ZIMMERMANN, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002*, München, 2002; H.P. WESTERMANN, *Das Schuldrecht 2002. Systematische Darstellung der Schuldrechtsreform*, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2002, 17; H.P. WESTERMANN, P. BYDLINSKI e R. WEBER, *BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2003; B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL e G. RING, *Das neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 2002; B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL, M. LEPA e G. RING, *Das neue Recht in der anwaltlichen Praxis*, Bonn, 2002; J. SCHMIDT-RÄNTSCH, *Das neue Schuldrecht. Anwendung und Auswirkungen in der Praxis*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002; E. SCHMIDT, *Das Schuldverhältnis. Eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts*, Heidelberg, 2004; W. KOTHE, H.-W. MICKLITZ, P. ROTT, K. TONNER e A. WILLINGMANN, *Das neue Schuldrecht. Kompaktcommentar*, Neuwied, 2003; B. DAUNER-LIEB, H. KONZEN e K. SCHMIDT, *Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente – Brennpunkte – Ausblick*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002; B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL, M. LEPA e G. RING, *Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht*, Bonn, 2002; M. HENSSLER e F. GRAF VON WESTPHALEN, *Praxis der Schuldrechtsreform*, Recklinghausen, 2002. Per alcune riflessioni relative alle novità apportate con la *Schuldrechtsmodernisierung*, si vedano, in lingua italiana, i contributi raccolti in AA.VV., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Atti del Convegno svoltosi a Ferrara il 7.-8.3.2003, a cura di G. Cian, Padova, 2004; A. COLOMBI CIACCHI, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni: prime osservazioni*, in *Annuario di diritto tedesco 2001*, cit., 89 ss.; G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, cit., 1 ss.; R. FAVALE, *Perturbative dell'adempimento e Pflichtverletzung alla luce della riforma del diritto tedesco delle obbligazioni in Germania*, in *Studi in onore di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, a cura di R. FAVALE e B. MARUCCI, I, Napoli, 2003, 711 ss.; E. RAJNERI, *La riforma del codice civile tedesco: spunti di riflessione*, in *Giust. civ.*, 2003, 325 ss.; R. SCHULZE, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 57 ss.; ID., *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz e prospettive di unificazione del diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti*, cit., 161 ss.; A. DIURNI e P. KINDLER, *Il codice civile tedesco "modernizzato"*, Torino, 2004; D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impresa*, 2004, 797 ss.; A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 353 ss.; ID., *La Modernisierung delle obbligazioni nel diritto tedesco*, nota di aggiornamento nell'*Introduzione al diritto comparato, II, Istituti*, edizione italiana a cura di A. DI MAJO e A. GAMBARO, Milano, 2011, 269 ss.; S. PATTI, *Luci e ombre nella riforma dello Schuldrecht*, in *Annuario di diritto tedesco 2003*, a cura di S.

A dire il vero, il legislatore ha omesso di regolare la figura delle “*positive Vertragsverletzungen*”, anch’essa creata dalla dottrina (e poi recepita dalla giurisprudenza) per sopperire, come si è visto, ad una lacuna normativa esistente nell’impianto originario del BGB; figura cui si tendeva a ricondurre tradizionalmente anche la fattispecie dell’inadempimento *ante diem* ed, in particolare, la sua forma paradigmatica del rifiuto anticipato di adempiere⁷⁸.

Ci si potrebbe meravigliare della scelta compiuta dal legislatore che, dopo aver espressamente dichiarato di voler tradurre in diritto positivo gli istituti frutto dell’evoluzione dottrinal-giurisprudenziale, si è poi astenuto dal prevedere e disciplinare espressamente una delle principali figure che, pur trovando ampia applicazione nella pratica, non riceveva tuttavia esplicita regolamentazione nel codice.

Senonché, la mancata predisposizione di una regolamentazione specifica delle c.d. lesioni positive del contratto o del credito trova spiegazione alla luce della nuova impostazione concettuale della disciplina dedicata all’inadempimento, imperniata su una nozione generale di violazione dell’obbligo, idonea a ricomprendere tutte le ipotesi di inesecuzione dei doveri derivanti al debitore dal rapporto con il creditore, incluse quelle precedentemente qualificate in termini di “*positive Vertragsverletzung*”⁷⁹.

In particolare, la nuova categoria di inadempimento (o, *rectius*, “*Pflichtverletzung*”), si riferisce sia ai casi di inesatta esecuzione della prestazione dovuta sia a quelli di lesione degli obblighi accessori. Entrambe le figure di violazione vengono poi ulteriormente regolate sotto lo specifico profilo delle conseguenze dalle medesime scaturenti (cfr. §§ 281, 282, 323, 324 BGB)⁸⁰. Viene così meno la necessità di fare ricorso a figure ulteriori, precedentemente sviluppate per far fronte alle insufficienze di una

PATTI, Milano, 2005, 47 ss.; S. LORENZ, *Il nuovo diritto dell’inadempimento e della vendita. Un bilancio provvisorio*, *ivi*, 103 ss.

⁷⁸ V. *supra*.

⁷⁹ Cfr. *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, dd. 14.5.2001, Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/6040, *Begründung*, 134 s. In dottrina, H. HEINRICHS, *Die Pflichtverletzung, ein Zentralbegriff des neuen Leistungsstörungenrecht*, in *Festschrift für P. Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von I. SCHWENZER, G. HAGER, Tübingen, 2003, 503 ss. In termini critici, U. HUBER, *Das geplante Recht der Leistungsstörungen*, cit., 98 ss.: “*Der Begriff der Pflichtverletzung ist aus den dargelegten Gründen als Grundbegriff des Leistungsstörungenrechts insofern, als er auch die vom Schuldner nicht zu vertretenden Leistungsstörungen erfassen soll, vollkommen untauglich und unverständlich. Er beruht auf einem Denkfehler*“. L’A. propone, in alternativa, l’introduzione della formula unitaria dell’inadempimento o “*Nichterfüllung*”. Cfr. R. ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, cit., 51, testo e nota n. 61. Con riferimento alla proposta contenuta nel *DiskE*, J. SCHAPP, *Empfiehl sich die „Pflichtverletzung“ als Generalatbestand des Leistungsstörungenrechts?*, in *JZ*, 2001, 583 ss. V. anche S. SEONG, *Der Begriff der nicht gehörigen Erfüllung aus dogmengeschichtlicher und rechtsgeschichtlicher Sicht*, Frankfurt a.M., 2004.

⁸⁰ Per maggiori approfondimenti v. *infra*.

normativa fondata sull'alternativa tra impossibilità e mora, la quale non pareva agevolmente prestarsi a regolare “patologie” della prestazione diverse da quelle espressamente previste⁸¹.

Il sistema attuale risulta così conforme al modello contenuto nella CISG così come, del resto, a quello degli altri testi di diritto uniforme, fondati a loro volta su una nozione onnicomprensiva di inadempimento, perno – al pari di quanto succede nel nuovo BGB – delle pretese risarcitorie e presupposto, nei contratti a prestazioni corrispettive, della dichiarazione di scioglimento del rapporto⁸².

Al riguardo, va notato che, nel riferirsi all'obbligo in generale, la categoria della “*Pflichtverletzung*” presenta in realtà una portata particolarmente ampia (come si desume dal confronto con il modello previsto dai testi di origine sovranazionale), essendo essa idonea a ricomprendere, al pari di quella dell'inadempimento impiegata dal nostro codice (art. 1218 cod. civ.), la mancata attuazione di qualsiasi obbligo scaturente da un programma obbligatorio, ancorché di origine non contrattuale. Irrilevante appare, in altri termini, perché possa dirsi integrata una “*Pflichtverletzung*”, tanto la tipologia dell'obbligo quanto la causa alla base della sua violazione. Tali circostanze vengono in rilievo – come si avrà modo di vedere meglio in prosieguo – solo all'ulteriore fine di individuare il regime giuridico ad esse applicabile; e cioè, al fine di selezionare le disposizioni volte a regolare il risarcimento del danno (§§ 280 ss. BGB), nonché, nel caso di contratti a prestazioni corrispettive, quelle relative allo scioglimento del vincolo (§§ 323 ss. BGB).

3.1. *SEGUE: NUOVA DISCIPLINA DELL'INADEMPIMENTO. IN PARTICOLARE: RIFIUTO DEL DEBITORE DI ADEMPIERE.*

Il legislatore tedesco non si è comunque limitato a prevedere, in termini generali, la figura della violazione dell'obbligo, ricollegando ad essa i due rimedi del risarcimento del danno e del recesso.

Di contro, egli si è preoccupato di regolare altresì, in maniera analitica, i presupposti per l'esperimento degli strumenti di tutela predisposti a favore del creditore,

⁸¹ V. *supra*.

⁸² Sul punto, si rinvia alle osservazioni svolte nel capitolo precedente.

diversificando la disciplina a seconda del tipo di violazione posta in essere (v. §§ 280 ss. e 323 ss. BGB)⁸³.

Così, subito dopo aver riconosciuto al creditore la possibilità di agire per il risarcimento del danno ed aver subordinato tale pretesa all'imputabilità della violazione al debitore (§ 280, comma 1°, BGB⁸⁴), il codice precisa che la domanda risarcitoria può essere avanzata, ove la violazione sussista in un mero ritardo nell'esecuzione della

⁸³ Per la nuova disciplina delle c.d. "Leistungsstörungen", si vedano: C.-W. CANARIS, *Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte*, in *Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung*, a cura di E. LORENZ, Karlsruhe, 2003, 5 ss.; D. MEDICUS, *Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht*, in *JZ*, 2003, 521 ss.; ID., *Leistungsstörungenrecht*, in *Das neue Schuldrecht*, a cura di L. HAAS, D. MEDICUS, W. ROLLAND, C. SCHÄFER e H. WENDTLAND, cit., 79 ss. e, per una sintetica illustrazione delle principali novità, W. ROLLAND, *Einführung*, *ivi*, 4 ss.; P. HUBER e F. FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, cit., 7 ss.; S. LORENZ e T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, cit., 83 ss.; I. KOLLER, *Recht der Leistungsstörungen*, in *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002*, a cura di I. KOLLER, H. ROTH e R. ZIMMERMANN, cit., 45 ss.; M. SCHULTZ, *Leistungsstörungenrecht*, in *Das Schuldrecht 2002*, a cura di H.P. WESTERMANN, cit., 17 ss.; H.P. WESTERMANN, P. BYDLINSKI e R. WEBER, *BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 75 ss.; B. DAUNER-LIEB, *Das Leistungsstörungenrecht im Überblick*, in *Das neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, a cura di B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL e G. RING, cit., 64 ss., nonché in *Das neue Recht in der anwaltlichen Praxis*, a cura di B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL, M. LEPA e G. RING, cit., 67 ss.; J. SCHMIDT-RÄNTSCH, *Das neue Schuldrecht. Anwendung und Auswirkungen in der Praxis*, cit., 79 ss.; P. SCHLECHTRIEM e M. SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 217 ss.; E. SCHMIDT, *Das Schuldverhältnis. Eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts*, cit., 188 ss.

⁸⁴ Ai sensi della citata disposizione, "se il debitore viola un obbligo derivante dal rapporto obbligatorio, il creditore può pretendere il risarcimento del danno che ne è derivato". Sennonché, prosegue il comma 1° del § 280 BGB, "ciò non vale se la violazione dell'obbligo non è imputabile al debitore" (così la versione tedesca del paragrafo: "*Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies liegt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat*"). Per stabilire se la violazione sia da ritenersi o no imputabile al debitore, occorre poi guardare a quanto disposto dal § 276 BGB, il quale prevede che "il debitore deve rispondere per colpa o dolo", sempreché non sia "prevista" o risulti comunque "dal restante contenuto del rapporto obbligatorio, in particolare dall'assunzione di una garanzia o di un rischio di approvvigionamento", "una responsabilità più grave o più lieve". Trovano, peraltro, "corrispondente applicazione" "le disposizioni dei §§ 827 e 828", i quali prevedono alcune limitazioni della responsabilità dei soggetti "in stato di incoscienza" o "di patologico turbamento dell'attività mentale che esclude la libera determinazione della volontà", nonché dei minori d'età. Il § 276 precisa, ancora, al comma 2°, che "agisce colposamente chi omette la diligenza richiesta nel traffico giuridico" ed aggiunge, infine, al comma 3°, che "il debitore non può essere esonerato preventivamente dalla responsabilità per dolo" (così la versione tedesca del paragrafo: "*(1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung. (2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. (3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden*"). I paragrafi successivi a quello citato prevedono, poi, regole particolari per le ipotesi in cui il debitore sia "tenuto a rispondere solamente per la diligenza che è solito applicare nei propri affari" (ipotesi nella quale egli non "è liberato dalla responsabilità per colpa grave", come precisa il § 277 BGB: "*Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit*"); nonché per quelle, nelle quali "il debitore deve rispondere per la colpa del proprio rappresentante legale e delle persone di cui si avvale per l'adempimento della sua obbligazione" (ipotesi in cui egli risponde "nella stessa misura nella quale risponde della propria colpa", mentre "non trova applicazione la disposizione del § 276, comma 3", come emerge dal § 278 BGB: "*Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung*").

prestazione, solo qualora ricorrano gli ulteriori requisiti di cui al § 286 BGB, relativo alla mora del debitore (cfr. § 280, comma 2°, BGB⁸⁵).

Regole specifiche sono dettate, inoltre, per le ipotesi in cui il creditore voglia ottenere il c.d. risarcimento in luogo della prestazione. Si legge, infatti, al § 280, comma 3°, BGB⁸⁶, che il creditore può esperire l'azione risarcitoria per ottenere il controvalore in denaro della prestazione solamente qualora siano riscontrabili i presupposti di cui ai §§ 281-283 BGB, applicabili, rispettivamente, ai casi di mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta (§ 281 BGB⁸⁷), di violazione dei doveri *ex* § 241, comma 2°, BGB (§ 282 BGB⁸⁸) e di estinzione dell'obbligazione debitoria per impossibilità della medesima ai sensi del § 275 BGB (§ 283 BGB⁸⁹).

⁸⁵ Si riporta il testo della disposizione nella lingua originale: "*Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen*".

⁸⁶ Si riporta il testo del § 280, comma 3°, BGB: "*Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen*".

⁸⁷ Si riporta il testo della disposizione: "*(1) Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. (2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen. (3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung. (4) Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat. (5) Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist der Schuldner zur Rückforderung des Geleisteten nach den §§ 346 bis 348 berechtigt*".

⁸⁸ Così la versione tedesca della norma: "*Verletzt der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist*". Per maggiore completezza, si riporta anche il testo del § 241, comma 2°, BGB: "*Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten*".

⁸⁹ Nel sistema tedesco il risarcimento del danno (in luogo della prestazione) può essere domandato, ove sussistano i presupposti del § 280, comma 1°, BGB (così il testo della disposizione che richiede, affinché possa sorgere la pretesa risarcitoria, sia la violazione di un obbligo come pure il c.d. "*Vertretenmüssen*" e cioè la necessità che il debitore possa essere chiamato a rispondere della violazione medesima: "*Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat*"), anche qualora la pretesa alla prestazione sia esclusa per impossibilità della stessa, purché naturalmente la causa di tale impossibilità sia da ritenersi imputabile al debitore (così il § 283 BGB: "*Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen. § 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs. 5 findet entsprechende Anwendung*"). L'esclusione dell'obbligo alla prestazione è disciplinata dal § 275 BGB, ai sensi del quale "la pretesa alla prestazione è esclusa, qualora questa sia impossibile per il debitore o per chiunque" (comma 1°). Il debitore può, quindi, ritenersi liberato, oltretutto nei casi di impossibilità assoluta, anche qualora l'esecuzione della prestazione "richieda uno sforzo che sta in un rapporto di grave sproporzione rispetto all'interesse del creditore alla prestazione, avuto riguardo al contenuto del rapporto obbligatorio e al principio di buona fede", laddove "nella determinazione degli sforzi da pretendersi dal debitore deve altresì considerarsi se l'impedimento alla prestazione" sia o no a lui "imputabile" (comma 2°); nonché, qualora egli debba eseguire personalmente la prestazione, la stessa non possa essere da lui

Una regolamentazione specifica è predisposta, inoltre, con riferimento alle conseguenze della “*Pflichtverletzung*” nei contratti a prestazioni corrispettive, dove i §§ 323 ss. BGB prevedono in maniera analitica i presupposti per poter dichiarare il recesso (o “*Rücktritt*”) nelle diverse ipotesi in cui una delle parti non abbia eseguito la prestazione o l’abbia eseguita in modo non conforme al contratto (§ 323 BGB⁹⁰), abbia violato un obbligo di cui al § 241, comma 2°, BGB (§ 324 BGB⁹¹) o non sia più tenuta ad adempiere per essersi la sua obbligazione estinta *ex* § 275 BGB (§ 326 BGB⁹²).

pretesa, “bilanciando gli impedimenti” ad essa “contrastanti”, così come l’interesse del creditore” alla sua esecuzione (comma 3°). Così la versione in lingua tedesca dei primi tre commi del paragrafo: “(1) *Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. (2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner da Leistungshindernis zu vertreten hat. (3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann*“.

⁹⁰ Si riporta il testo della disposizione in lingua tedesca: “(1) *Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten. (2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn 1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, 2. der Schuldner die Leistung bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist nicht bewirkt, obwohl die termin- oder fristgerechte Leistung nach einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsschluss oder auf Grund anderer den Vertragsabschluss begleitenden Umstände für den Gläubiger wesentlich ist, oder 3. im Falle einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. (3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung. (4) Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. (5) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. (6) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist*“.

⁹¹ Così il testo del § citato in lingua tedesca: “*Verletzt der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, so kann der Gläubiger zurücktreten, wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist*“.

⁹² Si riporta il testo del § 326 BGB: “(1) *Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung; bei einer Teilleistung findet § 441 Abs. 3 entsprechende Anwendung. Satz 1 gilt nicht, wenn der Schuldner im Falle der nicht vertragsgemäßen Leistung die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht. (2) Ist der Gläubiger für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich oder tritt dieser vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit ein, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. (3) Verlangt der Gläubiger nach § 285 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet. Diese mindert sich jedoch nach Maßgabe des § 441 Abs. 3 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruchs hinter dem Wert der geschuldeten Leistung zurückbleibt*“.

In seguito alla riforma, non figura più, fra i requisiti per poter procedere alla dichiarazione del recesso, l'imputabilità della violazione al debitore, il cui accertamento è richiesto oggi solo quale presupposto del rimedio risarcitorio, mentre non è più necessario per l'esperimento degli altri mezzi spettanti al creditore di fronte all'inadempimento di controparte.

Orbene, nel nuovo sistema trova specifica previsione e regolamentazione anche la figura del rifiuto (cfr. §§ 281, comma 2°; 323, comma 2°; 286, comma 2°, BGB), il cui inquadramento – come si è visto – aveva suscitato più di qualche dubbio di natura ermeneutica nel vigore della precedente disciplina⁹³.

Si è previsto, così, che il rifiuto, ove serio e definitivo⁹⁴, legittimi il creditore ad agire per ottenere il risarcimento del danno in luogo della prestazione senza la necessità di fissare previamente un termine per l'adempimento successivo, in deroga a quanto espressamente previsto dal § 281, comma 1°, BGB (§ 281, comma 2°, BGB).

Autonoma rilevanza è stata attribuita, poi, alla manifestazione oppositiva anche ai fini dell'esercizio del diritto di recesso. Se è vero, infatti, come emerge dal comma 1° di tale disposizione, che, in caso di inesecuzione della prestazione o di una sua esecuzione non conforme, il creditore può di regola dichiarare sciolto il contratto solo dopo aver inutilmente fissato al debitore un congruo termine, va però notato che tale necessità viene meno, fra l'altro, qualora il debitore abbia rifiutato seriamente e definitivamente la prestazione dovuta (v. § 323, comma 2°, n. 1, BGB).

Il rifiuto, infine, similmente a quanto previsto dal nostro art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ., fa sì che il debitore possa essere considerato in mora automaticamente, e quindi senza la necessità di una costituzione mediante previa diffida o intimazione (§ 286, comma 2°, n. 1, BGB).

⁹³ V. *supra*.

⁹⁴ Per stabilire se il rifiuto presenti i caratteri di serietà e definitività si continua a fare riferimento, anche in seguito alla riforma, ai criteri sviluppati nel vigore della vecchia disciplina. Cfr. *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, dd. 14.5.2001, *Drucksache 14/6040*, *Deutscher Bundestag - 14. Wahlperiode*, cit., (d'ora in poi solo *BT-Drucks. 14/6040*), 185, 2; B. DAUNER-LIEB, E. DUBOVITSKAYA, in *BGB. Schuldrecht. Nomos Kommentar*, a cura di B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL, G. RING, 2/1: §§ 241-610, a cura di B. DAUNER-LIEB, W. LANGEN, Baden-Baden, 2012, *sub* § 323, 1134, Rn. 25: "*Bei der Konkretisierung des Begriffs der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung sind wie bisher strenge Anforderungen zu stellen; der Schuldner muss so eindeutig zum Ausdruck bringen, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen, dass es ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer Nachfristsetzung umstimmen lassen könnte. Es genügt daher etwa nicht, wenn der Schuldner rechtliche Zweifel äußert oder unter Hinweis auf seine fehlende Leistungsfähigkeit um Stundung bittet*". Cfr. H. GROTHE, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, §§ 1-610, CISG, a cura di H. G. BAMBERGER, H. ROTH, München, 2012, *sub* § 323, 1669, Rn. 21: "*Die von Rspr und Schrifttum entwickelten Grundsätze zu § 326 aF finden somit Anwendung*". Così anche H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 115 ss.

La riforma sembra aver consentito, in definitiva, il superamento delle difficoltà, esistenti nel sistema previgente, di inquadramento dogmatico della figura dell'atto abdicativo del debitore: quest'ultimo è considerato, oggi, quale ipotesi di violazione rientrante bensì nell'ampia nozione di "*Pflichtverletzung*", ma suscettibile di un trattamento differenziato rispetto agli altri casi ad essa riconducibili.

3.2. SEGUE: RIFIUTO ANTICIPATO E RICONDUCIBILITÀ DELLA FIGURA ALLA REGOLA DEL § 323, COMMA 4°, BGB.

Le disposizioni sopra menzionate, se da un lato risolvono (almeno in parte) il problema della qualificazione e delle conseguenze del rifiuto dopo la scadenza del termine, dall'altro non sembrano comunque prestarsi a trovare applicazione nei casi di rifiuto del debitore reso prima di tale momento. Nel fare esplicito riferimento ad una prestazione esigibile (cfr. §§ 281, comma 1°⁹⁵, 286, comma 1°⁹⁶, 323, comma 1°, BGB⁹⁷), esse sembrano appunto presupporre, ai fini della propria operatività, il decorso del termine previsto per l'adempimento (sul punto, v. la regola di cui al § 271 BGB⁹⁸; cfr. art. 1183 cod. civ.⁹⁹).

Ma, va notato, il presupposto dell'esigibilità della prestazione trova in realtà espressa deroga nel § 323, comma 4°, BGB: ai sensi di tale disposizione il creditore può infatti recedere dal contratto, ancorché il termine per l'esecuzione della prestazione

⁹⁵ Per il testo di tale disposizione che sembrerebbe appunto richiedere una prestazione esigibile o "*fällige Leistung*", v. *supra*.

⁹⁶ La disposizione contiene la disciplina della mora del debitore ("*Verzug des Schuldners*") e richiede, precisamente, ai fini della costituzione in mora, che il creditore, dopo la scadenza, intimi innanzitutto al debitore di adempiere. Così il testo della disposizione: "*Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich*".

⁹⁷ Anche tale disposizione, per il cui testo si veda *supra*, richiede, ai fini della risoluzione, fra l'altro, la sussistenza di una prestazione esigibile o "*fällige Leistung*".

⁹⁸ Ai sensi di tale disposizione, qualora manchi un termine e lo stesso non sia desumibile dalle circostanze, il creditore può pretendere immediatamente l'esecuzione della prestazione ed il debitore può a sua volta eseguirla senza ritardo: "(1) *Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken*". Se, poi, un termine sia stabilito, nel dubbio si ritiene che il termine sia a favore del debitore: mentre, quindi, creditore non può pretendere la prestazione prima della scadenza, nulla impedisce al debitore di eseguirla nonostante il termine non sia ancora spirato: "(2) *Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, dass der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann*".

⁹⁹ Così il testo della disposizione citata: "(1) *Se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente. Qualora tuttavia, in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione, sia necessario un termine, questo, in mancanza di accordo delle parti, è stabilito dal giudice 1185. (2) Se il termine per l'adempimento è rimesso alla volontà del debitore, spetta ugualmente al giudice di stabilirlo secondo le circostanze; se è rimesso alla volontà del creditore, il termine può essere fissato su istanza del debitore che intende liberarsi*".

dovuta non sia ancora scaduto, qualora sia evidente che si perfezioneranno, alla scadenza, i presupposti del recesso¹⁰⁰.

La disposizione del § 323, comma 4°, BGB trova senz'altro il proprio modello nella CISG (v. art. 72 CISG)¹⁰¹, la quale ha costituito sin dai lavori del Prof. Huber e, ancor di più, dopo l'entrata in vigore della legge uniforme, una preziosa fonte di ispirazione per il legislatore tedesco¹⁰².

Quest'ultimo, pur essendosi ispirato nel dettare il § 323, comma 4°, BGB alla norma contenuta nel testo della Convenzione, non ha comunque introdotto nel codice una disposizione identica a quella dell'art. 72 CISG.

Entrambe le norme ammettono bensì la possibilità per la parte contrattuale fedele di svincolarsi anticipatamente dal contratto, e disciplinano quindi sostanzialmente il medesimo rimedio interruttivo-estintivo del rapporto¹⁰³. Differenze sembrano però sussistere – almeno sul piano formale – con riferimento ai presupposti dalle stesse richiesti per l'esercizio della risoluzione *ante diem*.

Al riguardo si deve notare, in particolare, che, mentre l'art. 72 CISG stabilisce la necessità che la futura violazione risulti essenziale *ex art. 25 CISG*, il medesimo requisito dell'essenzialità dell'inadempimento non ancora in atto non pare invece costituire presupposto indispensabile per poter procedere al recesso anticipato *ex § 323, comma 4°, BGB*.

Del resto, nel BGB il previo accertamento dell'importanza della violazione dell'obbligo non è mai requisito dello scioglimento del vincolo. Gli unici limiti cui è

¹⁰⁰ Per il testo di tale disposizione, v. *supra*. Per le ragioni dell'introduzione di tale disposizione, v. *BT-Drucks.* 14/6040, cit., 186, dove si fa riferimento alle difficoltà connesse all'individuazione del fondamento giuridico della regola, precedentemente ammessa sia in dottrina che in giurisprudenza, relativa alla risoluzione anticipata del contratto in presenza di un inadempimento riscontrato prima della scadenza del termine. Cfr. *DiskE*, in *Schuldrechtsreform 2002*, zusammengestellt und eingeleitet von C.-W. CANARIS, München, 2002, *sub* § 323, 212; *RegBegr*, *ivi*, *sub* § 323, 763. Conf. già § 323, comma 4°, *KommE*, in *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, cit., *sub* § 323 BGB-KE, 170 s.

¹⁰¹ È mancata, invece, l'introduzione di una norma analoga a quella dell'art. 73, comma 2°, CISG che, come si è visto, regola l'inadempimento anticipato nei contratti a consegne ripartite. Con riguardo ai c.d. "*Sukzessivlieferungsverträge*" la tendenza è quella di consentire la risoluzione anticipata ogniqualvolta la violazione già in atto faccia ritenere che essa si ripeterà in futuro. V., sul punto, H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 140. L'esistenza di una violazione attuale consentirebbe peraltro al creditore di procedere alla risoluzione del contratto anche ove non fosse raggiunto l'elevato livello di probabilità del futuro inadempimento che normalmente si richiede per poter dichiarare lo scioglimento anticipato dei contratti ad esecuzione istantanea. Quanto, poi, ai c.d. "*Dauerschuldverhältnisse*", non regolati dalla CISG, ad essi troverebbero invece applicazione le (neintrodotte) disposizioni sul recesso (v. § 314 BGB). V., prima della riforma, M. v. SCHEVEN, *Der Sukzessivlieferungsvertrag. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen Recht, zum Haager Einheitlichen Kaufrecht und zum UN-Kaufrecht*, Frankfurt a.M., Bern, New York, 1984.

¹⁰² V. *supra*.

¹⁰³ Che consiste in entrambi i casi in un atto unilaterale di scioglimento. Per le differenze fra l'operare dei rimedi, volti a provocare lo scioglimento del contratto, nei diversi ordinamenti, v. i testi citati nel capitolo I.

subordinata la dichiarazione stragiudiziale di risoluzione sono quelli descritti nel § 323, comma 5°, BGB per l'ipotesi dell'esecuzione parziale o inesatta della prestazione dovuta¹⁰⁴. Discusso è invero se tali limiti trovino applicazione anche ai fini dell'esercizio del recesso anticipato *ex* § 323, comma 4°, BGB¹⁰⁵.

Al di fuori della citata differenza, l'art. 72 CISG ed il § 323, comma 4°, BGB subordinano comunque l'esercizio del rimedio da essi previsto anche a taluni presupposti comuni.

Entrambe le disposizioni si applicano, ad esempio, a prescindere dall'imputabilità della violazione alla parte contrattuale infedele. Come si è visto nel capitolo precedente con riguardo alla CISG, e come si è accennato e si avrà altresì modo di vedere meglio nei paragrafi successivi con riferimento al diritto tedesco, l'imputabilità dell'inadempimento al comportamento colpevole del debitore costituisce, infatti, requisito necessario solo ai fini dell'azionabilità del rimedio risarcitorio. Di contro, essa non è richiesta – né dal diritto uniforme né da quello nazionale – per poter procedere alla dichiarazione di scioglimento del vincolo, essendo a tal proposito sufficiente la sussistenza di una violazione del contratto o comunque, secondo la terminologia impiegata dal BGB, di uno degli obblighi gravanti sui contraenti in virtù della stipulazione dell'atto; a prescindere, quindi, dalla causa cui tale violazione è dovuta ed, in particolare, dalla riferibilità della stessa alla sfera di controllo del debitore.

Oltre all'irrelevanza dell'imputabilità della violazione al soggetto tenuto all'adempimento dell'obbligo violato, sia l'art. 72 CISG che il § 323, comma 4°, BGB prevedono, poi, quale presupposto comune per poter determinare anticipatamente lo scioglimento del rapporto contrattuale, il riscontro di una situazione di certezza o di evidenza circa il futuro inadempimento (art. 72, comma 1°, CISG) o comunque circa il subentro, alla scadenza, dei presupposti necessari ai fini del recesso (*v.* § 323, comma 4°, BGB).

Tale situazione può derivare, innanzitutto, da un rifiuto del debitore di eseguire la prestazione dovuta, reso in pendenza del termine adempitorio.

¹⁰⁴ Ai sensi di tale disposizione, se il debitore ha eseguito una prestazione parziale, il creditore può recedere dall'intero contratto solo se non ha interesse alla prestazione parziale. Se, invece, il debitore non ha eseguito la prestazione dovuta in modo conforme, il creditore non può recedere se la violazione dell'obbligo è irrilevante. Per il testo in lingua originale, *v. supra*.

¹⁰⁵ Nel senso che tali limiti dovrebbero operare anche prima del termine, W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, *Schuldrecht - Allgemeiner Teil*. §§ 241-432, herausgegeben von W. KRÜGER, München, 2012, 181 ss.

È quanto risulta espressamente dall'art. 72, comma 3°, CISG, il quale riconnette al rifiuto l'idoneità a determinare l'inutilità della fissazione di un termine supplementare, richiesta dal comma 2° quale parte integrante del meccanismo volto a consentire il raggiungimento di quella certezza in ordine al futuro inadempimento che è necessaria ai fini della dichiarazione di risoluzione.

Ma è quanto emerge, altresì, dai lavori preparatori alla riforma del BGB, dove si legge che uno dei casi in cui il § 323, comma 4°, BGB è destinato a trovare applicazione è proprio quello del rifiuto serio e definitivo della prestazione dovuta¹⁰⁶: la manifestazione oppositiva del debitore, se connotata dai presupposti della serietà e definitività, non solo esonera, dunque, nell'ipotesi in cui sia successiva alla scadenza, dalla fissazione di un termine supplementare, richiesto normalmente per poter esigere il risarcimento del danno in luogo della prestazione (§ 281, comma 2°, BGB¹⁰⁷) o comunque per poter dichiarare risolto il contratto (§ 323, comma 2°, n. 1, BGB¹⁰⁸), ma è parsa altresì ai redattori presupposto sufficiente per rinunciare al requisito dell'avvenuta scadenza ai fini della dichiarazione della risoluzione.

È vero, quindi, che il BGB non dedica al rifiuto *ante diem* esplicita attenzione. Nel prevedere la possibilità di determinare lo scioglimento del contratto qualora sia evidente che subentreranno alla scadenza i relativi presupposti, la disposizione del § 323, comma 4°, BGB parrebbe tuttavia riferirsi – stando alle risultanze dei lavori preparatori – anche e soprattutto all'ipotesi in cui il debitore abbia anticipatamente manifestato la volontà di non adempiere al momento dovuto¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Cfr. *KommE*, in *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, cit., sub § 323 BGB-KE, 170 s.; *DiskE*, in *Schuldrechtsreform 2002*, zusammengestellt und eingeleitet von C.-W. CANARIS, cit., sub § 323, 212; *RegBegr*, *ivi*, cit., sub § 323, 763; *BT-Drucks.* 14/6040, cit., 186. V., tuttavia, nel senso della riconducibilità del rifiuto anticipato al § 324 BGB, K. RAMMING, *Vorzeitiges Rücktrittsrecht und Schadensersatz statt der Leistung*, in *ZGS*, 2002/2003, 415 s.: “Nicht nach § 323 Abs. 4 BGB zu beurteilen ist dagegen die ernsthafte und entgeltliche Verweigerung der Erbringung der Geschuldeten Leistung vor Eintritt der Fälligkeit. Denn es ist durchaus nicht offensichtlich, dass der Schuldner seine Haftung bis zum Eintritt der Fälligkeit beibehalten wird, selbst wenn die Verweigerung zunächst ernsthaft und endgültig erklärt wird. Richtigerweise ist eine solche Verweigerung der Leistung vor Fälligkeit als Verletzung einer Schutz- und Rücksichtnahmepflicht nach § 241 BGB zum Rücktritt berechtigt. Dagegen ist die ernsthafte und endgültige Verweigerung der Leistung vor Fälligkeit keine Verletzung der eigentlichen Leistungspflicht“. Sul rapporto fra i §§ 323, comma 4° e 324 BGB, v. più approfonditamente *infra*.

¹⁰⁷ Per il testo della disposizione, v. *supra*.

¹⁰⁸ Anche il testo del § 323 BGB è stato riportato *supra*.

¹⁰⁹ Cfr. *KommE*, in *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, cit., sub § 323 BGB-KE, 170 s.; *DiskE*, in *Schuldrechtsreform 2002*, zusammengestellt und eingeleitet von C.-W. CANARIS, cit., sub § 323, 212; *RegBegr*, *ivi*, cit., sub § 323, 763; *BT-Drucks.* 14/6040, cit., 186. In dottrina, v.: W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub § 323, 2105, Rn. 132: “§ 323 Abs. 4 erfasst vor allem [...] die Fälle der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit, die auch in der ausländischen und internationalen Entwicklung die Ausformung der Figur des „anticipatory breach“ bestimmt haben“. Così anche H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 51 ss.; H. GROTHE, in

Permane, comunque, il dubbio se possa farsi rientrare nell'ambito di applicazione del § 323, comma 4°, BGB anche la mera dichiarazione debitoria di non voler adempiere; o se sia, di contro, necessario che siffatta dichiarazione, per risultare rilevante ai fini risolutivi – sia accompagnata da ulteriori elementi, i quali consentano di far concludere, con un giudizio di tipo prognostico, che il rapporto obbligatorio non troverà attuazione con un determinato grado di probabilità.

Continua, in altri termini, a porsi il problema se l'esito di una tale prognosi *ex ante*, con tutte le incertezze alla stessa connesse, sia o no sufficiente, in presenza di un mero inadempimento dichiarato, che, come tale, difficilmente può ritenersi equivalente ad un inadempimento vero e proprio¹¹⁰, a consentire al debitore di procedere senz'altro allo scioglimento del contratto¹¹¹.

3.3. SEGUE: IPOTESI DI C.D. INADEMPIMENTO ANTICIPATO DIVERSE DAL RIFIUTO DI ADEMPIERE.

Se non vi sono dubbi che nel dettare la disposizione del § 323, comma 4°, BGB il legislatore tedesco ha avuto quale obiettivo principale quello di dare esplicita regolamentazione alla figura del rifiuto anticipato d'adempire (qualsiasi sia il significato da attribuire a tale nozione), per come formulata, la citata disposizione pare però potersi riferire anche a tutte le altre ipotesi, diverse dalla manifestazione debitoria della volontà di non eseguire la prestazione dovuta, nelle quali sia parimenti evidente che il debitore non adempirà entro il termine a tal fine stabilito¹¹².

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, CISG, herausgegeben von H.G. BAMBERGER, H. ROTH, München, 2007, *sub* § 323, 1567, Rn. 6; S. LORENZ, T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002, 100. V., tuttavia, K. RAMMING, *Vorzeitiges Rücktrittsrecht und Schadensersatz statt der Leistung*, cit., 415 s.

¹¹⁰ A.M. BENEDETTI, in *Annuario del contratto 2013*, Torino, 2014, 227 ss.

¹¹¹ Si è già avuto modo di anticipare che analoga incertezza circa la qualificazione del rifiuto debitorio sussiste anche in Italia e, a ben vedere, anche con riguardo alle fattispecie soggette alla CISG; e ciò nonostante la previsione di cui al comma 3° dell'art. 72 CISG. Per l'interpretazione di tale disposizione e per i problemi connessi all'individuazione del suo campo di applicazione, v. capitolo II (e, per alcune osservazioni critiche, capitolo V). Per l'analogo problema in Italia, si rinvia al capitolo IV.

¹¹² Cfr. *KommE*, in *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, cit., *sub* § 323 BGB-KE, 170 s.; *DiskE*, in *Schuldrechtsreform 2002*, zusammengestellt und eingeleitet von C.-W. CANARIS, cit., *sub* § 323, 212; *RegBegr*, *ivi*, cit., *sub* § 323, 763; *BT-Drucks.* 14/6040, cit., 186. In dottrina, v. W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., *sub* § 323, 2105 s., Rn. 132 s., il quale, dopo aver precisato che il § 323, comma 4°, BGB trova applicazione in particolare ai casi di rifiuto anticipato d'adempire, aggiunge che esso si presta in realtà a regolare anche ipotesi diverse da quelle in cui il debitore abbia dichiarato di non voler eseguire la prestazione dovuta: “§ 323 Abs. 4 erfasst vor allem, aber nicht nur, die Fälle der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit. [...] Die Vorschrift ist aber keineswegs auf die Fälle der Erfüllungsverweigerung beschränkt. Vielmehr werden auch Fälle erfasst, in denen es aus anderen Umständen offensichtlich ist, dass es nicht zur ordnungsgemäßen Erfüllung kommen wird, ohne dass der Schuldner die Erfüllung verweigert hätte. [...] Die Offensichtlichkeit muss sich darauf beziehen,

L'applicabilità della norma in esame anche al di fuori dei casi di rifiuto è confermata, del resto, dai lavori preparatori, da cui è dato desumere che la regola dell'immediata recedibilità dal contratto è destinata ad operare, oltreché nel caso in cui il debitore abbia manifestato *ante tempus* una volontà contraria all'adempimento, anche e più in generale ogniqualvolta sussista un ostacolo alla futura esecuzione della prestazione oggetto dell'obbligazione debitoria¹¹³.

La possibilità di procedere allo scioglimento del vincolo contrattuale spetterebbe così al creditore, anzitutto, nelle ipotesi in cui il debitore dichiara esplicitamente di non voler eseguire la prestazione dovuta. A tali fattispecie verrebbero, poi, equiparate – com'era già nel vigore della precedente disciplina – quelle in cui il debitore, pur senza declinare esplicitamente l'adempimento, dimostri di non voler più eseguire la prestazione oggetto della sua obbligazione tramite comportamento concludente; ad esempio, omettendo di porre in essere la necessaria attività preparatoria.

Sulla scia di quanto affermato dai redattori e dai commentatori della CISG¹¹⁴, la disposizione dovrebbe però operare anche nel caso del sopraggiungere di fatti estranei alla sfera di controllo del debitore, quali gli eventi di guerra, i divieti di importazione o esportazione, la diffusione di un'epidemia idonea a provocare un'interruzione della produzione; o, ancora, l'insolvenza in cui versino i fornitori del debitore¹¹⁵.

Non si può non osservare come la riconduzione delle ipotesi da ultimo menzionate al § 323, comma 4°, BGB appaia in realtà poco comprensibile agli occhi dell'interprete italiano, più propenso a qualificare le situazioni sopra descritte quali cause di impossibilità sopravvenuta (non imputabile) della prestazione debitoria, regolata dagli artt. 1256 e 1463 ss. cod. civ.; o, comunque, quali ipotesi di pericolo di inadempimento, peraltro irrilevante ai sensi del disposto dell'art. 1461 cod. civ., il quale – com'è noto – attribuisce consistenza alle sole ipotesi di minaccia della futura inesecuzione della prestazione che dipendano da un mutamento nelle condizioni patrimoniali del contraente.

dass „die Voraussetzungen des Rücktritts“ eintreten werden. Damit sind die Nicht- oder Schlechterfüllung (in allen Varianten des Abs. 1 [...] trotz Fälligkeit gemeint“. Così anche H. GROTHE, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, CISG*, herausgegeben von H.G. BAMBERGER, H. ROTH, cit., sub § 323, 1567, Rn. 6.

¹¹³ Cfr. *BT.-Drucks.* 14/6040, cit., 186.

¹¹⁴ V. *supra*.

¹¹⁵ Per tali ipotesi, v. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 109. Per alcuni esempi pratici, v. anche P. SCHLECHTRIEM, M. SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2005, 244, Rn. 514. Per i casi di insolvenza del debitore, v. P. MOSSLER, *Rücktrittsrecht vor Fälligkeit bei solvenzbedingten Zweifeln*, in *ZIP*, 2002, 1831 ss. V., sul punto, W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub § 323, 2107, Rn. 140.

Ma, a dire il vero, la loro definizione in termini di inadempimento (anticipato) suscita qualche perplessità anche ove ci si ponga nella prospettiva di un giurista tedesco. Pur avendo perso con la riforma la sua centralità fra le turbative dell'adempimento, l'impossibilità sopravvenuta (imputabile e non) continua, infatti, a costituire in Germania un'ipotesi di violazione a sé stante; riconducibile sì all'ampia nozione di "Pflichtverletzung", ma dotata altresì di una specifica disciplina, sia in materia risarcitoria (sempreché si tratti di impossibilità imputabile: v. § 283 BGB¹¹⁶) che in quella relativa allo scioglimento del vincolo (§ 326 BGB¹¹⁷).

Ci si potrebbe chiedere, allora, se le ipotesi sopra descritte, indicate dai redattori e dai successivi commentatori del § 323, comma 4°, BGB, quali ipotesi di inadempimento anticipato del contratto, non costituiscano piuttosto, quantomeno nella misura in cui non escludano la perdurante possibilità di adempimento, dei casi di impossibilità della prestazione ai sensi del § 275, commi 1°-3°. BGB; con conseguente idoneità delle stesse a determinare l'estinzione dell'obbligazione ai sensi del § 326, comma 1°, BGB, ed a legittimare la dichiarazione di scioglimento del vincolo *ex* § 326, comma 5°, BGB.

Ci si potrebbe inoltre domandare, se le medesime ipotesi, soprattutto se non sufficienti ad escludere senz'altro la possibilità dell'esecuzione della prestazione, non siano forse da inquadrare (anche) nell'ambito dell'operatività del § 321 BGB, il quale regola l'eccezione di insicurezza e che, come si è avuto modo di anticipare, presenta un ambito di applicazione ben più ampio rispetto al nostro art. 1461 cod. civ., sostanzialmente coincidente con quello dell'art. 71 CISG.

Le differenze ed il rapporto fra le due regole, contenute rispettivamente nel § 321 e nel § 323, comma 4°, BGB, saranno approfondite in seguito.

In questa sede sarà sufficiente notare che, nel cercare di individuare la linea di demarcazione fra gli ambiti di applicazione dei §§ 326 e 323, comma 4°, BGB, si è precisato che, a differenza della seconda delle due disposizioni, la quale presuppone che il debitore sia ancora in grado di adempiere, ma che ciononostante non lo voglia fare, il §

¹¹⁶ V. *supra*.

¹¹⁷ Ai sensi del comma 1° del § 326 BGB, se il debitore non è tenuto ad adempiere secondo il § 275, commi da 1 a 3, la pretesa alla controprestazione viene meno". Così nella versione originale: "*Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung*". Precisa, poi, il comma 5° della citata disposizione, che se il debitore non deve eseguire la prestazione secondo il § 275, commi da 1 a 3, il creditore può recedere, aggiungendo che per il recesso trova corrispondente applicazione il § 323, con la precisazione che la fissazione del termine non è necessaria. Così nella versione originale: "*Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger zurücktreten; auf den Rücktritt findet § 323 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die Fristsetzung entbehrlich ist*".

326 BGB riguarda invece i casi in cui ad essere esclusa sia la stessa possibilità di eseguire la prestazione, indipendentemente dalla circostanza che ciò sia dovuto o no ad un fatto imputabile al debitore (fermo restando – ove venga accertata l'imputabilità della causa d'impossibilità a quest'ultimo – il diritto del creditore di agire altresì per il risarcimento del danno¹¹⁸).

Si comprende come una tale conclusione, senz'altro corretta sul piano sistematico, finisca, in definitiva, col ridurre notevolmente l'ambito di operatività del § 323, comma 4°, BGB, il quale parrebbe destinato a trovare applicazione, in conclusione, nei soli casi in cui l'evidenza del futuro inadempimento risulti riconducibile ad una circostanza riferibile, anche sotto il profilo volitivo, al soggetto obbligato¹¹⁹.

La sfera di applicabilità della disposizione sembrerebbe, poi, destinata a ridursi ulteriormente, come si vedrà, in considerazione della tendenza, riscontrabile fra gli interpreti, a dare un'applicazione ampia del § 321 BGB. Nella pratica si tende, infatti, a consentire al creditore di ricorrere all'eccezione dilatoria e di risolvere il contratto ai sensi del comma 2° della citata disposizione non solo nei casi di un'incapacità del debitore di adempiere, idonea a mettere in pericolo l'attuazione dello scambio, ma anche ove lo stesso dichiari o comunque dimostri mediante la propria condotta di non avere intenzione di adempiere l'obbligazione assunta¹²⁰.

4. EVIDENZA RICHIESTA AI FINI DELL'ESERCIZIO DEL RECESSO ANTICIPATO DAL CONTRATTO: PROBLEMI CONNESSI AL SUO CONSEGUIMENTO.

Come anticipato, presupposto fondamentale perché possa farsi ricorso al rimedio di cui al § 323, comma 4°, BGB, e porre così anticipatamente fine al rapporto contrattuale, è la certezza del subentro, alla scadenza, dei presupposti per l'esercizio del recesso.

¹¹⁸ Così W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub § 323, 2106, Rn. 134: "[...] die sichere Erwartung der Nichterfüllung, die auf der Unmöglichkeit oder einem ganz Unverhältnismäßigen Erfüllungsaufwand beruht, bereits nach § 275 Abs. 1 oder 2 zur Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht führt; insofern wird § 323 Abs. 4 bei Sachleistungspflichten hauptsächlich dann Anwendung finden, wenn der Schuldner leisten kann, aber mit Sicherheit nicht leisten will; dies dürfte, abgesehen von den Fällen der ausdrücklichen Weigerung zu leisten, ein außerordentlich seltener Fall sein". Il § 326 BGB regolerebbe quindi sia le ipotesi riconducibili, nel nostro ordinamento, all'alveo degli artt. 1453 ss. c.c., relativi alla risoluzione del contratto per inadempimento (inteso ai sensi dell'art. 1218 c.c. come inesecuzione o inesatta esecuzione della prestazione, ancorché determinata da impossibilità della prestazione, purché derivante da causa non imputabile al debitore) sia le ipotesi regolate dagli artt. 1463 ss. c.c., relativi invece alla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta ad una causa imputabile al debitore.

¹¹⁹ A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 312; W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub § 323, 2106, Rn. 134 (v. *supra*).

¹²⁰ V. *infra*.

Si discute, se il requisito dell'evidenza della futura violazione, esplicitamente richiesto ai fini della dichiarazione di scioglimento, debba essere inteso come sinonimo di certezza assoluta di una successiva lesione; o se sia, di contro, sufficiente, perché esso possa dirsi integrato, anche il riscontro di una situazione di mero pericolo circa il verificarsi dell'evento lesivo¹²¹.

Orbene, dai lavori preparatori alla legge di riforma del 2002 sembrerebbe emergere che, per stabilire il significato della nozione di cui al nuovo § 323, comma 4°, BGB, occorra fare riferimento ai criteri già fissati con riguardo all'analogo requisito previsto dall'art. 72 CISG¹²².

Fra gli interpreti è diffusa pertanto la tesi, meno rigida, secondo la quale, per poter esercitare legittimamente il rimedio di cui al § 323, comma 4°, BGB, sarebbe in realtà sufficiente l'accertamento di una situazione di mera probabilità, seppur elevata, del futuro inadempimento. In pendenza del termine sarebbe infatti pressoché impossibile stabilire con certezza se il debitore adempirà o meno alla scadenza. La violazione sarebbe, di contro, prevedibile, prima di tale momento, in termini meramente probabilistici¹²³.

Tale situazione sarebbe naturalmente da accertare in modo obiettivo, mentre non assumerebbero alcuna rilevanza i meri timori del creditore, non sorretti dal riscontro di circostanze idonee a mettere oggettivamente a rischio la futura esecuzione della prestazione debitoria¹²⁴.

Inoltre, essa richiederebbe di procedere ad un giudizio *ex ante*: ciò che basterebbe, ai fini di un legittimo esercizio del diritto di recesso, sarebbe, in altre parole, la (prevedibile) sussistenza dei presupposti a tal fine richiesti al momento in cui il creditore decida di dichiarare lo scioglimento del contratto¹²⁵.

¹²¹ Sul punto, si veda H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 130 s.

¹²² V. *BT-Drucks.* 14/6040, 186.

¹²³ W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub § 323, 2105 s., Rn. 132, il quale sottolinea come ciò valga, in particolare, per i casi in cui manchi un rifiuto anticipato del debitore di adempiere, nei quali non necessariamente sussiste una violazione attuale di un obbligo: “*In den Fällen, in denen es an einer Erfüllungsverweigerung (Vertragsaufsage) fehlt, ist eine aktuelle, dem Schuldner zurechenbare Pflichtverletzung nicht oder jedenfalls nicht notwendig eingetreten. Das Gesetz knüpft hier vielmehr an die Gefährdung der Erfüllung an und macht sie zu einem eigenständigen Störungstatbestand. Es handelt sich um einen Rücktritt auf Grund einer sicher prognostizierbaren Pflichtverletzung, auf Grund einer unübersehbaren Gefährdung der Erfüllung*“.

¹²⁴ W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub § 323, 2106, Rn. 134.

¹²⁵ Il creditore che dichiari lo scioglimento in assenza dei presupposti a tal fine richiesti non incorre comunque in responsabilità, qualora risulti che il diritto di recesso gli sarebbe comunque spettato, ai sensi del § 323, comma 1°, BGB, nell'ipotesi in cui avesse aspettato la scadenza del termine fissato per l'adempimento. Così W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub § 323, 2106, Rn. 134.

Così come con riferimento all'art. 72 CISG è discusso, peraltro, il preciso grado di probabilità necessario ai fini dell'esperimento del rimedio risolutorio¹²⁶.

Secondo una parte della dottrina ciò che sarebbe necessario, ma anche sufficiente, a tal fine sarebbe una possibilità (molto) elevata della futura violazione contrattuale¹²⁷.

Altri, facendo leva sulla gravità della sanzione prevista, ma anche sull'interesse del creditore ad evitare le conseguenze negative di una dichiarazione ingiustificata, ritengono invece che neppure un pericolo molto elevato possa in realtà considerarsi sufficiente per dichiarare lo scioglimento anticipato: a tal fine sarebbe richiesto, viceversa, il riscontro di una probabilità molto vicina alla certezza¹²⁸. Tale grado di probabilità parrebbe sussistere, ad esempio, in presenza di una dichiarazione del debitore di non eseguire la prestazione dovuta, intesa come manifestazione seria e definitiva di non adempiere. L'atto abdicativo non rileverebbe comunque di per sé, ma solo in quanto accompagnato da atti e/o fatti in grado di sorreggere l'intento manifestato.

È ad ogni modo opinione largamente condivisa, fra gli autori, quella secondo cui il grado di pericolo necessario per poter dichiarare lo scioglimento sia più elevato di quello che costituisce presupposto per poter sollevare l'eccezione dilatoria *ex* § 321 BGB¹²⁹; circostanza, questa, che si spiegherebbe alla luce della diversa e maggiore gravità delle

¹²⁶ Cfr. W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub § 323, 2106, Rn. 134; H.P. WESTERMANN, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar* herausgegeben von H.P. WESTERMANN, I, Köln, 2011, sub § 323, 1496, Rn. 12; H. GROTHE, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, CISG*, herausgegeben von H.G. BAMBERGER, H. ROTH, cit., sub § 323, 1567, Rn. 6; H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 137 s.

¹²⁷ H. GROTHE, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, CISG*, herausgegeben von H.G. BAMBERGER, H. ROTH, cit., sub § 323, 1567, Rn. 6, secondo il quale, al di fuori dei casi di rifiuto, il § 323, comma 4°, BGB è idoneo a ricomprendere anche le ipotesi, nelle quali (pur in assenza di un atto oppositivo del debitore) sia dato ritenere, in base ad una valutazione prognostica ed obiettiva, che con elevata probabilità (*“mit hoher Wahrscheinlichkeit“*) sopravverrà una violazione del contratto. Così anche H.P. WESTERMANN, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar* herausgegeben von H.P. WESTERMANN, I, cit., sub § 323, 1496, Rn. 12. Cfr. i commenti all'art. 72 CISG, dai quali parrebbe emergere la necessità, per esperire il rimedio risolutorio *ante diem*, di riscontrare una probabilità (non già solo elevata, ma) molto elevata

¹²⁸ H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 137 s. Così anche W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub § 323, 2106, Rn. 134: *“Als Grad der Wahrscheinlichkeit wird man verlangen müssen, dass die bevorstehende Nicht- oder Schlechterfüllung sicher zu erwarten ist“*. L'A. precisa che deve comunque trattarsi di un grado di probabilità decisamente più elevato di quello richiesto dal § 321 BGB ai fini dell'esperibilità del rimedio della sospensione. Ma v. B. DAUNER-LIEB, E. DUBOVITSKAYA, in *BGB. NomosKommentar*, herausgegeben von B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL, G. RING, II, *Schuldrecht*, I, §§ 241-610, herausgegeben von B. DAUNER-LIEB und W. LANGEN, Baden-Baden, 2012, sub § 323, 1186 s., Rn. 33, secondo le quali presupposto per esperire il rimedio della risoluzione anticipata dovrebbe essere sempre e comunque la certezza del futuro inadempimento o inesatto adempimento: *“Voraussetzung soll in allen Fällen sein, dass die bevorstehende Nicht- oder Schlechterfüllung sicher zu erwarten ist“*. Così anche H. OTTO, R. SCHWARZE, in *J. Von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, II, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht II)*, herausgegeben von M. LÖWISCH, Berlin, 2009, sub § 323, 333, Rn. B 162.

¹²⁹ Sul rapporto fra i §§ 321 e 323, comma 4°, BGB, si veda H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 145 s.

conseguenze che il § 323, comma 4°, BGB ricollega alle ipotesi di lesione ad esso riconducibili¹³⁰.

Senonché, si è già avuto modo di vedere, analizzando la disciplina contenuta nella CISG, quali problemi porti con sé una soluzione che faccia dipendere la possibilità di ricorrere ai diversi rimedi – della risoluzione anticipata e della sospensione – dall'accertamento di un diverso, ma non meglio definito, livello di pericolo del sopraggiungere di una futura lesione contrattuale. Oltre a rendere pressoché impossibile l'individuazione della linea di discriminazione fra i presupposti del rimedio risolutorio, da un lato, e di quello dilatorio, dall'altro, nel richiedere al creditore di procedere ad una valutazione prognostica per stabilire se il grado di probabilità del futuro inadempimento sia o no sufficientemente elevato ai fini della dichiarazione dello scioglimento anticipato, essa condurrebbe altresì, ad una sostanziale abrogazione della disposizione che disciplina il rimedio interruttivo-estintivo del rapporto: l'aleatorietà intrinseca alla suddetta valutazione prognostica porterebbe infatti il creditore ad astenersi, nella maggior parte dei casi, dall'avvalersi dello strumento risolutorio. Per evitare di rispondere delle conseguenze di una dichiarazione di recesso ritenuta successivamente infondata, egli preferirebbe aspettare, per reagire, fino alla scadenza del termine adempitorio, subendo così peraltro inutili perdite che ben avrebbe potuto evitare ove si fosse sin da subito svincolato dal rapporto contrattuale¹³¹. Con l'ulteriore conseguenza di non poter agire per il risarcimento dei danni che una dichiarazione immediata di recesso *ex art. 323, comma 4°, BGB* avrebbe consentito di evitare (cfr. § 254, comma 2°, BGB¹³²).

Ebbene, è proprio per permettere al creditore di convincersi circa il futuro inadempimento dell'obbligazione debitoria, ed evitare così allo stesso di correre i rischi connessi allo scioglimento provocato in presenza di una situazione di probabilità di una

¹³⁰ W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub § 323, 2106, Rn. 134: “*Es muss damit ein deutlich höherer Grad an Wahrscheinlichkeit gegeben sein als für die bloße „Erkennbarkeit“ einer Gefährdung der Erfüllung, die nach § 321 Abs. 1 zur Einbehaltung einer an sich geschuldeten Vorleistung berechtigt [...]; denn § 323 Abs. 4 berechtigt zum Vertragsrücktritt und damit zu einem ungleich schwerwiegenderen Eingriff in das Vertragsverhältnis*“. Secondo l'A. sarebbe sufficiente ad escludere il ricorso al rimedio di cui al § 323, comma 4°, BGB anche il fondato dubbio circa la possibilità che la prestazione debitoria venga in futuro eseguita.

¹³¹ V. *supra*.

¹³² La disposizione si riferisce ai c.d. casi di concorso colposo (cfr. art. 1227 cod. civ. e art. 77 CISG): “(1) *Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. (2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung*“.

futura violazione ritenuta *ex post* non sufficientemente elevata, che i redattori della CISG hanno deciso di proceduralizzare l'ingresso del rimedio risolutorio, consentendo la dichiarazione di scioglimento solo una volta decorso il termine supplementare fissato dal contraente *in bonis* senza che l'altra parte esegua la prestazione dovuta o presti comunque adeguate garanzie di adempimento. Solo in tal caso potrebbe dirsi definitivamente raggiunta la certezza richiesta dall'art. 72, comma 1°, CISG quale presupposto perché possano prodursi gli effetti risolutivi (cfr. art. 72, comma 2°, CISG).

Il BGB non contiene una norma analoga all'art. 72, comma 2°, CISG. Si potrebbe pertanto obiettare che, non essendo espressamente prevista dalla legge, la pretesa di ulteriori garanzie entro un congruo termine stabilito dal contraente che abbia motivo di dubitare dell'adempimento della controparte, integri una richiesta illegittima di prestazioni non previste al momento della stipula del contratto ed assuma, così, a sua volta, i caratteri di una violazione di quel dovere di correttezza che in Germania, come in Italia, grava su entrambi i contraenti in tutte le fasi del rapporto¹³³.

Al riguardo, si precisa come presupposto per poter esigere dal debitore la prestazione di ulteriori assicurazioni di adempimento sarebbe, in realtà, anche nel BGB, così com'è nella CISG, l'esistenza di ragioni obiettive di pericolo di una futura violazione contrattuale. In altre parole, il creditore non sarebbe libero di ostacolare la liberazione del debitore dal vincolo subordinando la stessa a condizioni non previste al momento della conclusione del contratto. Viceversa, in forza del generale principio di buona fede, la pretesa creditoria ad ottenere l'esecuzione di ulteriori prestazioni tendenti ad assicurare l'attuazione del rapporto o a conseguire comunque l'adempimento dell'obbligazione debitoria prima del termine stabilito, richiederebbe pur sempre, per potersi ritenere legittima, l'esistenza di una situazione di pericolo risultante da fattori oggettivamente verificabili.

È utile rammentare, inoltre, come già nel vigore del vecchio § 326 BGB dottrina e giurisprudenza fossero propense a riconoscere al creditore, il quale avesse ragione di temere il mancato conseguimento della controprestazione, la possibilità di concedere al

¹³³ V. G. GABRIELLI, *Riflessi del diritto delle obbligazioni tedesco sul diritto italiano*, negli *Studi in memoria di Maria Luisa Corbino*, Milano, 1999, 288, testo e nota n. 20, dove l'A., dopo aver notato "che, rispetto al modello del § 242 B.G.B., la disposizione dell'art. 1175 è più ricca, perché impone espressamente di valutare secondo il criterio della buona fede anche il comportamento del creditore, oltre che quello del debitore", aggiunge che ciò è stato comunque sempre fatto "nell'esperienza tedesca [...], essendovisi sempre dato per scontato che il rinvio a *Treu und Glauben* valga anche a limitare l'esercizio di diritti e pretese".

debitore un congruo termine per consentire allo stesso di pronunciarsi in ordine alla propria capacità d'adempiere¹³⁴.

In dottrina si è osservato che una siffatta soluzione, ancorché non espressamente recepita dal legislatore del 2002, non sarebbe incompatibile neppure con la nuova disciplina; ed anzi, si è aggiunto, essa continuerebbe ad apparire sensata pure nel vigore del diritto riformato¹³⁵.

Proprio al fine di consentire al creditore di raggiungere la sicurezza in ordine alla definitiva esclusione del soddisfacimento del suo interesse e di minimizzare così i rischi connessi ad una dichiarazione di recesso effettuata in assenza dei presupposti, si sottolinea quindi – in analogia a quanto espressamente previsto dall'art. 72, comma 2°, CISG¹³⁶ ed in continuità con quanto professato dalla giurisprudenza e dalla dottrina *ante* riforma – l'opportunità della previa attivazione di un meccanismo comunicatorio, finalizzato a permettere al creditore di fugare i dubbi relativi alla capacità o volontà di adempiere della controparte¹³⁷; meccanismo il cui fondamento viene variamente individuato nei §§ 323, comma 1°, 281, comma 1°, BGB¹³⁸ o nel § 324 BGB¹³⁹.

¹³⁴ V. *supra*.

¹³⁵ Come si è precisato in dottrina, il principio di buona fede imporrebbe al creditore di informare il debitore circa le conseguenze dell'inutile decorso del termine assegnato. Inoltre, al debitore dovrebbe essere concessa la possibilità di evitare lo scioglimento del contratto mediante la prestazione di adeguate garanzie. Così W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub § 323, 2106 s., Rn. 135: "Obschon es im Regelfall des § 323 Abs. 1 einer gläubigerseitigen Ablehnungsandrohung nicht bedarf, darf der Gläubiger bei seiner Anfrage iS des soeben Ausgeführten den Schuldner nicht darüber im Unklaren lassen, dass eine unbefriedigende Reaktion Anlass zu einem Rücktritt vom Vertrag werden kann (§ 242). Je nach dem Grad der Gefährdung kann auch eine Sicherheitsleistung durch den Schuldner das gebotene Mittel sein, um zu vermeiden, dass die offensichtliche Gefahr einer Nichterfüllung anzunehmen sein wird".

¹³⁶ Si è già avuto modo di notare, come nella CISG il rifiuto anticipato legittimi in realtà l'immediato scioglimento anche senza la previa fissazione di un termine ulteriore, come previsto dal comma 2° dell'art. 72 CISG. Tuttavia, anche in quel contesto l'immediato scioglimento deve considerarsi, in definitiva, quale *extrema ratio*, cui preferire in ogni caso, stante l'incertezza dei connotati che deve assumere il rifiuto ai fini della dichiarazione dello scioglimento, la previa attivazione del meccanismo di cui all'art. 72, comma 2°, CISG. V. *supra*.

¹³⁷ H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 137 s., 142 ss. e 149, secondo il quale la certezza richiesta ai fini della dichiarazione di recesso non sarebbe invero raggiunta automaticamente, in virtù della semplice mancata prestazione di adeguate garanzie. Cfr. H. OTTO, R. SCHWARZE, in *J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, II, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht II)*, herausgegeben von M. LÖWISCH, cit., sub § 323, 336, Rn. B 169. Nel senso che la scelta della fissazione del termine non potrebbe essere valutata alla luce del § 254 BGB, relativo alla necessità di limitare il risarcimento del danno: BGH, 14.11.1966, in *NJW*, 1967, 250; U. HUBER, *Leistungsstörungen, II*, cit., 164 ss., spec. 165, testo e nota n. 107, 256; B. AUWETER, *Die antizipierte Erfüllungsverweigerung im amerikanischen und deutschen Kaufrecht*, Diss. Mannheim, 1984, 129 s. Diversamente, BGH, 17.1.1997, in *NJW*, 1997, 1231. Cfr. anche U. MAGNUS, in *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, herausgegeben von M. MARTINEK, Berlin, 2012, sub art. 71, 814, Rn. 48, il quale sottolinea il rischio di abusi dell'impiego del suddetto procedimento da parte del creditore ("Die Konvention gewährt dem Gläubiger – in der Situation des Art. 71 – keinen Anspruch auf Sicherheitenstellung oder etwa auf eine vorgezogene, noch mögliche Teilerfüllung. Ein solches Recht würde zu leicht missbräuchlich verwendet werden können, um die eigene Leistungsunwilligkeit zu verdecken"). Ma v., tuttavia, H. WEIDT,

L'opportunità di attivare il congegno comunicatorio parrebbe sussistere invero anche a seguito di una dichiarazione debitoria contraria alla volontà di adempiere. È ben vero che è diffusa fra gli interpreti l'opinione secondo la quale siffatta necessità non sussisterebbe di fronte ad un atto abdicativo connotato dai caratteri della serietà e della definitività.

Senonché, come recentemente rilevato, la tendenza a pretendere la sussistenza di un rifiuto definitivo poggia sull'idea che, una volta individuato il significato della locuzione, sia altresì possibile escludere, nei casi in cui sia dato riscontrare gli estremi della situazione identificata, qualsiasi possibilità di ripensamento del debitore rifiutante; il che non è, ove si consideri come, in assenza di una violazione di obblighi tale da legittimare l'immediato scioglimento del vincolo, sussisterebbe pur sempre, fino al momento della sopravvenuta esigibilità, la possibilità di una ritrattazione; sicché l'evidenza di cui al § 323, comma 4°, BGB, lungi dal potersi dire raggiunta, potrebbe essere ipotizzata solo in termini probabilistici, incapaci di escludere o di indicare con certezza il verificarsi di un avvenimento futuro, il quale resterebbe pur sempre legato al volere interno del debitore dichiarante¹⁴⁰.

Né ad una soluzione diversa si potrebbe addivenire argomentando a partire da quanto stabilito dall'art. 72 CISG: a differenza di tale disposizione, la quale attribuisce espressamente rilevanza, ai fini risolutori, alla mera dichiarazione debitoria di non voler adempiere, escludendo così (a rigore) la necessità di un'indagine volta a stabilire la

Antizipierter Vertragsbruch, cit., 150, secondo il quale per l'attivazione del procedimento comunicatorio sarebbe pur sempre necessaria la sussistenza di una situazione di pericolo obiettivo del futuro inadempimento. Cfr. p. 153, che riferendosi alla decisione del BGH del 17.1.1997, la definisce come eccessiva ed esagerata, in contrasto con il principio del primato dell'adempimento in natura ed idonea a svuotare di significato il diritto del creditore alla prestazione. In tal senso anche U. HUBER, *Leistungsstörungen*, II, cit., 169 ss. V. inoltre H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 154, dove l'autore precisa che, per stabilire se l'attivazione del procedimento descritto nel testo integri o no abuso, sarebbe necessario procedere ad una valutazione del comportamento del creditore alla stregua del principio di buona fede descritto dal § 242 BGB.

¹³⁸ H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 146: "Das Erklärungsrecht des Gläubigers lässt sich daher [...] aus einer rechtsähnlichen Anwendung des Fristsetzungserfordernisses nach §§ 323 Abs. 1 und 281 Abs. 1 BGB ableiten". Cfr. K. RAMMING, *Vorzeitiges Rücktrittsrecht und Schadensersatz statt der Leistung*, cit., 416: "Bestehen vor Fälligkeit Zweifel an der Leistungswilligkeit des Schuldners, so kann ihm der Gläubiger analog § 323 Abs. 1 BGB eine Frist setzen und, wenn diese nicht erklärt wird, nach § 324 BGB vom Vertrag zurücktreten".

¹³⁹ Senonché, come si cercherà di dimostrare, il richiamo a quest'ultima disposizione pare quantomeno dubbio, ove si consideri che l'attivazione del meccanismo di cui sopra dovrebbe servire al creditore non già per accertarsi in ordine all'adempimento di uno o più obblighi accessori, cui si riferisce il citato paragrafo, ma per risolvere i dubbi relativi alla futura esecuzione della stessa prestazione principale. V. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 146. Per il rapporto fra il § 323, comma 4°, BGB e il § 324 BGB, v. P. HUBER, in *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, von P. HUBER, F. FAUST, München, 2002, 184, Rn. 12 ss.

¹⁴⁰ Cfr. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 243.

definitività del rifiuto, il BGB prevede, quale presupposto per l'esercizio anticipato del rimedio del recesso, la sussistenza di una situazione di certezza del subentro dei presupposti per il suo esperimento alla scadenza; certezza che non può dirsi raggiunta, stante la mutevolezza della volontà umana, in presenza di una semplice dichiarazione del debitore, con la quale questi manifesti l'assenza di una sua intenzione di adempiere in un momento futuro. Tale dichiarazione, ben potendo far presagire un futuro inadempimento, nulla è infatti in grado di dire con sicurezza in ordine al suo effettivo verificarsi.

4.1. RIMEDI ALTERNATIVI: ADEMPIMENTO IN NATURA E C.D. CONDANNA IN FUTURO (§ 259 ZPO).

Di fronte ad una situazione di pericolo del futuro inadempimento il creditore resta ad ogni modo libero di scegliere se risolvere immediatamente il contratto o attivare comunque il procedimento volto a conseguire la certezza in ordine al futuro inadempimento, necessaria ai fini della dichiarazione dello scioglimento; o se insistere, invece, per l'adempimento dell'obbligazione debitoria¹⁴¹.

Nel diritto tedesco vige, infatti, come anche in altri sistemi continentali, il principio del primato dell'adempimento in natura¹⁴²; sicché la risoluzione rimane, sia prima che dopo la scadenza del termine una mera facoltà per il creditore, subordinata peraltro all'accertamento dei rigidi presupposti previsti ai fini del suo esercizio.

È così, del resto, anche nel nostro ordinamento, dove l'art. 1453 cod. civ. (la cui applicazione è limitata ad ogni modo ai soli casi in cui sia già ravvisabile una violazione attuale di un obbligo) attribuisce al creditore la facoltà di scelta tra il considerare il debitore come definitivamente inadempiente, chiedendo la risoluzione del contratto (sempreché l'inattuazione risulti di non scarsa importanza: art. 1455 cod. civ.); e il ritenere lo stesso come semplicemente in ritardo, insistendo di conseguenza per l'esecuzione della prestazione.

Tale facoltà di scelta risulta non solo dall'art. 1453 cod. civ., ma anche dal successivo art. 1454 cod. civ., che attribuisce appunto al creditore la possibilità di fissare al debitore inadempiente un termine per l'adempimento, decorso inutilmente il quale il contratto s'intenderà risolto.

¹⁴¹ H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 151 ss., che descrive il diritto del creditore in termini di diritto potestativo.

¹⁴² V. *supra* (capitolo I e, per quanto riguarda la CISG, anche capitolo II).

Ma essa emerge altresì dall'art. 1456 cod. civ., ai sensi del quale il creditore potrà indicare al debitore di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa (consentendogli così di adempiere fino a quel momento); e dall'art. 1457 cod. civ. che attribuisce la facoltà al beneficiario del termine essenziale di comunicare al debitore che non intende valersi del termine medesimo e che quindi opta per l'adempimento ritardato¹⁴³.

Nell'ordinamento tedesco la scelta fra i due rimedi – dello scioglimento e dell'adempimento – non è poi soggetta a limiti di tempo e sussiste fino a quando il creditore non abbia deciso di porre fine al vincolo: la dichiarazione del recesso impedisce alla parte *in bonis* di cambiare idea ed agire successivamente per l'adempimento, così come esclude la possibilità per il debitore di eseguire la prestazione dovuta e di porre così rimedio alla situazione venutasi a determinare a seguito della condotta antidoverosa precedentemente posta in essere¹⁴⁴.

Di contro, fino a quando il creditore non decida di avvalersi del rimedio risolutorio, egli è certamente legittimato ad insistere per l'esecuzione della prestazione dovuta, ma anche ad aspettare inerte la scadenza del termine¹⁴⁵, mentre il debitore è a sua volta libero di revocare il rifiuto precedentemente reso¹⁴⁶: a differenza di quanto sostenuto da parte della dottrina italiana, la manifestazione oppositiva non è quindi di per sé sufficiente a determinare nel creditore un affidamento tale da impedire al debitore rifiutante un eventuale ripensamento¹⁴⁷.

¹⁴³ Cfr. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, cit., 181.

¹⁴⁴ Diversamente, non impedisce una successiva dichiarazione di recesso la previa insistenza del creditore per l'esecuzione della controprestazione. Sul punto, v. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 189 s.

¹⁴⁵ Nel senso che il creditore non sarebbe affatto tenuto a reagire al rifiuto debitorio, J. GERNHUBER, *Die endgültige Erfüllungsverweigerung*, cit., 155; H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 191, testo e nota n. 153, 192. Ma v., tuttavia, U. HUBER, *Leistungsstörungen, II*, cit., 631, il quale sottolinea la necessità di distinguere caso per caso.

¹⁴⁶ U. HUBER, *Leistungsstörungen, II*, cit., 636: “Nimmt der Schuldner die Erfüllungsverweigerung zurück, bevor der Gläubiger seinerseits erklärt hat, er verlange Schadensersatz wegen Nichterfüllung (oder er trete zurück oder er lehne die Annahme der Leistung ab), so entfällt der Tatbestand, auf dem die bisher vom Gläubiger nicht ausgeübten Rechtsbehelfe beruhen, mit Wirkung ex nunc. Der Gläubiger kann daher von jetzt an keine Rechte mehr aus der Erfüllungsverweigerung herleiten. Das ist zumindest im Prinzip allgemein anerkannt“. Cfr. J. GERNHUBER, *Die endgültige Erfüllungsverweigerung*, cit., 154; P. FRITZ, *Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners*, cit., 213.

¹⁴⁷ Ne deriva che, se nel frattempo il creditore conclude un contratto sostitutivo, egli corre comunque il rischio di un'eventuale revoca del rifiuto da parte del debitore. Così H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 187 s. Cfr. U. HUBER, *Leistungsstörungen, II*, cit., 639 s.: “Beides, Dispositionsfreiheit für sich selbst und Bindung an den Vertrag für den Schuldner, kann der Gläubiger nach dem Grundgedanken des § 326 nicht zugleich in Anspruch nehmen. Der Gläubiger, der die Reihenfolge umkehrt und das Deckungsgeschäft vorzeitig abschließt, wobei er sich gleichzeitig noch die Möglichkeit offenhält, auf den Erfüllungsanspruch zurückzukommen, muß das damit verbundene Risiko auf sich nehmen. Übrigens liegt es in seiner Hand, das Risiko gering zu halten, indem er sofort nach Durchführung des Deckungsgeschäft die erforderliche Erklärung gegenüber dem Schuldner abgibt“.

Né si ritiene che, una volta appresa la notizia della dichiarazione del debitore di non adempiere, il creditore sia tenuto senz'altro a dichiarare lo scioglimento del contratto: a differenza di quanto succede nella Convenzione di Vienna, dove la specifica previsione di cui all'art. 72, comma 3°, CISG, parrebbe indurre il creditore ad optare per l'immediato esperimento del rimedio interruttivo, al fine di evitare che gli venga contestata la violazione dell'art. 77 CISG, quantomeno di fronte ad una dichiarazione del debitore di non adempiere, nel BGB la possibilità di evitare l'esperimento del rimedio risolutorio troverebbe un "limite" solo ove fosse dato riscontrare una situazione di certezza del futuro inadempimento; situazione che, come precisato, e salvi i casi di impossibilità, non sarebbe di fatto mai conseguibile prima della scadenza, se non a seguito di un procedimento volto alla sua determinazione.

Orbene, se la parte *in bonis* preferisca, anziché risolvere il contratto¹⁴⁸, rimanere vincolata allo stesso, essa è legittimata ad avvalersi dei mezzi che la legge le offre per assicurarsi la possibilità di procedere, successivamente, all'esecuzione forzata¹⁴⁹, e cioè del provvedimento cautelare del sequestro (o "Arrest") *ex* § 916, comma 1°, ZPO¹⁵⁰ e di quello cautelare provvisorio (o "einstweilige Verfügung") *ex* § 935 ZPO¹⁵¹, utilizzabili senz'altro anche prima che la prestazione debitoria sia divenuta esigibile (come emerge espressamente dai §§ 916, comma 2°¹⁵² e 936 ZPO¹⁵³)¹⁵⁴.

Nell'ordinamento tedesco è prevista, inoltre, la possibilità per il creditore di proporre una particolare azione, diretta ad ottenere l'esecuzione futura di una determinata

¹⁴⁸ Immediatamente o – come sembra preferibile – a seguito dell'attivazione di un congegno comunicatorio simile a quello di cui all'art. 72, comma 2°, CISG.

¹⁴⁹ V. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 151 ss.

¹⁵⁰ Come si desume dalla lettura della disposizione citata, il sequestro è un provvedimento cautelare che mira a garantire l'esito di una futura esecuzione forzata in relazione a crediti pecuniari, ovvero convertibili in crediti pecuniari. Così la versione originale del paragrafo: "Der Arrest findet zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs statt, der in eine Geldforderung übergehen kann".

¹⁵¹ Precisa tale disposizione che la misura cautelare provvisoria è ammissibile qualora si tema che una modifica della situazione esistente impedisca o renda notevolmente più difficile l'attuazione del diritto di una parte: "Einstweilige Verfügungen in Bezug auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte".

¹⁵² "Die Zulässigkeit des Arrestes wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch betagt oder bedingt ist, es sei denn, dass der bedingte Anspruch wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts des Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat".

¹⁵³ Tale disposizione prevede l'applicabilità alla misura cautelare provvisoria prevista dal paragrafo precedente delle norme sul sequestro: "Auf die Anordnungen einstweiliger Verfügungen und das weitere Verfahren sind die Vorschriften über die Anordnung von Arresten und über das Arrestverfahren entsprechend anzuwenden, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Vorschriften enthalten".

¹⁵⁴ In generale, su tali misure, v. G. OBERTO, *I procedimenti semplificati ed accelerati nell'esperienza tedesca ed in quella inglese*, reperibile nel sito dell'Autore, www.giacomooberto.com/csm/2002/relazione.htm#_ftn1.

prestazione; azione che è esperibile anche prima della scadenza del termine fissato per l'adempimento (o dell'avveramento di una condizione sospensiva), ogniquale volta le circostanze giustificano il timore che il debitore sia per sottrarsi alla prestazione al momento dovuto (cfr. § 259 ZPO¹⁵⁵) com'è, ad esempio, quando egli rifiuti anticipatamente di adempiere¹⁵⁶.

La c.d. condanna in futuro (o "*Klage auf künftige Leistung*") consente, precisamente, di ottenere un titolo esecutivo a prescindere dall'attualità dell'inadempimento, che diventa efficace, tuttavia, solo col sopraggiungere dell'esigibilità della prestazione dovuta¹⁵⁷: ne deriva che, prima di tale momento, colui

¹⁵⁵ Così in lingua originale: "*Klage auf künftige Leistung kann außer den Fällen der §§ 257, 258 erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde*" Per un commento a tale disposizione, si rinvia a: H. ROTH, in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 4, §§ 253-327, Tübingen, 2008, sub § 259, 266 ss., Rn. 1 ss.; E. BECKER-EBERHARD, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetzen und Nebengesetzen*, I, §§ 1-354, a cura di W. KRÜGER, T. RAUSCHER, München 2013, sub § 259, Rn. 1 ss., 1523 ss.; H. GEISLER, in *ZPO Kommentar*, a cura di H. PRÜTTING, M. GEHRLEIN, Köln, 2015, sub § 259, 792, Rn. 1 ss.; R. GREGER, in *Zöller. Zivilprozessordnung mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen. Kommentar*, Köln, 2014, sub § 259, 869, Rn. 1 ss.; U. FOERSTE, in *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, a cura di H.-J. MUSIELAK, München, 2014, sub § 259, 940, Rn. 1 ss. Oltre all'azione generale di cui al § 259 ZPO, il diritto tedesco prevede, poi, altresì due ipotesi speciali di condanna in futuro, previste rispettivamente dal § 257 ("*Ist die Geltendmachung einer nicht von einer Gegenleistung abhängigen Geldforderung oder die Geltendmachung des Anspruchs auf Räumung eines Grundstücks oder eines Raumes, der anderen als Wohnzwecken dient, an den Eintritt eines Kalendertages geknüpft, so kann Klage auf künftige Zahlung oder Räumung erhoben werden.*") e 258 ZPO ("*Bei wiederkehrenden Leistungen kann auch wegen der erst nach Erlass des Urteils fällig werdenden Leistungen Klage auf künftige Entrichtung erhoben werden*"). Le tre disposizioni furono introdotte nello ZPO con la novella del 1898. Mentre i §§ 258 s. ZPO sono rimasti da allora invariati, il § 257 ZPO ha subito invece alcune variazioni con la seconda legge di modifica del diritto delle locazioni (c.d. "2. MietrechtsänderungsG") nel 1964. Sul punto, si veda E. BECKER-EBERHARD, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetzen und Nebengesetzen*, I, cit., sub § 257, Rn. 4, 1516.

¹⁵⁶ Cfr. H. GEISLER, in *ZPO Kommentar*, cit., sub § 259, 792, Rn. 3 s.; H. ROTH, in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 4, §§ 253-327, cit., sub § 259, 273, Rn. 14: "*Es muß also aus den Erklärungen des Schuldners oder aus seinem Verhalten der Schluß gezogen werden können, daß er nicht leisten wolle, wobei es nicht auf den Grund ankommt. Es genügt [...] jedes ernstliche Bestreiten, ohne daß ein böswilliges oder fahrlässiges Verhalten des Schuldners vorliegen müßte*". Cfr. E. BECKER-EBERHARD, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetzen und Nebengesetzen*, I, §§ 1-354, a cura di W. KRÜGER, T. RAUSCHER, München 2013, sub § 259, Rn. 13, 1527: "*Für die Besorgnis genügt, dass der Schuldner Anspruch oder Leistungspflicht ernstlich bestreitet*" Così anche U. FOERSTE, in *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, cit., sub § 259, 942, Rn. 5: "*Ernstliches Bestreiten des Anspruchs nach Grund, Fälligkeit oder Betrag genügt, Bösgläubigkeit ist nicht erforderlich*". Nello stesso senso anche R. GREGER, in *Zöller. Zivilprozessordnung mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen. Kommentar*, cit., sub § 259, 869, Rn. 3, secondo il quale, tuttavia, "*nicht ausreichend*" ist, "*die Besorgnis der Vollstreckungsverweigerung [...], der künftigen Unmöglichkeit der Leistung oder der künftigen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners*".

¹⁵⁷ In dottrina si è precisato, comunque, che lo strumento della condanna in futuro sarebbe utilizzabile anche per ottenere l'esecuzione di obblighi accessori, che sono appunto esigibili prima dello scadere del termine previsto per l'esecuzione della prestazione principale.

che abbia ottenuto la condanna non può procedere all'esecuzione forzata, ma ha a disposizione solo i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale.

Lo strumento previsto dal § 259 ZPO costituisce una particolarità dell'ordinamento tedesco. Il nostro sistema, ad esempio, non conosce una disposizione analoga¹⁵⁸. Fra gli interpreti si discute, di conseguenza, se ed entro che limiti una condanna in futuro possa essere ammessa¹⁵⁹.

4.2. SEGUE: POSSIBILITÀ PER IL CREDITORE DI SOLLEVARE LA C.D. ECCEZIONE DI PERICOLO (§ 321 BGB).

La scelta del contraente fedele di insistere per l'adempimento dell'obbligazione debitoria e di rimanere pertanto vincolato al contratto, comporta – com'è ovvio – la necessità per il medesimo di mantenersi in grado di eseguire la prestazione dovuta¹⁶⁰.

Il diritto tedesco riconosce, tuttavia, alla parte che abbia motivo di temere il futuro inadempimento dell'altro contraente la possibilità di sollevare la più volte menzionata eccezione dilatoria *ex* § 321 BGB, sospendendo l'esecuzione della propria prestazione, se già dovuta; e rifiutando di eseguirla, se richiesto dall'altro contraente.

Come si è avuto modo di accennare, l'esperibilità del rimedio dilatorio in presenza di una situazione di pericolo del futuro inadempimento, ancorché derivante da cause diverse da quella del mutamento delle circostanze patrimoniali dell'altro contraente, tendeva ad essere ammessa anche prima della riforma del 2002. E ciò nonostante la formulazione del vecchio § 321 BGB, il quale prevedeva, quale presupposto per l'azionabilità del rimedio dilatorio il solo peggioramento della situazione economica dell'altra parte¹⁶¹. In particolare, di fronte all'impossibilità di procedere ad

¹⁵⁸ Ciononostante, sono esplicitamente previste talune ipotesi speciali di condanna in futuro. V., ad esempio, l'art. 657 c.p.c.: "Il locatore o il concedente può intimare al conduttore [c.c. 1571], all'affittuario coltivatore diretto [c.c. 1647], al mezzadro [c.c. 2141] o al colono [c.c. 2164] licenza per finita locazione (1), prima della scadenza del contratto, con la contestuale (2) citazione (3) per la convalida (4), rispettando i termini (5) prescritti dal contratto, dalla legge o dagli usi locali. Può altresì intimare lo sfratto (6), con la contestuale citazione per la convalida, dopo la scadenza del contratto, se, in virtù del contratto stesso o per effetto di atti o intimazioni precedenti, è esclusa la tacita riconduzione (7)". V., inoltre, l'art. 664, comma 1° c.p.c.: "Nel caso previsto nell'articolo 658 (mancato pagamento dei canoni), il giudice adito pronuncia separato decreto di ingiunzione (1) per l'ammontare dei canoni scaduti e da scadere fino all'esecuzione dello sfratto, e per le spese relative all'intimazione". V., infine, l'art. 316-bis c.c.: "In caso di inadempimento il presidente del tribunale, su istanza di chiunque vi ha interesse, sentito l'inadempiente ed assunte informazioni, può ordinare con decreto che una quota dei redditi dell'obbligato, in proporzione agli stessi, sia versata direttamente all'altro genitore o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole".

¹⁵⁹ Per la ricostruzione dei termini del dibattito, v. G. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013, 292 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁶⁰ H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 162.

¹⁶¹ V. *supra*.

un'applicazione analogica della suddetta disposizione, non ritenuta suscettibile di trovare applicazione al di fuori degli stretti limiti esplicitamente previsti e coincidenti con la modifica delle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti, il fondamento dell'eccezione di sospensione veniva allora ravvisato nel § 242 BGB.

La situazione è cambiata a seguito della riforma del 2002, in occasione della quale si è proceduto ad una integrale riscrittura del precedente § 321 BGB.

Secondo la nuova formulazione della disposizione, che trova ancora una volta il proprio modello nella legge uniforme (cfr. art. 71 CISG), la parte di un contratto a prestazioni corrispettive, tenuta ad eseguire per prima la prestazione, può infatti rifiutare l'adempimento non più solo ove siano mutate le condizioni economiche e patrimoniali della controparte, com'era ai sensi del vecchio § 321 BGB, e com'è tuttora nel nostro ordinamento (cfr. art. 1461 cod. civ.), ma anche e più in generale ogniqualvolta, dopo la conclusione del contratto, divenga evidente (“*rectius*”, riconoscibile o, come recita la disposizione, “*erkennbar*”) che la pretesa alla controprestazione sia messa in pericolo dalla insufficiente capacità di adempiere dell'altra parte (comma 1°)¹⁶². L'incapacità ad eseguire la prestazione dovuta può risultare, oltreché dal mutamento nella composizione del patrimonio del debitore, anche dalla condotta del medesimo tenuta nell'esecuzione di attività prodromiche all'adempimento dell'obbligazione¹⁶³.

Non è più necessario, peraltro, che tali circostanze sopravvengano in un momento successivo alla nascita del rapporto. Di contro, e parimenti a quello che è l'unanime insegnamento della nostra giurisprudenza, è sufficiente che esse, ancorché precedenti al contratto, divengano riconoscibili solo in un momento posteriore alla sua stipulazione.

Il § 321 BGB presenta così oggi un ambito di applicazione molto più ampio rispetto al passato e costituisce, nella sua formulazione attuale, una conferma del “processo di generalizzazione” del rimedio dallo stesso contemplato, iniziato con l'estensione dell'ambito di operatività dello strumento al di fuori “degli angusti confini

¹⁶² Più precisamente, il nuovo § 321, comma 1°, BGB prevede che “chi è obbligato da un contratto corrispettivo ad eseguire per primo la prestazione, può rifiutare la prestazione da lui dovuta, se, dopo la conclusione del contratto, è riconoscibile che la sua pretesa alla controprestazione è messa a rischio dalla mancanza di capacità alla prestazione dell'altra parte”. Così il testo originale: “*Wer aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird*”.

¹⁶³ Per il presupposto oggettivo della c.d. *Unsicherheitseinrede*, v. F. PADOVINI, *L'eccezione di pericolo di inadempimento (Unsicherheitseinrede)*, cit., 271 s.

del contratto di vendita”¹⁶⁴ e proseguito mediante la creazione di ulteriori regole la cui ragione giustificatrice coincide con quella sottesa all’eccezione dilatoria di cui al § 321 BGB e alle corrispondenti disposizioni contenute nei diversi ordinamenti nazionali (cfr. art. 1461 cod. civ. e art. 83 del codice delle obbligazioni svizzero¹⁶⁵)¹⁶⁶.

Va notato, per quanto qui interessa, che, nonostante la sua attitudine espansiva, la disposizione che ospita oggi la c.d. eccezione di pericolo (o “*Unsicherheitseinrede*”), nel prevedere la possibilità per la parte fedele di sollevare l’eccezione dilatoria in presenza di un ragionevole pericolo circa l’incapacità del debitore di adempiere, continua a non prendere in considerazione i casi in cui il pericolo della futura inesecuzione della prestazione dipenda, non già dall’incapacità del debitore, qualunque ne sia la causa, quanto piuttosto dall’assenza della volontà del medesimo di porre in essere l’attività dovuta ai fini dell’adempimento¹⁶⁷.

Fra gli interpreti si tende comunque ad ammettere l’applicabilità della disposizione citata anche nelle ipotesi in cui il debitore, pur essendo in grado di farlo, non abbia ciononostante intenzione di adempiere¹⁶⁸.

Ne deriva, quale corollario, che, posto di fronte ad una situazione di incertezza circa il futuro conseguimento della controprestazione, ancorché derivante da un rifiuto – esplicito o tacito – dell’altra parte, il creditore ha la possibilità di scegliere se sospendere l’esecuzione della propria prestazione *ex* § 321 BGB¹⁶⁹ o esperire il rimedio di cui al §

¹⁶⁴ Per l’evoluzione dell’istituto, il quale “trova spazio”, seppur limitatamente alla compravendita, “già nel *code civil*”, così come nel codice unitario del 1865, “dove l’art. 1469 ricalcava la regola” dell’art. 1613 del *Code Napoleon*, v. F. PADOVINI, *L’eccezione di pericolo di inadempimento (Unsicherheitseinrede)*, cit., 268 ss.

¹⁶⁵ V. *supra*.

¹⁶⁶ Si pensi solo, per quanto riguarda il nostro ordinamento, alle regole, oggi contenute negli artt. 72 ss. l. fall., relative alla sorte dei contratti pendenti nel caso di fallimento di una delle parti. Sul punto, v. *infra*.

¹⁶⁷ Per un’estensione del § 321 BGB anche a tali ipotesi, si veda U. HUBER, *Leistungsstörungen. Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen in Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?*, cit., 826 s. Così la formulazione del § 321, comma 1°, n. 2, BGB proposta da Huber: “*Der Schuldner, der aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die Leistung verweigern, 1. [...], 2. wenn die Gegenleistung unmöglich ist, oder wenn der Gläubiger sich ernsthaft und endgültig weigert, die Gegenleistung zu bewirken, oder wenn aus sonstigen Gründen offensichtlich ist, dass er die Gegenleistung nicht bewirken wird*”.

¹⁶⁸ H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 162, 166.

¹⁶⁹ In tal caso, soprattutto ove l’esecuzione della prestazione dovuta dalla parte infedele dipenda da quella dell’altro contraente, quest’ultimo avrebbe, inoltre, la possibilità di chiedere la c.d. condanna “Zug-um-Zug”, offrendo quindi l’adempimento della propria obbligazione e pretendendo, al contempo, l’esecuzione della controprestazione. Così, ad esempio, U. HUBER, *Leistungsstörungen*, I, cit., 375; H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 168. Fra gli interpreti vi è altresì chi sostiene l’applicabilità, nelle ipotesi descritte nel testo, del § 320 BGB. In tal senso, si veda, ad esempio, BGH, 15.5.1990, in *NJW*, 1990, 3009. Ma v., tuttavia, prima della riforma, U. HUBER, *Leistungsstörungen*, I, cit., 374 ss., secondo il quale una soluzione del genere sarebbe eccessiva. Così anche H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 167 s., il quale sottolinea come la possibilità di sollevare l’eccezione di inadempimento di cui al § 320 BGB non

323, comma 4°, BGB, attivando eventualmente il meccanismo procedimentale sopra descritto.

Orbene, in entrambi i casi è aperta la strada alla risoluzione del contratto. A differenza del vecchio § 321 BGB, la disposizione, per come riformulata in occasione dell'intervento del 2002, non si limita infatti a consentire la sola sospensione dell'esecuzione della prestazione, ma attribuisce a colui che abbia sollevato l'eccezione di pericolo l'ulteriore possibilità di porre fine alla situazione di stallo, sia pure temporaneo, conseguente alla sospensione, mediante la dichiarazione di scioglimento del contratto¹⁷⁰.

Il nuovo § 321 BGB prevede, segnatamente, che la parte *in bonis* possa sollecitare l'altra ad eseguire la prestazione dovuta o ad offrire una specifica garanzia di adempimento, concedendo alla stessa un congruo termine per sciogliere l'alternativa, decorso inutilmente il quale essa può provocare la risoluzione del vincolo (comma 2°)¹⁷¹.

Va ricordato che la possibilità di porre fine, mediante l'esercizio del "Rücktritt", alla situazione di incertezza che viene inevitabilmente a crearsi in seguito alla sospensione dell'esecuzione della prestazione creditoria, costituisce una novità introdotta dal legislatore tedesco, non prevista dal vecchio § 321 BGB, ma neppure – come si è avuto modo di vedere – nel testo della legge uniforme: consapevoli dei dubbi interpretativi sollevati di fronte alla formulazione dell'art. 71 CISG, i redattori della legge di riforma hanno ritenuto di dover fornire una soluzione alla questione relativa alle conseguenze dell'inerzia del debitore a seguito dell'esperimento dell'eccezione dilatoria.

potrebbe essere riconosciuta in maniera incondizionata: il rimedio di cui alla citata disposizione sarebbe esperibile dalla parte *in bonis* solo nei casi in cui l'esecuzione della prestazione dalla medesima dovuta non sia possibile senza la collaborazione dell'altro contraente, il quale abbia però dichiarato di non voler adempiere (in tal senso, in realtà, anche BGH, 16.5.1968, cit.); oppure ove la condanna "Zug-um-Zug" non sia tecnicamente possibile, com'è, ad esempio, nelle vendite a distanza o per corrispondenza.

¹⁷⁰ Sui dubbi relativi alla compatibilità della regola odierna e la disciplina dell'errore, si vedano: F. PADOVINI, *L'eccezione di pericolo di inadempimento* (Unsicherheitseinrede), cit., 274 s.

¹⁷¹ Più precisamente, il § 321, comma 2°, BGB prevede che "l'obbligato ad eseguire la prestazione per primo può fissare un congruo termine nel quale l'altra parte a fronte della contestuale prestazione deve, a sua scelta, eseguire la controprestazione o deve prestare garanzia. Dopo l'infruttuosa decorrenza del termine, l'obbligato ad eseguire per primo la prestazione può recedere dal contratto. Il § 323 trova corrispondente applicazione". Così la versione in lingua originale: "Der Vorleistungspflichtige kann eine angemessene Frist bestimmen, in welcher der andere Teil Zug um Zug gegen die Leistung nach seiner Wahl die Gegenleistung zu bewirken oder Sicherheit zu leisten hat. Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Vorleistungspflichtige vom Vertrag zurücktreten. § 323 findet entsprechende Anwendung". Viceversa, qualora la prestazione venga eseguita o per essa venga prestata garanzia, "il diritto di rifiutare la prestazione decade". Così l'ultimo periodo del primo comma: "Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird".

4.3. SEGUE: AMMISSIBILITÀ DI UNA PRETESA RISARCITORIA ANTE DIEM.

La scelta di sollevare l'eccezione di sospensione (e di giungere allo scioglimento del contratto a seguito della mancata prestazione di adeguate garanzie da parte del debitore), anziché agire immediatamente *ex* § 323, comma 4°, BGB, non pare comunque priva di conseguenze. Essa sembrerebbe, infatti, escludere la possibilità per il creditore di agire altresì per il risarcimento del danno: come si è osservato, lo scioglimento di cui al § 321 BGB sarebbe stato concepito non già come rimedio contro una violazione del contratto, ma piuttosto quale strumento per porre fine alla situazione di “congelamento” del rapporto conseguente alla sospensione dell'adempimento¹⁷².

Anche se, si potrebbe ritenere che la mancata prestazione di adeguate garanzie a seguito di una legittima richiesta del creditore venga in realtà a determinare una situazione assimilabile in tutto e per tutto a quella conseguente all'esito (negativo) del procedimento comunicatorio di cui all'art. 72, comma 2°, CISG, come tale equiparabile, se non addirittura integrante di per sé, una violazione idonea a consentire l'ingresso del rimedio risarcitorio. Sicché, quand'anche la situazione di pericolo preesistente non trovasse la propria causa nella violazione di un obbligo, una siffatta violazione sarebbe ravvisabile nell'ipotesi in cui il debitore, richiesto di prestare adeguate assicurazioni, non vi provvedesse.

Ciò posto, gli interpreti tendono ad ammettere senz'altro la possibilità di agire per il risarcimento dei danni nei casi in cui venga esercitato il diritto di recesso di cui al § 323, comma 4°, BGB¹⁷³ (casomai anche a seguito di una previa sospensione dell'esecuzione della prestazione dovuta). In tal caso, il riscontro di un inadempimento anticipato, inteso come certezza della futura violazione, consentirebbe (ove imputabile al debitore e non dovuto, per converso, a cause estranee alla sua sfera di controllo) di esperire non solo il rimedio risolutorio, ma anche ed immediatamente quello

¹⁷² V. *BT-Drucks.*, 14/6040, cit., 170: “Zur Verhinderung eines Schwebezustandes nach Erheben der Unsicherheitseinrede sieht Absatz 2 ein Rücktrittsrecht des Vorleistungspflichtigen vor”. Così anche P. HUBER, in *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, cit., 182, Rn. 7: “§ 321 Abs. 2 gibt dem vorleistungspflichtigen Gläubiger ein nachfristabhängiges Rücktrittsrecht nach § 323. Diese – im bisherigen Recht nicht ausdrücklich enthaltene, von der h.M. aber im Ergebnis über § 242 oder § 326 hergeleitete – Regelung dient dazu, einen Schwebezustand zu verhindern, der für den Fall drohen würde, dass der Schuldner auf die Erhebung der Unsicherheitseinrede durch den Gläubiger weder die Gegenleistung erbringt noch Sicherheit leistet“.

¹⁷³ In generale, sul risarcimento del danno in caso di inadempimento anticipato, H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 193 ss.

risarcitorio¹⁷⁴. Del resto, a differenza di quanto succedeva prima della riforma, tale possibilità è oggi espressamente prevista dal nuovo § 325 BGB¹⁷⁵.

Senonché, si deve notare che anche la possibilità di agire per il risarcimento del danno nei casi in cui venga riscontrato un c.d. inadempimento anticipato *ex* § 323, comma 4°, BGB è in realtà dubbia: il legislatore non ha infatti espressamente disciplinato le conseguenze della situazione descritta dalla citata disposizione sul piano risarcitorio.

Nessuna rilevanza assumerebbe inoltre, a tal fine, la disposizione del nuovo § 325 BGB: se è vero, infatti, che – a differenza di quanto succedeva nel vigore della disciplina originaria – la possibilità di chiedere il risarcimento non è oggi affatto esclusa dalla dichiarazione di recesso, è altresì vero che l’affermazione dell’astratta cumulabilità dei due rimedi non consente di per sé di risolvere il problema relativo alla determinazione dell’ambito di operatività del rimedio risarcitorio, che rimane, di contro, affidata ai §§ 280 ss. BGB, incentrati sul presupposto dell’attuale presenza di un inadempimento.

Nel silenzio della legge, si pone pertanto il problema se, in caso di un inadempimento *ante diem* imputabile al debitore, il creditore possa agire per ottenere il ristoro dei danni subiti; o se il novero delle conseguenze giuridiche riconducibili al rifiuto preventivo debba essere limitato, per converso, alla sola dichiarazione di recesso.

In realtà, lo stesso problema parrebbe presentarsi anche con riguardo alla Convenzione di Vienna, nella quale pure manca una disposizione volta a consentire alla parte contrattuale *in bonis* di chiedere il risarcimento del danno subito, qualora sia dato riscontrare una situazione di certezza circa il futuro inadempimento.

Tuttavia, in quella sede, la possibilità di agire per il risarcimento in caso di inadempimento anticipato (non dovuto ad impossibilità derivante da causa non imputabile al debitore) discende direttamente dall’applicazione dei principi generali che governano la materia risarcitoria, in base ai quali la parte contrattuale fedele può chiedere il ristoro del danno subito, naturalmente ove ne sussistano gli ulteriori presupposti, ogniqualvolta sia stato provocato lo scioglimento del contratto¹⁷⁶.

Diversi sono invece i principi cui s’ispira la nuova disciplina del BGB¹⁷⁷: le regole contenute nel codice civile tedesco consentono, infatti, al creditore di chiedere il risarcimento dei danni in luogo della prestazione (o “*Schadensersatz statt der Leistung*”,

¹⁷⁴ V. K. RAMMING, *Vorzeitiges Rücktrittsrecht und Schadensersatz statt der Leistung*, cit., 416.

¹⁷⁵ Ai sensi di tale disposizione, il diritto di pretendere il risarcimento del danno in un contratto a prestazioni corrispettive, non viene, infatti, escluso dal recesso: “*Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen*”.

¹⁷⁶ V. *supra*.

¹⁷⁷ Sul punto, si veda. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 204.

locuzione che ha sostituito il precedente sintagma “*Schadensersatz wegen Nichterfüllung*”) solo se sia dato riscontrare i presupposti di cui ai §§ 281 s. BGB. Ebbene, fra i requisiti necessari affinché possa essere domandato il risarcimento dei danni vi è altresì quello dell’esigibilità della prestazione violata (“*fällige Leistung*”)¹⁷⁸.

Ciononostante, gli interpreti tendono, come precisato, ad ammettere la possibilità per il creditore di chiedere ed ottenere, peraltro immediatamente, il ristoro dei danni derivanti da una violazione anche nell’ipotesi in cui questa sia precedente alla scadenza del termine previsto per l’adempimento, la situazione concreta sia tuttavia tale da legittimare l’esperimento del rimedio di cui al § 323, comma 4°, BGB. È condivisa inoltre l’idea che, in tal caso, il creditore non sia costretto ad attendere il decorso del termine originariamente fissato per l’esecuzione della prestazione e che possa, di contro, azionare la propria pretesa immediatamente, non appena il debitore manifesti la volontà di non adempiere o emerga comunque da altre circostanze che subentreranno alla scadenza i presupposti della risoluzione.

Tale possibilità era ammessa, d’altronde, già prima della riforma del 2002¹⁷⁹: la pretesa risarcitoria del creditore in caso di un rifiuto debitorio veniva allora desunta da un’applicazione analogica del § 326, comma 1°, BGB (vecchio testo). Più precisamente, l’idea era che il creditore, destinatario dell’atto abdicativo, potesse pretendere il ristoro di tutti i danni subiti in conseguenza dell’inadempimento dell’altra parte, sol che manifestasse la propria volontà di non insistere per l’esecuzione della prestazione dovuta¹⁸⁰. Quanto, poi, al momento dell’azionabilità del diritto al risarcimento, era

¹⁷⁸ Il § 281 BGB prevede che il risarcimento del danno al posto della prestazione (“*Schadensersatz statt der Leistung*”) possa essere richiesto solo nella misura in cui il debitore non esegua o esegua in modo non conforme al dovuto la prestazione esigibile (“*soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt*”). Anche il § 282, che disciplina il risarcimento del danno in luogo della prestazione per violazione di un obbligo in base al § 241, comma 2°, BGB (“*Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2*”) presuppone in realtà l’esistenza di un obbligo attuale ed esigibile. L’esigibilità della prestazione non costituirebbe presupposto necessario per l’attivazione della pretesa risarcitoria nei soli casi di cui al § 283 BGB, relativo al risarcimento del danno in luogo della prestazione per esclusione dell’obbligo di prestazione. Nel prevedere che il § 281, comma 1°, periodi 2 e 3 e comma 5, trovi “corrispondente applicazione”, tale disposizione esclude, infatti, l’applicabilità nei casi di risarcimento conseguente alla sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta di quella parte della disposizione richiamata che richiede appunto l’esigibilità della prestazione quale presupposto per attivare il rimedio risarcitorio.

¹⁷⁹ Un’analisi della situazione preesistente all’intervento del 2002 è offerta da H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 199 ss.

¹⁸⁰ U. HUBER, *Leistungsstörungen, II*, cit., 631 ss., secondo il quale il creditore non avrebbe potuto pretendere al contempo sia l’esecuzione della controprestazione che il risarcimento del danno da inadempimento. Cfr. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 199.

opinione comune che essa potesse essere fatta valere già prima della scadenza del termine¹⁸¹.

Orbene, il legislatore della riforma aveva senz'altro presente la soluzione offerta nel vigore della vecchia disciplina. Ne deriverebbe allora che, qualora avesse voluto discostarsi da quest'ultima, egli avrebbe probabilmente avvertito la necessità di precisarlo espressamente. Proprio perché non l'ha fatto, si potrebbe quindi ritenere che la sua volontà fosse di mantenere inalterata la situazione giuridica preesistente¹⁸².

Ma l'ammissibilità della pretesa risarcitoria prima del termine sembrerebbe dedursi altresì dalla volontà del legislatore tedesco di introdurre nel BGB una regolamentazione dell'istituto dell'inadempimento anticipato modellata su quella offerta dalla legge uniforme, nella quale – come anticipato – il diritto della parte contrattuale *in bonis* di chiedere il risarcimento del danno nei casi in cui sia certa la futura violazione del contratto discende dalla stretta connessione del rimedio risarcitorio e di quello risolutorio, attivabile, il primo, ogniqualvolta sia stato dichiarato lo scioglimento del rapporto¹⁸³.

Si può, invero, sin d'ora precisare, rinviando per ulteriori approfondimenti ai prossimi due capitoli, che diversa da quella prevalente in Germania è l'opinione di autorevole dottrina italiana la quale, sottolineando l'impossibilità di procedere, prima della scadenza del termine alla determinazione sia del *quantum* sia, addirittura, dell'*an* del risarcimento, tende a negare la possibilità per la parte contrattuale fedele, la quale decida di risolvere il contratto *ante diem*, di far valere la pretesa risarcitoria prima del momento originariamente fissato per l'adempimento¹⁸⁴.

Ci si potrebbe chiedere, allora, se la scelta del legislatore tedesco di non disciplinare espressamente le conseguenze di un inadempimento prima della scadenza sul piano risarcitorio confermi forse, in certa misura, l'intuizione della nostra dottrina, secondo la quale, ferma restando la possibilità di chiedere, *ante diem*, il ristoro, nei limiti del c.d. interesse negativo, del pregiudizio derivante dalla violazione di un dovere di protezione (cfr. § 282 BGB), ammette la possibilità di far valere le ulteriori pretese risarcitorie connesse ad un inadempimento anticipato solo dopo la scadenza.

¹⁸¹ J. GERNHUBER, *Die endgültige Erfüllungsverweigerung*, cit., 158 s.; U. HUBER, *Leistungsstörungen*, II, cit., 633 s.; In giurisprudenza, v. BGH, 21.3.1974, in *NJW*, 1974, 1081; ID., 18.1.1991, in *NJW*, 1823.

¹⁸² H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 204.

¹⁸³ V. ancora H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 204.

¹⁸⁴ Sul punto, v. capitoli IV e V.

4.3.1. IN PARTICOLARE: FONDAMENTO NORMATIVO DEL RIMEDIO RISARCITORIO ANTICIPATO.

La questione cui si è accennato in conclusione del precedente paragrafo verrà ulteriormente approfondita nei prossimi capitoli.

Ciò che interessa in questa sede è dare un quadro generale della disciplina tedesca sull'inadempimento anticipato ed approfondire le diverse interpretazioni ermeneutiche affermatesi in relazione alla (non sempre chiarissima) formulazione delle disposizioni inserite nel BGB, nonché di quelle sviluppate per colmare le apparenti lacune della regolamentazione contenuta nel codice.

Ora, si è visto che, pur mancando nel BGB una disposizione volta a riconoscere alla parte contrattuale fedele il diritto di pretendere prima del termine il risarcimento dei danni derivanti da un inadempimento anticipato, la tendenza fra gli interpreti tedeschi è di riconoscere l'immediata azionabilità della pretesa risarcitoria, pur in pendenza del termine previsto per l'adempimento.

Nel silenzio della legge sul punto, gli autori continuano tuttavia a discutere circa l'esatto fondamento di una domanda volta ad ottenere il risarcimento dei danni da inadempimento (anticipato) avanzata prima della scadenza.

Secondo parte della dottrina l'esigibilità della prestazione costituirebbe, ad esempio, un presupposto necessario solo per poter procedere alla fissazione di un termine supplementare e non anche per azionare il rimedio risarcitorio. Ne deriverebbe che, in presenza di un inadempimento prima del termine, il risarcimento potrebbe essere chiesto secondo le regole generali dettate nei §§ 280 ss. BGB.

Tuttavia, si è obiettato, tale impostazione sarebbe incompatibile con il dato normativo, che prevede *expressis verbis* la scadenza del termine quale requisito necessario per l'attivazione della pretesa al ristoro dei danni dovuti in luogo della prestazione rimasta ineseguita (v. § 281 BGB; cfr. § 282 BGB)¹⁸⁵.

Alcuni interpreti, consci dell'insuperabilità di siffatto ostacolo positivo, hanno sottolineato quindi come la mancata previsione di un diritto al risarcimento del danno prima della scadenza, costituisca in realtà una lacuna¹⁸⁶, dovuta ad una svista dei redattori e desumibile peraltro dall'analisi dei lavori preparatori alla riforma.

¹⁸⁵ H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 203.

¹⁸⁶ Per l'esistenza di una lacuna legislativa, v. M. JAENSCH, *Der Gleichlauf von Rücktritt und Schadensersatz*, in *NJW*, 2003, 3614. Sul punto, v. K. RAMMING, *Vorzeitiges Rücktrittsrecht und Schadensersatz statt der Leistung*, cit., 416.

Come emerge dal progetto della commissione del 1992, l'idea originaria era infatti quella di recepire la soluzione elaborata precedentemente nella prassi¹⁸⁷ e di prevedere, quindi, quali strumenti di tutela contro l'inadempimento anticipato, sia il recesso che il risarcimento del danno per l'inesecuzione (o "*Nichtausführung*") del contratto (ex §§ 327 e 280, comma 2°, del progetto della commissione); rimedio, questo, che si riteneva trovasse uno dei presupposti proprio nella previa dichiarazione di scioglimento¹⁸⁸.

La soluzione così proposta fu, poi, recepita nel c.d. progetto di discussione del 2001 (cfr. §§ 280, comma 2°, 323, comma 2° e 4°, 325, comma 2° DiskE). Ma la distinzione – ancora presente nel "*Diskussionsetwurf*" – tra il c.d. risarcimento in luogo della prestazione (ex §§ 280, comma 1° e 282 DiskE) ed il c.d. risarcimento per l'inattuazione del contratto (ex §§ 280, comma 2° e 325, comma 1°, DiskE), il quale soltanto avrebbe richiesto, ai fini dell'attivazione della pretesa creditoria, il previo esercizio del rimedio risolutorio, fu ritenuta dai redattori un'inutile complicazione¹⁸⁹, che avrebbe posto peraltro, ove accolta, seri problemi di delimitazione del campo di applicazione delle relative disposizioni¹⁹⁰.

Si decise, pertanto, da un lato, di eliminare la figura del risarcimento per l'inattuazione del rapporto, e, dall'altro, di non introdurre la preventiva risoluzione del contratto quale presupposto per la formulazione della proposta risarcitoria in luogo della prestazione rimasta inadempita. Furono in tal modo uniformati i requisiti necessari per l'esercizio dei due rimedi (quello risolutorio e quello risarcitorio), i quali divennero, altresì, come emerge oggi dal § 325 BGB, cumulabili¹⁹¹.

Ebbene, come si è precisato, nell'operare tale modifica, i redattori non avrebbero voluto, in realtà, eliminare la possibilità per la parte contrattuale fedele, destinataria del rifiuto dell'altro contraente, di chiedere il ristoro dei danni subiti in conseguenza della manifestazione oppositiva stessa. Tuttavia, nell'armonizzare i presupposti del recesso e del risarcimento, essi non si sarebbero probabilmente resi conto della lacuna che veniva a

¹⁸⁷ *KommE*, in *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, cit., sub §§ 280, 283, 323 BGB-KE, 128 ss., 132 ss., 162 ss., 166 ss., 170.

¹⁸⁸ Sul punto, v. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 205.

¹⁸⁹ *BT-Drucks.*, 14/6040, cit., 183: "*In der Wissenschaft, vor allem aber auch in Praxis ist dieses Modell als schwer durchschaubar und kompliziert abgelehnt worden. Der Entwurf greift diese Kritik auf und schlägt deshalb vor, dass grundsätzlich immer neben dem Rücktritt Schadensersatz statt der Leistung („großer Schadensersatz“) nicht von der vorherigen Erklärung des Rücktritts abhängig ist“*.

¹⁹⁰ Sul punto, v. ancora H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 206 s.

¹⁹¹ Cfr., al riguardo, *BT-Drucks.*, 14/6040, cit., 183 (v. *supra*); C.-W. CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, cit., 513 s.

crearsi a causa della nuova sistemazione della materia sul piano delle conseguenze scaturenti dall'inadempimento anticipato¹⁹².

Si è affermata così l'idea che l'assenza di un'esplicita previsione di un diritto al risarcimento, esercitabile *ante diem*, non sarebbe in realtà da intendere quale indice della volontà del legislatore di negare alla parte contrattuale fedele la possibilità di chiedere il ristoro del danno¹⁹³, ma integrerebbe, per converso, una lacuna, dovuta ad un difetto di tecnica legislativa; lacuna che risulterebbe peraltro agevolmente colmabile mediante un'applicazione, anche in materia risarcitoria, del principio espresso dal § 323, comma 4°, BGB¹⁹⁴; o, comunque, attraverso un'estensione analogica alla stessa della regola del § 281, commi 1° e 2°, BGB¹⁹⁵.

Ma in dottrina vi è stato altresì chi, pur senza negare la possibilità per il contraente fedele di agire per il risarcimento del danno in caso di inadempimento *ante diem*, ha obiettato che la mancanza di una regolamentazione specifica, nei §§ 280 ss. BGB, delle conseguenze risarcitorie della violazione anticipata, lungi dal potersi considerare quale conseguenza di una svista dei redattori della riforma, troverebbe in realtà il proprio fondamento nel combinato disposto dei §§ 280, commi 1° e 3°, 282 BGB, e cioè in quelle

¹⁹² Cfr. S. LORENZ, *Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002*, in *Karlsruher Forum* 2005, Karlsruhe, 2006, 85 s.

¹⁹³ R. ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, cit., 75: “the comments make clear that a party which exercise a right to terminate the contract for anticipatory non-performance has the same rights as on termination for actual non-performance and is therefore entitled to claim damages”. Conf. H.P. WESTERMANN, in *Erman Buergerliches Gesetzbuch, Handkommentar* herausgegeben von H.P. WESTERMANN, I, cit., sub § 323, 1496, Rn. 11; D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2012, 223.

¹⁹⁴ Per la possibilità di un'applicazione analogica del § 323, comma 4°, BGB in materia risarcitoria, v. D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 223; K. RAMMING, *Vorzeitiges Rücktrittsrecht und Schadensersatz statt der Leistung*, cit., 416, che tuttavia non estende la possibilità di un'applicazione analogica del § 323, comma 4°, BGB anche ai casi di rifiuto (per l'inapplicabilità del § 323, comma 4°, BGB al rifiuto, v. *supra*). Secondo l'A. nell'ipotesi in cui il debitore dichiara di non voler adempiere, il creditore può bensì pretendere immediatamente il risarcimento del danno in luogo della prestazione (“*Schadensersatz statt der Leistung*”), ma ai sensi dei §§ 280, comma 1° e 3°, 282 BGB. Se, poi, nutre dei dubbi in ordine all'intenzione del debitore di adempiere, egli può altresì fissare un termine, in analogia con quanto disposto dal § 281, comma 1°, BGB, onde consentire alla controparte di esprimersi in ordine alla sua volontà di eseguire la prestazione dovuta, e pretendere il risarcimento *ex* §§ 280, comma 1° e 3°, 282 BGB solo in seguito all'inutile decorso del termine così fissato. V. anche M. SCHMIDT-KESSEL, in H. PRÜTTING, G. WEGEN, G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, Köln, 2013, sub § 280, 455, Rn. 17: “§ 323 IV enthält jedoch eine allgemeine Regel, dass vor Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs die diese zugrunde liegende Pflicht bereits verletzt werden kann, Dies gilt auch für § 280 I unter der in § 323 IV genannten Voraussetzungen”.

¹⁹⁵ Nel senso che il fondamento della pretesa risarcitoria nei casi di rifiuto sarebbe il § 281 BGB, V. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., 335 s.: “[...] spricht hier wohl mehr für die Anwendung des § 281 als für die des § 282, weil es bei der Erfüllungsverweigerung letztlich um einen Verstoß des Schuldners gegen eine leistungsbezogene Pflicht geht, dessen Regelung schwerpunktmäßig zu § 281 gehört”.

disposizioni che regolano il risarcimento nei casi di inadempimento di un dovere *ex* § 241, comma 2°, BGB¹⁹⁶.

Le modifiche della disciplina relativa al risarcimento del danno non avrebbero, quindi, secondo tale diversa impostazione ermeneutica, determinato l'apertura di un vuoto normativo. Per converso, sarebbe stato proprio l'inserimento del § 282 BGB e, quindi, la previsione della possibilità per il creditore di chiedere il risarcimento dei danni anche nei casi di violazione di obblighi meramente accessori, e precisamente dei c.d. obblighi di protezione, ad aver reso inutile l'inserimento di un'apposita disposizione volta a regolare gli effetti risarcitori dell'inadempimento *ante diem*.

Non si può non rilevare come la tesi in esame sembri poggiare, in definitiva, su una (quantomeno parziale) identificazione della figura dell'inadempimento anticipato con quella della violazione (attuale) di un dovere di protezione: sarebbe proprio tale identificazione a rendere applicabili ad essa le disposizioni dei §§ 280, commi 1° e 3°, 282 e 324 BGB che, come si è visto, regolano le conseguenze – sul piano risarcitorio così come su quello degli effetti del contratto – della violazione dei doveri di cui al § 241, comma 2°, BGB.

Tale ricostruzione pare tuttavia incontrare un ostacolo non indifferente nell'esistenza di una disposizione, qual è appunto quella del § 323, comma 4°, BGB, volta a regolare l'inadempimento anticipato in via autonoma rispetto all'ipotesi della violazione di un obbligo accessorio *ex* § 241, comma 2°, BGB. Ebbene, se effettivamente la figura dell'"*anticipatory breach*" consistesse sempre e comunque nella lesione di un dovere di protezione, sarebbero bastate, per regolarne le conseguenze, le due disposizioni dei §§ 282 e 324 BGB. Non si spiegherebbe, di contro, la necessità, avvertita dal legislatore tedesco, di inserire nel codice un'apposita disposizione volta a regolare separatamente, quantomeno sul piano risolutorio, gli effetti delle lesioni ad essa riconducibili¹⁹⁷.

¹⁹⁶ S. LORENZ, *Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002*, cit., 86. L'autore, concordando sul punto con M. JAENSCH, *Der Gleichlauf von Rücktritt und Schadensersatz*, cit., 3614, precisa che in tutti gli altri casi (cioè in assenza di un inadempimento anticipato, che egli pare identificare sostanzialmente con una violazione attuale di un dovere di protezione, ritenendo di conseguenza applicabile il § 282 BGB) il creditore avrebbe la possibilità di agire per il risarcimento in luogo della prestazione dopo la scadenza solo rinunciando di esercitare il diritto alla risoluzione prima di tale momento. Lo scioglimento *ante diem* con il suo effetto liberatorio impedirebbe infatti il maturare dell'esigibilità della prestazione dovuta, che è presupposto per poter esperire il rimedio risarcitorio. Si tratterebbe di un ostacolo che neppure la previsione del § 325 BGB consentirebbe di superare. Diversamente, tuttavia, V. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., 335 s. Cfr., per la c.d. "teoria mista", K. RAMMING, *Vorzeitiges Rücktrittsrecht und Schadensersatz statt der Leistung*, cit., 416 (v. *supra*).

¹⁹⁷ Sul punto, v. più approfonditamente *infra*.

Le osservazioni appena svolte suggeriscono di soffermarsi su un ulteriore problema, relativo appunto al rapporto fra la previsione contenuta nel § 323, comma 4°, BGB e quella del nuovo § 324 BGB, che regola – come detto – lo scioglimento del contratto per violazione di un dovere di protezione *ex* § 241, comma 2°, BGB.

Sul punto pare opportuno ricordare come prima della riforma del 2002 fosse in realtà diffusa fra gli interpreti l'opinione secondo la quale il rifiuto del debitore di adempiere, reso – espressamente o tramite comportamento concludente – prima della scadenza, costituisse una violazione positiva del contratto, consistente nella lesione di un dovere accessorio a quello principale di adempiere.

Prima della riforma la tesi delle lesioni positive del contratto veniva impiegata proprio per regolare quelle ipotesi che non trovavano esplicita previsione nel codice: l'esigenza di un suo recepimento nel BGB è venuta meno, quindi, con l'introduzione nel sistema codicistico della generale ed onnicomprensiva nozione di violazione dell'obbligo e con la positivizzazione dei c.d. doveri di protezione (v. § 241, comma 2°, BGB), alla cui lesione le nuove regole del BGB riconducono espressamente i due rimedi del risarcimento del danno (§ 282 BGB) e del recesso dal contratto (§ 324 BGB).

Senonché, il legislatore del 2002 non ha evidentemente ritenuto tali disposizioni sufficienti a risolvere in maniera compiuta il delicato problema dell'inadempimento *ante diem* ed ha pertanto inserito nel BGB una disposizione autonoma, volta a regolare separatamente siffatta figura di violazione, la quale – è bene notarlo – non necessariamente coincide con l'inadempimento di un dovere di protezione, ma potrebbe, ad esempio, prescindere da qualsiasi lesione attuale di un obbligo; o risultare dovuta alla mancata osservanza o violazione di un dovere accessorio, non già di protezione (o “*Schutzpflicht*”) di cui al § 241, comma 2°, BGB, ma preparatorio, funzionalmente legato a quello primario di prestazione (c.d. “*leistungsbezogene Nebenpflicht*”), non riconducibile al novero degli obblighi cui fa riferimento la succitata disposizione.

Ciò non ha comunque impedito a taluni autori di continuare a ravvisare il fondamento della pretesa risarcitoria e, addirittura, del rimedio risolutorio nei casi di una manifestazione oppositiva del debitore precedente al termine previsto per l'esecuzione della prestazione dovuta, nella violazione (attuale) di un dovere di protezione *ex* § 241, comma 2°, BGB; e a ritenere, pertanto, applicabili in tali ipotesi le disposizioni dei §§

282 e 324 BGB¹⁹⁸; con conseguente inevitabile svuotamento del § 323, comma 4°, BGB. Aderendo alla tesi secondo cui il rifiuto altro non sarebbe che una lesione di un dovere accessorio di protezione, come tale regolato sul piano rimediale dai §§ 282 e 324 BGB, la disposizione citata conserverebbe, infatti, un campo di applicazione assai limitato. Esclusi dal suo ambito di operatività i casi della violazione di un obbligo *ex* § 241, comma 2°, BGB, e quelli in cui sia ravvisabile un'impossibilità sopravvenuta della prestazione, a loro volta dotati di un'esplicita regolamentazione codicistica (v. §§ 283 e 326 BGB), pochissime (se non addirittura nulle) sarebbero le ipotesi per le quali essa conserverebbe una qualche rilevanza.

All'impostazione ermeneutica citata, la quale pare identificare l'ipotesi dell'inadempimento *ante diem* con la violazione di un obbligo di cui al § 241, comma 2°, BGB, si è obiettato che (quantomeno) la manifestazione oppositiva del debitore resa prima del termine integrerebbe in realtà un inadempimento (non già di un obbligo accessorio di protezione, ma) dello stesso dovere primario di adempiere¹⁹⁹ o comunque di un dovere ad esso strettamente connesso, privo comunque di una sua autonomia²⁰⁰. Con la conseguenza che, ove fosse dato riscontrare la sussistenza di un atto abdicativo del debitore – esplicito o anche solo tacito – non sarebbe a ben vedere possibile invocare i §§ 324 e 282 BGB per ottenere la risoluzione e/o il risarcimento del danno *ante diem*.

Un inadempimento anticipato potrebbe bensì consistere anche nella lesione (attuale) di uno o più doveri di protezione (ipotesi nella quale i due rimedi – risarcitorio e risolutorio – ben potrebbero trovare il proprio fondamento nei §§ 282 e 324 BGB), una siffatta violazione non costituirebbe tuttavia caratteristica ontologica della fattispecie qualificata in termini di inadempimento anticipato. Anche qualora fosse in concreto riscontrabile, essa non rilevarebbe comunque in quanto tale, ma piuttosto per la sua idoneità ad incidere sulla (futura) attuazione o attuabilità dello scambio²⁰¹. Sicché, ferma restando l'esperibilità del rimedio risarcitorio *ex* § 282 BGB in presenza di una violazione di un dovere di protezione, lo scioglimento *ante diem* ben potrebbe trovare ingresso pur in

¹⁹⁸ Così, con riguardo alle ipotesi di rifiuto serio e definitivo, K. RAMMING, *Vorzeitiges Rücktrittsrecht und Schadensersatz statt der Leistung*, cit., 415 s. Con specifico riferimento alla pretesa risarcitoria, S. LORENZ, *Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002*, cit., 86.

¹⁹⁹ V. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., 335 s. (v. *supra*).

²⁰⁰ Ma v., tuttavia, W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., sub § 323, 2105, Rn. 132, nota n. 235. L'Autore, dopo aver precisato che il rifiuto del debitore costituisce un'ipotesi autonoma di violazione di un obbligo, aggiunge che ci si potrebbe in realtà chiedere se non sia ad essa applicabile il § 324 BGB: “*Man könnte sich nur fragen, ob insofern – da das Leistungsinteresse des Gläubigers noch nicht berührt ist – nicht § 324 einschlägig sein sollte.*”

²⁰¹ Cfr. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 107, che sottolinea come il rifiuto del debitore continuerebbe comunque a violare il c.d. obbligo di fedeltà al contratto o “*Leistungstreuepflicht*”.

assenza dei presupposti di cui al § 324 BGB, *i.e.* in mancanza della violazione di un obbligo ex § 241, comma 2°, BGB, sol che fosse riscontrabile la situazione di evidenza di cui al § 323, comma 4°, BGB.

5. RIEPILOGO.

Cercando di riassumere brevemente il quadro normativo sopra analizzato, si possono a questo punto svolgere le seguenti osservazioni.

Quello dell'inadempimento anticipato è un problema che occupa da tempo gli interpreti tedeschi.

Nel sistema precedente alla riforma del 2002 l'esatto inquadramento dell'istituto appariva tutt'altro che agevole a fronte di una disciplina della responsabilità contrattuale che contemplava, quali uniche forme di violazione del rapporto obbligatorio, l'impossibilità della prestazione e la mora del debitore.

Diversi sono stati, in tale contesto, gli sforzi interpretativi compiuti per stabilire quale fosse la corretta collocazione sistematica da dare alle forme di violazione non espressamente contemplate e, fra queste, anche e soprattutto a quella dell'inadempimento anticipato. Frequente, anche se non incontestata, era la riconduzione della fattispecie alla figura di elaborazione dottrinale delle violazioni positive del contratto.

Il quadro normativo è cambiato radicalmente con la riforma del 2002, in occasione della quale il legislatore tedesco ha provveduto a riscrivere la disciplina della responsabilità contrattuale contenuta nel BGB, regolando altresì esplicitamente l'istituto della violazione anticipata del contratto. Nella sua versione attuale il § 323, comma 4°, BGB prevede così la possibilità per il contraente fedele di risolvere anticipatamente il contratto ogniqualvolta sia evidente che subentreranno in futuro i presupposti per l'esercizio del rimedio del "*Rücktritt*".

Il legislatore della riforma ha altresì ampliato l'ambito di applicazione dell'eccezione di cui al § 321 BGB.

I nuovi §§ 323, comma 4° e 321 BGB trovano il proprio modello negli artt. 71 e 72 CISG (manca, invece, nel BGB una previsione analoga a quella del § 73, comma 2°, BGB). Le norme contenute nel codice civile tedesco si discostano però, sotto taluni profili, da quelle previste dalla legge uniforme.

Innanzitutto, il § 323, comma 4°, BGB non contempla un meccanismo analogo a quello descritto dal comma 2° dell'art. 72 CISG (anche se, come si è visto, la dottrina

tende ad ammettere l'operatività di un congegno simile anche in assenza di un'esplicita previsione legislativa).

Accogliendo le proposte avanzate, ma non accolte in sede di redazione della Convenzione, il legislatore tedesco ha previsto poi la possibilità per la parte *in bonis* che decida di sospendere l'esecuzione della propria prestazione di fissare all'altra un termine, decorso inutilmente il quale il contratto deve intendersi risolto. L'eccezione di insicurezza si presenta, per come disciplinata nel nuovo § 321 BGB, quale vera e propria alternativa all'immediato scioglimento del contratto, giacché consente, seppur per via mediata, di addivenire al medesimo risultato cui tende il rimedio di cui al § 323, comma 4°, BGB.

Altra differenza rispetto al testo della legge uniforme si rinviene, ancora, con riguardo alla facoltà per la parte interessata a svincolarsi dal contratto di cumulare al rimedio risolutorio esperito anteriormente alla scadenza del termine anche quello risarcitorio.

Siffatta possibilità di cumulo sussiste senz'altro nel sistema della legge uniforme, dove la richiesta di ristoro dei danni subiti può essere avanzata sol che sia dichiarata la risoluzione del contratto.

Analoga possibilità non è invece contemplata nel sistema della responsabilità contrattuale come regolato dal BGB tedesco, nel quale la facoltà di esigere anticipatamente il risarcimento del danno parrebbe limitata – stando alla lettera della legge e nonostante i tentativi ermeneutici volti estenderne l'operatività – ai soli casi in cui sia riscontrabile *medio tempore* la violazione di un dovere di protezione (cfr. § 282 BGB); violazione in cui non si esaurisce tuttavia l'ampia figura dell'inadempimento anticipato.

CAPITOLO IV

INADEMPIMENTO ANTICIPATO

NELL'ORDINAMENTO ITALIANO:

QUADRO GIURIDICO ATTUALE

1. Tutela preventiva nell'attuale quadro normativo ed assenza di una disciplina generale dell'inadempimento anticipato. - 2. Rapporti pendenti nell'ambito del diritto dedicato alla crisi dell'impresa. Dicotomia rispetto al diritto positivo comune. - 3. Configurabilità dell'inadempimento anticipato nei rapporti con termine di adempimento e sua autonomia rispetto a quello di efficacia. - 3.1 Attualità dell'obbligazione con termine di adempimento ed implicazioni rimediali. - 3.2. Esperibilità anticipata dei rimedi contro l'inadempimento: tentativi di una giustificazione sistematica. - 3.2.1. Segue: portata applicativa dell'art. 1186 cod. civ. e sua rilevanza ai fini della soluzione del problema dell'inadempimento anticipato. - 3.2.2. Segue: obiezioni all'indirizzo interpretativo favorevole a riconoscere l'immediata azionabilità dei rimedi contro l'inadempimento. - 3.2.3. Segue: rilevanza della ricostruzione dell'obbligazione quale rapporto complesso. - 3.3. Carattere residuale del rimedio risolutorio quale strumento di reazione nei casi di inadempimento anticipato. - 3.4. Strumenti di reazione predisposti contro le ipotesi di mero pericolo del futuro inadempimento. Portata delle disposizioni vigenti ed aspetti problematici. - 4. Fattispecie sottoposte a termine di efficacia. Profili rimediali ed analogie con il negozio condizionato. - 5. Riepilogo.

1. TUTELA PREVENTIVA NELL'ATTUALE QUADRO NORMATIVO ED ASSENZA DI UNA DISCIPLINA GENERALE DELL'INADEMPIMENTO ANTICIPATO.

In Italia manca, tuttora, un'esplicita disciplina dell'inadempimento *ante diem*. Manca, in particolare, nel nostro ordinamento una disposizione analoga a quella inserita nei testi di diritto uniforme, così come in alcuni codici civili e leggi nazionali, quali il BGB, volta a riconoscere alla parte contrattuale fedele la possibilità di sciogliersi anticipatamente dal vincolo nel caso in cui sia certo che vi sarà, alla scadenza, un inadempimento tale da legittimare il ricorso al rimedio risolutorio.

Ciò non significa, tuttavia, che nel sistema italiano il creditore sia del tutto sprovvisto di una tutela attivabile in via preventiva. Il legislatore del 1942 ha predisposto infatti una serie di strumenti diretti a proteggere la futura realizzazione del risultato perseguito ed esperibili nelle situazioni in cui si verifichi, prima del momento fissato per l'esecuzione della prestazione dovuta, una sopravvenienza idonea ad incidere sull'attuabilità del rapporto¹.

¹ Per una compiuta analisi della tutela preventiva del credito nell'ordinamento italiano, si veda R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Napoli, 2012, 1 ss.; ID., *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, nel *Liber amicorum per Angelo Luminoso*, I, Milano, 2013, 515 ss.

Nel novero dei rimedi attivabili in via anticipata si collocano, innanzitutto, quelli aventi carattere conservativo, il cui obiettivo è di preservare la possibilità del futuro adempimento e di scongiurare il pericolo della mancata realizzazione dell'interesse creditorio.

Fra questi va menzionato l'art. 1186 cod. civ. sulla decadenza dal beneficio del termine, attivabile nei tre casi dell'insolvenza del debitore, della diminuzione da parte sua delle garanzie date e della mancata prestazione di quelle promesse.

Trattasi, come precisato da attenta dottrina, di un rimedio avente carattere non tanto o non solo cautelare, ma anche e soprattutto satisfattivo, giacché attraverso la sua attivazione il creditore, eliminando il differimento previsto, ottiene la possibilità di dare diretta attuazione al rapporto obbligatorio².

Il fondamento del meccanismo della decadenza sarebbe da ricercare nella considerazione che, a fronte del beneficio del termine, vi è la garanzia – generica e/o specifica – del credito/debito: qualora siffatto rapporto si interrompa viene meno la giustificazione su cui riposa la dilazione. Il beneficio, in altre parole, non ha più ragion d'essere ed emerge così l'esigenza di tutelare la posizione creditoria.

Fra gli interpreti si discute sulla corretta interpretazione dei presupposti della decadenza. In particolare, ci si chiede quale sia l'esatta portata da attribuire al termine "insolvenza", impiegato nella citata disposizione.

Al riguardo, prevale comunque la tesi secondo la quale siffatta nozione assumerebbe, nello specifico ambito, un significato diverso da quello che ha quale presupposto della dichiarazione di fallimento (v. art. 5 l.fall.³)⁴.

Innanzitutto, ai fini della decadenza dal beneficio del termine, l'insolvenza rileverebbe ancorché riferita ad un debitore il quale non rivesta al contempo la qualità di imprenditore.

² R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 527, 534 s.

³ Si ricorda che, ai sensi di tale disposizione, inserita nella legge fallimentare (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, da ultimo aggiornato dal D.L. 5 gennaio 2015, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 marzo 2015, n. 20 e dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132) lo stato d'insolvenza quale presupposto del fallimento dell'imprenditore si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

⁴ Per la nozione di insolvenza nel diritto fallimentare, si v., fra tutti, L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, a cura di F. PADOVINI, Torino, 2015, 30 ss. Va segnalato, peraltro, che ai sensi del disegno di legge delega recante la "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza", elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro Giustizia con decreto 24 febbraio 2015 e successive integrazioni, approvato l'11 febbraio 2016, l'espressione "insolvenza" o altre ad essa equivalente (quale ad esempio, quella di "liquidazione giudiziale") sono destinate a sostituire il termine "fallimento" ed i suoi derivati (v. art. 2, lett. a).

Inoltre, essa si presenterebbe, nell'accezione impiegata nell'art. 1186 cod. civ., come una situazione di minore gravità rispetto a quella che rileva ai fini del fallimento: per aversi decadenza dal beneficio del termine sarebbe infatti sufficiente una situazione, anche temporanea, di alterazione del patrimonio tale da mettere in pericolo o diminuire comunque, pur senza pregiudicarla totalmente, la possibilità di adempimento e di realizzazione dell'interesse creditorio⁵.

Ferma restando la possibilità di applicare l'istituto decadenziale anche in ipotesi che non giustificerebbero di per sé la dichiarazione di fallimento, discussa è poi l'estensibilità in via analogica del rimedio di cui all'art. 1186 cod. civ. anche oltre i confini dallo stesso esplicitamente tracciati, così come la sua idoneità ad assurgere a fondamento generale della tutela preventiva nelle situazioni di certezza del futuro inadempimento⁶.

Senza voler qui anticipare osservazioni che saranno svolte in seguito, occorre comunque sin d'ora notare come diversi siano gli ostacoli che si frappongono ad una soluzione favorevole al riconoscimento di una siffatta portata all'art. 1186 cod. civ.

Ed anche a voler ravvisare nella citata disposizione una norma applicabile oltre i confini della sua formulazione letterale, si deve comunque rilevare che il rimedio dalla medesima predisposto, avente carattere cautelare-satisfattivo, non coincide con quello di natura definitiva disciplinato dalle disposizioni di diritto uniforme o da altri testi normativi nazionali, i quali attribuiscono non già al creditore, ma, più nello specifico, alla parte *in bonis* di un contratto a prestazioni corrispettive il diritto di sciogliersi dal vincolo ogniqualvolta risulti con certezza che l'altro contraente non adempirà alla scadenza, a

⁵ V. R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 534, secondo la quale l'insolvenza "si traduce in una violazione della responsabilità patrimoniale, ovvero in una violazione del vincolo che grava sul patrimonio del debitore, precedente e diversa rispetto all'eventuale inadempimento che potrà seguire". Per la nozione di insolvenza di cui all'art. 1186 cod. civ., si vedano, ancora, in dottrina: A. DI MAJO, voce *Termine (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, 219, nota n. 130; M. BOCCHIOLA, *La nozione di "insolvenza" nell'art. 1186*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 205 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XVI, 1, Milano, 1974, 127 ss.; D. CARUSI, *Condizione e termini*, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, III, *Effetti*, Milano, 2006, 273, il quale definisce l'insolvenza come una situazione di dissesto che può desumersi peraltro anche dall'inadempimento di altre obbligazioni. In giurisprudenza, v. CASS., 9.6.1972, n. 1783, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce *Obbligazioni in genere*, n. 34-37, secondo la quale, in ambito civilistico, e più precisamente, ai fini della decadenza dal beneficio del termine, la nozione di insolvenza corrisponderebbe ad una generale situazione di – sia pure temporaneo – dissesto o sbilancio economico, il quale peraltro non necessariamente deve assurgere al grado di vero e proprio collasso, poiché in tale evenienza risulterebbe vano il ricorso all'adempimento. Nel senso che per aversi insolvenza sarebbe necessario riscontrare, precisamente, una situazione di sbilancio economico tale da rendere verosimile l'impossibilità del debitore di fare fronte ai propri impegni, CASS., 26.10.1959, n. 3076, in *Foro it.*, 1959, voce *Obbligazioni e contratti*, 1959, n. 249. Insufficiente, precisa la Corte, sarebbe, invece, una difficoltà temporanea di pagamento, dovuta a cause estrinseche.

⁶ Per maggiori approfondimenti, v. *infra*.

prescindere dalla causa che sta alla base dell'evidenza della futura inesecuzione della prestazione.

Un rimedio analogo a quello contemplato dall'art. 1186 cod. civ. è previsto anche dall'art. 2743 cod. civ., relativo alla diminuzione della garanzia nel caso di perimento o deterioramento della cosa data in pegno o sottoposta ad ipoteca, che attribuisce al creditore il diritto di chiedere (nel caso considerato) la prestazione di idonea garanzia su altri beni e, in difetto, l'immediato pagamento del credito.

La disposizione parrebbe quindi costituire un'ipotesi di applicazione speciale della regola di cui all'art. 1186 cod. civ. nella parte in cui prevede la decadenza dal beneficio del termine in caso di diminuzione, per fatto del debitore, delle garanzie date o per mancata prestazione di quelle promesse.

È ben vero che tra le due norme sussistono innegabili diversità, giacché, ai sensi della prima, il creditore può chiedere l'adempimento immediato, mentre la seconda attribuisce la scelta, se eseguire la prestazione o assicurare idonea garanzia su altri beni, al debitore (con la conseguenza che il creditore, di fronte alla disponibilità dell'altra parte di prestare la garanzia, non può chiedere senz'altro il pagamento)⁷. Inoltre, a differenza dell'art. 1186 cod. civ., il quale prevede una sanzione per l'inadempimento dell'obbligo del debitore di prestare le garanzie promesse o di non diminuire quelle date, l'art. 2743 cod. civ. parrebbe prevedere un mero onere per il debitore di prestare idonea garanzia su altri beni⁸.

Ma anche a prescindere dalla rilevata discrasia, si ritiene che un avvicinamento fra le due regole sia possibile⁹. Da un lato, si può infatti ragionevolmente ritenere che, anche nell'ipotesi di cui all'art. 2743 cod. civ., sorga a seguito del perimento o deterioramento della cosa data in pegno o ipoteca, un obbligo *ex lege* di prestare idonea garanzia o di integrarla ai fini della sicurezza del credito. Dall'altro lato, occorre poi notare come, pure nel caso di cui all'art. 1186 cod. civ., la decadenza possa essere concepita come una sanzione diretta a colpire la violazione di un'obbligazione sorta *ex lege* in conseguenza della diminuzione della garanzia e diretta alla sua integrazione. Sicché gli ostacoli che si

⁷ R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 536.

⁸ Il punto è, per vero, discusso in dottrina ed in giurisprudenza. Nel senso che si tratterebbe di un onere, ad esempio: V. ANDRIOLI, *Della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1955, sub art. 2743, 45. Diversamente, per l'esistenza di un vero e proprio obbligo, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., 134.

⁹ R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 536 s.

frappongono alla possibilità di ravvisare nell'art. 2743 cod. civ. un'ipotesi speciale rispetto a quella di cui all'art. 1186 cod. civ. non paiono in definitiva insuperabili¹⁰.

Concretizzazioni e/o specificazioni del principio di cui all'art. 1186 cod. civ. si possono rinvenire anche in altre norme del codice che, pur non richiamando espressamente il rimedio della decadenza, presentano punti in comune con la previsione dell'art. 1186 cod. civ.

A tal proposito va menzionata, ad esempio, la disposizione dell'art. 1943 cod. civ.¹¹ il quale – com'è noto – stabilisce, a fronte dell'insolvenza del fideiussore, l'obbligo di prestare altra garanzia personale. La previsione dell'art. 1943 cod. civ. parrebbe coincidere con quella del già menzionato art. 2743 cod. civ. che, come si è avuto modo di vedere, pone a carico del creditore l'obbligo di prestare idonea garanzia su altri beni nell'ipotesi in cui venga meno o si riduca quella precedentemente data. Stante l'identità degli istituti regolati, potrebbe allora ritenersi estendibile, pure all'ipotesi contemplata dall'art. 1943 cod. civ., la sanzione della decadenza dal beneficio del termine, la quale, pur nel silenzio della legge sul punto, verrebbe a costituire la conseguenza della mancata integrazione della garanzia¹².

Altra regola che assume rilevanza nell'ambito della c.d. tutela preventiva del credito, ma che – a differenza di quelle sopra citate – non contempla (neppure implicitamente) la possibilità per il creditore di pretendere l'immediata soddisfazione del proprio diritto, è poi quella di cui all'art. 1461 cod. civ.¹³, dettata nell'ambito della disciplina dei contratti a prestazioni corrispettive. La disposizione citata prevede, segnatamente, la possibilità per ciascun contraente di “sospendere l'esecuzione della prestazione dallo stesso dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia”. La situazione che legittima l'esperibilità del rimedio dilatorio,

¹⁰ R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 536 s.

¹¹ In tal senso, v. R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 538.

¹² Così R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 538.

¹³ Su tale disposizione e, più in generale, sulle eccezioni dilatorie, si vedano, tra le opere più recenti: F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi*, 2, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, V, 2, 413 ss.; ID., *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali*, Milano, 2013, *passim*; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2011, *passim*; B. CARBONI, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corrispettività delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 827 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 167 ss. in www.juscivile.it, 2014, 18 ss.; F. PADOVINI, *L'eccezione di pericolo di inadempimento (Unsicherheitseinrede)*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Atti del Convegno svoltosi a Ferrara il 7.-8.3.2003, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, 268 ss.; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2004, 674 ss., spec. 682 s.

si può sin da subito precisare, non si identifica con l'insolvenza di cui all'art. 1186 cod. civ., ma consiste – secondo l'opinione comune – in uno stato di squilibrio economico meno grave di quello che costituisce il presupposto della decadenza¹⁴.

La disposizione dell'art. 1461 cod. civ., che trova peraltro ulteriore specificazione in talune norme, contenute nell'ambito di discipline settoriali sia codicistiche (cfr. artt. 1481 s., 1822, 1844, 1850, 1926, 1956, 1959, comma 1°, cod. civ.¹⁵) che extracodicistiche (in particolare nell'ambito del diritto fallimentare e della crisi d'impresa: v., ad esempio, art. 72 l. fall.¹⁶), presenta un'ambito applicativo ben più limitato rispetto a quello delle analoghe disposizioni contenute nei testi di diritto uniforme, così come in alcuni codici civili e leggi nazionali, che, come si è visto, prevedono la possibilità per la parte *in bonis* di sollevare l'eccezione dilatoria non solo nei casi di un sopravvenuto mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, ma, più in generale, quando sia riscontrabile un pericolo di inadempimento dovuto all'incapacità del debitore di fare fronte agli impegni assunti o, addirittura, scaturente da ragioni diverse da quelle connesse alla sua attitudine ad adempiere¹⁷.

Diversi sono stati ad oggi i tentativi compiuti dagli interpreti di ampliare l'ambito applicativo della succitata disposizione; anche se – va precisato – dubbi continuano a sussistere, alla luce dell'attuale formulazione letterale della previsione legislativa, in ordine alla possibilità di dare una lettura ampia del presupposto dalla medesima

¹⁴ V., fra tutti, F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 72 ss.

¹⁵ R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 542 ss.; F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 134, il quale ravvisa nell'art. 71 CISG uno spunto per allargare la portata dell'art. 1461 cod. civ., anche in considerazione del collegamento che esisterebbe fra gli artt. 1460, 1461, 1481 e 1482 cod. civ. Cfr. A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., sub art. 1461, 93 s., testo e nota n. 8 e 9, secondo il quale i rimedi di cui agli artt. 1959, 1956, 1822, 1844, 1850 e 1626 cod. civ. parrebbero solo “in prima battuta riconducibili” all'eccezione sospensiva di cui all'art. 1461 cod. civ., distaccandosene tuttavia “quanto a presupposti od effetti”. Per quanto riguarda la diversità di effetto, liberatorio e al contempo sanzionatorio, dello strumento di cui all'art. 1956 cod. civ., v. in particolare nota n. 8. Carattere estintivo-interruttivo avrebbero invero anche i rimedi *ex* artt. 1959 e 1626 cod. civ. Diversità sul piano rimediabile sussisterebbero, inoltre, fra l'art. 1461 e l'art. 1844 cod. civ., relativo all'apertura del credito e all'anticipazione bancaria, ai sensi del quale la sopravvenuta insufficienza o diminuzione della garanzia prestata dal debitore può giustificare la riduzione del credito (o una vendita dei titoli o delle merci dati in pegno, come precisa l'art. 1850 cod. civ.). Quanto, poi, all'art. 1822 cod. civ., esso disciplinerebbe un mezzo di tutela che si discosterebbe da quello *ex* art. 1461 cod. civ., oltretutto sul piano degli effetti, estintivi e non meramente sospensivi, anche sotto il profilo dei presupposti: in particolare, la disposizione dettata in materia di promessa di mutuo richiederebbe, ai fini della propria applicabilità, un presupposto meno drammatico rispetto a quello dell'eccezione dilatoria *ex* art. 1461 cod. civ., potendo il promittente rifiutare l'adempimento anche qualora non sussista un vero e proprio pericolo, ma solo una notevole difficoltà di restituire il denaro o le cose oggetto del mutuo da stipulare (cfr. nota n. 9). Differenze sussisterebbero, ancora, sia sotto il profilo dei presupposti che sotto quello degli effetti, tra gli artt. 1461 e 1626 cod. civ., dettato in materia di affitto, ai sensi del quale il contratto si scioglie, sempreché non venga offerta idonea garanzia, sia per insolvenza che per interdizione o inabilitazione dell'affittuario.

¹⁶ V. *infra*.

¹⁷ V. *supra*.

contemplato, al fine di consentire un'applicazione del rimedio anche ove il pericolo del futuro inadempimento derivi da circostanze diverse da quella espressamente menzionata¹⁸.

Accanto ai rimedi di tipo conservativo-cautelare, categoria questa cui appartengono altresì i c.d. mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale¹⁹ (*i.e.* le azioni surrogatoria e revocatoria, nonché il sequestro conservativo, di cui agli artt. 2900 ss. cod. civ.), i quali consentono al creditore, prima ancora che si verifichi l'inadempimento, di reagire ai comportamenti lesivi del debitore che si prestino a pregiudicare l'astratta possibilità della futura escussione dei beni facenti parte del suo patrimonio²⁰, la legge accorda, inoltre, strumenti di autotutela preventiva a carattere estintivo-interruttivo.

Ad esempio, talune disposizioni dettate nell'ambito della disciplina specifica dei singoli contratti riconnettono all'insolvenza di una delle parti lo scioglimento (anticipato) del vincolo contrattuale.

È quanto previsto, ad esempio, dall'art. 1626 cod. civ., in materia di affitto, ai sensi del quale il contratto si scioglie, oltretutto per l'interdizione o l'inabilitazione, anche per l'insolvenza dell'affittuario, il quale può evitare la fine del vincolo solo prestando idonea garanzia dell'esatto adempimento. Emerge così, ancora una volta, la rilevanza della situazione di insolvenza che consente di accomunare, quanto a presupposti (e nonostante la diversità dei rimedi), la regola in esame a quella di cui all'art. 1186 cod. civ. Analogo parrebbe essere anche lo scopo perseguito dalle due disposizioni: al pari della regola contenuta nell'art. 1186 cod. civ., quella di cui all'art. 1626 cod. civ. mira infatti ad evitare le conseguenze pregiudizievoli le quali possono (astrattamente) derivare dalla diminuzione della garanzia patrimoniale del debitore ed assolve quindi, seppur attraverso la predisposizione di un diverso rimedio, avente carattere interruttivo del rapporto, ad una

¹⁸ V. *infra*. Per l'ulteriore problema, estraneo all'oggetto della presente indagine, circa la possibilità per il monopolista legale di sollevare l'eccezione di cui all'art. 1461 cod. civ., si rinvia a F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 203 ss.

¹⁹ In generale, sui mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, R. NICOLÒ, *Surrogatoria-Revocatoria*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1957, 1 ss.

²⁰ R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 524 ss., la quale sottolinea che sussisterebbe in sostanza un "vincolo di destinazione", seppur in senso atecnico, del patrimonio debitorio al soddisfacimento dell'interesse creditorio.

finalità di tutela preventiva, coincidente con la volontà di evitare che il concedente non consegua il corrispettivo dovutogli dal conduttore insolvente²¹.

Una disposizione analoga all'art. 1626 cod. civ. è dettata anche in materia di contratto di conto corrente, dove l'art. 1833, comma 2°, cod. civ. attribuisce a ciascuno dei contraenti e ai suoi eredi la possibilità di recedere dal contratto, fra l'altro, ove la controparte sia divenuta insolvente.

L'insolvenza assume rilevanza, ancora, ai fini del riscatto della rendita, disciplinato all'art. 1868 cod. civ.; disposizione, quest'ultima, che presenta, a sua volta, nonostante la non perfetta coincidenza del rimedio predisposto, analogie con quella generale di cui all'art. 1186 cod. civ. Più precisamente, il riscatto parrebbe realizzare, da un lato, una tutela preventiva satisfattiva assimilabile a quella di cui alla citata disposizione. Dall'altro lato, essendo relativo ad un rapporto di durata, esso presenterebbe però, per quanto riguarda le obbligazioni future, somiglianze con lo strumento di carattere estintivo-interruttivo di cui all'art. 1626 cod. civ.²².

La facoltà di estinguere anticipatamente il vincolo può, in taluni casi, anche prescindere da una situazione di insolvenza.

È quanto accade, ad esempio, nei contratti di assicurazione, dove l'art. 1898 cod. civ., dopo aver previsto l'obbligo per il contraente “di dare immediato avviso all'assicuratore dei mutamenti che aggravano” in maniera rilevante il rischio (più precisamente “in modo tale che, se il nuovo stato di cose fosse esistito e fosse stato conosciuto dall'assicuratore al momento della conclusione del contratto, l'assicuratore non avrebbe consentito l'assicurazione o l'avrebbe consentita per un premio più elevato”), aggiunge appunto che “l'assicuratore può recedere dal contratto, dandone comunicazione per iscritto all'assicurato entro un mese dal giorno in cui ha ricevuto l'avviso o ha avuto in altro modo conoscenza dell'aggravamento del rischio”.

L'insolvenza non è richiesta neppure quale presupposto per lo scioglimento (anticipato) del contratto di somministrazione, il quale poggia piuttosto, come emerge dall'art. 1564 cod. civ., sull'inadempimento – peraltro attuale – di una singola prestazione²³; inadempimento che consente una risoluzione *pro futuro* solo qualora sia di

²¹ R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 538. Per le differenze fra le due disposizioni dell'art. 1461 e 1626, v. A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., sub art. 1461, 93 s., testo e nota n. 9.

²² R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 539.

²³ Sul punto, v. F. PADOVINI, *Inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, in *Crisi finanziari e categorie civilistiche*, a cura di G. ALPA e E. NAVARRETTA, Milano, 2015, 95 ss.

notevole importanza e sia altresì tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti (cfr. art. 73, comma 2°, CISG).

Lo scioglimento anticipato quale rimedio a tutela della parte contro il rischio di vedersi costretta ad insistere in un rapporto per cui è chiaro che non potrà più essere eseguito conformemente a quanto programmato dai contraenti è contemplato, infine, nell'ambito dei contratti d'appalto e di opera, dove gli artt. 1662 e 2224 cod. civ., attraverso un particolare meccanismo, consistente nella concessione di un termine di grazia, il quale assume una funzione *lato sensu* cautelare dell'interesse del contraente *in bonis*, consentono al committente di addivenire allo scioglimento del contratto malgrado l'esecuzione della prestazione (consistente nel soddisfacimento dell'interesse creditorio) non sia ancora dovuta e sol che decorra inutilmente il termine fissato alla controparte infedele²⁴.

Lungi, tuttavia, dal predisporre un rimedio di portata generale, le disposizioni suddette si limitano a dettare una regola il cui campo di applicazione è limitato, come dimostra la loro stessa collocazione, ai contratti d'opera e di appalto, e la cui estensione ai negozi che, al pari di quelli espressamente considerati, si caratterizzano per la necessità dello svolgimento di un'attività preparatoria, è discussa in dottrina.

Ma anche a prescindere dalla risposta che si ritiene di poter dare al quesito relativo all'applicabilità dello strumento di tutela al di fuori degli stretti confini tracciati dalla formulazione letterale dei due articoli, essi non sembrano comunque idonei, così come le altre disposizioni sopra citate, ad elevarsi a fondamento generale della risoluzione del vincolo ed a colmare in tal modo la (apparente) lacuna rappresentata dalla mancata espressa previsione di una disposizione adatta a risolvere in maniera generalizzata il problema della tutela sinallagmatica anticipata, autorizzando espressamente la parte fedele a dichiarare risolto il contratto allorché la situazione esistente prima della scadenza sia – anche a prescindere da una violazione attuale posta in essere *medio tempore* – tale da far ritenere con sicurezza (o perlomeno con un elevato grado di probabilità) che la

²⁴ In generale, sull'art. 1662 cod. civ., si vedano, ad esempio: D. RUBINO e G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1992, 280 ss.; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, vol. XXIV, t. 2, Milano, 1977, 163 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *La risoluzione di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano, 2002, *passim*; A. VENTURELLI, *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinallagmatica «anticipata»*, in *Contr. Impr.*, 2015, 461 ss.; ID., *Tutela dilatoria «anticipata» e contratto di appalto*, in *Obbl. contr.*, 2012, 42 ss. Per un commento all'art. 2224 cod. civ., v. ad esempio: G. e D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1995, 107 ss.

prestazione dovuta non verrà eseguita²⁵. Tale lacuna non parrebbe peraltro colmabile semplicemente mediante un'applicazione ampia dell'art. 1453 cod. civ. il quale, nell'attribuire alla parte contrattuale fedele il diritto di risolvere il contratto qualora si verifichi un inadempimento dell'altro contraente, avrebbe appunto riguardo alla sola violazione riscontrabile al momento in cui la prestazione risulti dovuta ed il creditore la possa pertanto esigere²⁶.

2. RAPPORTI PENDENTI NELL'AMBITO DEL DIRITTO DEDICATO ALLA CRISI DELL'IMPRESA. DICOTOMIA RISPETTO AL DIRITTO POSITIVO COMUNE.

In assenza di una disposizione che regoli in via generale il problema dell'inadempimento anticipato e che riconosca nel ricorso alla risoluzione del contratto il mezzo naturale di reazione allo stesso, si pone quindi il problema di capire se, pur in assenza di una base giuridica espressa, sia dato comunque discorrere di un siffatto inadempimento e, in caso di risposta positiva, quali siano i rimedi contro lo stesso esperibili.

Nel presente capitolo si cercherà di ricostruire le varie tesi interpretative sviluppate dalla dottrina e dalla giurisprudenza per risolvere l'annoso problema.

Si analizzeranno, inoltre, le principali disposizioni che costituiscono nel nostro ordinamento la disciplina della c.d. tutela preventiva del credito: non solo al fine di capire quale sia l'apparato rimediale esplicitamente predisposto a favore del creditore di fronte al rischio della futura inesecuzione della prestazione, ma anche e soprattutto per stabilire se gli indici normativi esistenti possano essere considerati come punti a partire dai quali ricostruire un principio di più ampia portata, in virtù del quale chi tema un futuro inadempimento o sia addirittura certo circa il suo verificarsi (a prescindere dalla causa che ingeneri siffatta certezza) possa reagire, col mezzo più adeguato in base alle circostanze, al fine di preservare l'integrità del proprio interesse creditorio; e ciò

²⁵ Manca, precisamente, una disposizione idonea a trovare applicazione anche a quelle ipotesi in cui, a prescindere da una violazione attuale, vi sia tuttavia certezza del futuro inadempimento, la quale dipenda, ad esempio, "da condotte di terzi che, seppur astrattamente fungibili, risultino in concreto essenziali per il corretto adempimento del debitore". Così F. PADOVINI, *L'inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 95 ss. Cfr. §§ 323, comma 4°, BGB.

²⁶ Né varrebbe invocare l'art. 1218 cod. civ.: anche la disposizione sulla responsabilità del debitore per inadempimento parrebbe, infatti, riferirsi unicamente alla violazione successiva alla sopravvenuta esigibilità della prestazione. Ma v. G. MURARO, *L'inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 250, secondo il quale la sola formulazione letterale dell'art. 1218 cod. civ. non escluderebbe di per sé "la comprensione in essa dell'inadempimento prima del termine".

nonostante non sia ancora scaduto il termine previsto per l'esecuzione della prestazione dovutagli.

Si cercherà di capire, in definitiva, se sia ricostruibile, anche nell'ambito del c.d. "diritto comune", un sistema di tutela analogo a quello che affermatosi all'interno del c.d. "diritto della crisi d'impresa", il quale, nel delineare le regole volte a governare la sorte del rapporto contrattuale nei casi di insolvenza, tende a combinare, declinandole in maniera articolata – e, per vero, non sempre coincidente – le tre opzioni alternative della continuità, della sospensione e dello scioglimento del rapporto²⁷.

La combinazione delle diverse opzioni si rinviene, innanzitutto, nell'art. 72 l.fall.²⁸ che, nel disciplinare gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti, prevede, quale primo effetto dell'apertura della procedura concorsuale (e salvo che la legge disponga diversamente), la sospensione dell'esecuzione del contratto ineseguito o in corso di esecuzione²⁹. La sospensione, la quale trova il proprio fondamento all'interno del sistema

²⁷ Sul punto, si veda F. PADOVINI, *L'inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 95 s.; E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in *Riv. dir. priv.* (da cui le successive citazioni), cit., 180 ss.

²⁸ Si riporta, di seguito, il testo della citata disposizione: "1. Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto. 2. Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto. 3. La disposizione di cui al primo comma si applica anche al contratto preliminare salvo quanto previsto nell'articolo 72-bis. 4. In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno. 5. L'azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento nei confronti della parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda; se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al Capo V. 6. Sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento. 7. In caso di scioglimento del contratto preliminare di vendita immobiliare trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all'articolo 2775-bis del codice civile a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento. 8. Le disposizioni di cui al primo comma non si applicano al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado." Per un commento a tale disposizione, si veda, fra tutti: L. GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti preesistenti*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *La legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1979, 149 ss.; ID., *Diritto fallimentare*, a cura di F. PADOVINI, cit., 111 ss. Sulla sospensione nel diritto fallimentare, v. anche E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, cit., 180 ss.

²⁹ Sul carattere generale di tale regola, applicabile peraltro, in virtù della previsione di cui all'art. 56, d.lgs. del 6.9.2011, n. 159, come modificato dalla l. 24.12.2012, n. 228 (c.d. legge di stabilità), anche ai rapporti contrattuali pendenti disciplinati dal codice delle leggi antimafia in tema di misure di prevenzione patrimoniale, così come per le ragioni del suo inserimento nel sistema, v. E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, cit., 183 s.

di diritto comune dei contratti (e precisamente nel principio di “tutela della funzionalità del sinallagma”, di cui sono espressione gli artt. 1461 e 1460 cod. civ.³⁰), è destinata a perdurare sino a quando il curatore, con l’autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo della parte fallita ovvero di sciogliersi dal vincolo.

La medesima disposizione prevede, altresì, la possibilità di superare la situazione di stallo che consegue alla sospensione, mettendo in mora il curatore; precisamente facendogli assegnare dal giudice delegato un termine (non superiore a sessanta giorni) affinché scelga tra subentro e scioglimento, decorso inutilmente il quale il contratto si intende risolto. Trattasi, come attenta dottrina ha rilevato, di un meccanismo che assolve ad una “funzione dissolutoria” del contratto, in difetto di adempimento, il quale presenta notevoli somiglianze con quello della diffida di adempiere civilistica di cui all’art. 1454 cod. civ. e che sostituisce appunto la disposizione codicistica, inapplicabile nell’ambito del fallimento: a seguito dell’apertura della procedura concorsuale, la diffida non potrebbe essere infatti rivolta né al fallito, in quanto non legittimato ad adempiere (v. art. 44, comma 1°, l.fall.³¹), né al curatore, il quale – com’è noto – non è obbligato, ma ha la sola facoltà di impegnarsi e di adempiere per conseguire la controprestazione se ciò sia funzionale alla realizzazione degli interessi del fallimento³².

Una regola solo parzialmente diversa da quella di cui all’art. 72 l. fall. è dettata poi dall’art. 169-*bis* l.fall.³³, introdotto dall’art. 33, comma 1°, lett. d), d.l. 22 giugno 2012, n.

³⁰ Così E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell’esecuzione*, cit., 186.

³¹ Ai sensi di tale disposizione, infatti, “tutti gli atti compiuti dal fallito e i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori.”

³² Si veda, in tal senso, L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, a cura di F. PADOVINI, cit., 125. Così anche E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell’esecuzione*, cit., 181 s.

³³ Si riporta, di seguito, il testo vigente della citata disposizione: “Il debitore con il ricorso di cui all’articolo 161 o successivamente può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato con decreto motivato sentito l’altro contraente, assunte, ove occorra, sommarie informazioni, lo autorizzi a sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. Lo scioglimento o la sospensione del contratto hanno effetto dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo all’altro contraente.

In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato, ferma restando la prededuzione del credito conseguente ad eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda ai sensi dell’articolo 161”. 2. “Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta”. 3. “Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato nonché ai contratti di cui agli articoli 72, ottavo comma, 72-*ter* e 80, primo comma”. 3. “In caso di scioglimento del contratto di locazione finanziaria, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare al debitore l’eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale. La somma versata al debitore a norma del periodo precedente è acquisita alla procedura. Il concedente ha diritto di far valere verso il

83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, e recentemente modificato con il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, conv. in l. 6 agosto 2015, n. 132, intervento in occasione del quale si è tentato, fra l'altro, di superare le incertezze interpretative cui aveva dato adito la formulazione originaria della disposizione normativa³⁴.

L'introduzione dell'art. 169-bis l.fall. è avvenuta al fine di colmare una lacuna di previsione che aveva portato gli interpreti ad applicare nell'ambito del concordato preventivo una regola diversa da quella dettata in materia fallimentare. In particolare, in mancanza di un qualsiasi richiamo alle norme degli artt. 72 ss. l.fall., si riteneva comunemente che i contratti in corso fossero destinati inevitabilmente a proseguire anche a seguito della presentazione della domanda di ammissione alla procedura concorsuale alternativa.

Siffatta soluzione non era, tuttavia, rispondente né all'interesse dei creditori né alle esigenze di attuazione del piano concordatario, il quale potrebbe essere anche "di mera liquidazione, con conseguente esigenza di non proseguire i rapporti contrattuali funzionali all'esercizio dell'impresa o di continuità, con conseguente necessità di contenere le conseguenze di contratti eccessivamente onerosi"³⁵.

Proprio al fine di venire incontro ai suddetti interessi ed esigenze, si è deciso, quindi, di intervenire e dettare un'apposita disciplina applicabile ai contratti pendenti anche nell'ambito del concordato preventivo. Con il d.l. n. 83/2012, convertito in l. 134/2012 è stata così introdotta nella legge fallimentare un'apposita disposizione, la quale prevede la possibilità, previa autorizzazione del tribunale, di sospendere la prosecuzione dei rapporti in corso o di scioglierli. A differenza dell'art. 72 l.fall., l'art. 169-bis l.fall.

debitore un credito determinato nella differenza tra il credito vantato alla data del deposito della domanda e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato".

³⁴ Per un primo commento all'intervento del 2015, si veda: G. FERRI JR., *Spigolature intorno al decreto legge n. 83 del 2015*, in *Giustiziacivile.com*, articolo del 15.7.2015; R. AMATORE, *Offerte e proposte concorrenti nel concordato preventivo: le novità introdotte dalla "mini" riforma del diritto fallimentare*, *ivi*, articolo del 8.7.2015; D. VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, *ivi*, articolo del 6.7.2015; S. BARATI, *I contratti in corso di esecuzione nel c.d. "concordato in bianco"*, *ivi*, articolo del 3.7.2015; G. IVONE, *Sulle modifiche alla disciplina del curatore fallimentare*, *ivi*, articolo del 1°7.2015; F. DI MARZIO, *Un decreto legge in riforma del "diritto fallimentare"*, *ivi*, articolo del 26.6.2015; F. LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Concordato preventivo - Finanziamenti e contratti pendenti*, in *www.ilfallimentarista.it*, articolo del 29.6.2015; M. ARLENGHI, *Contratti in corso di esecuzione e contratti pendenti, ovvero prestazione interamente eseguita o da compiere, nozione rilevante ai fini dello scioglimento*, *ivi*, articolo del 17.7.2015; E. STAUNOVO POLACCO, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: i contratti pendenti nel concordato preventivo*, *ivi*, articolo del 24.7.2015. Per la disciplina precedente a quella risultante dalla recente modifica, si veda: E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, cit., 180 s., testo e nota n. 43.

³⁵ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, a cura di F. PADOVINI, cit., 336.

esclude comunque l'automaticità della sospensione, la quale, anche a seguito delle recenti modifiche, non segue direttamente alla presentazione della domanda di concordato; anche se, va aggiunto, essa è comunque possibile, al pari dello scioglimento, sol che intervenga un'apposita autorizzazione giudiziale³⁶.

Una norma simile a quelle degli artt. 72 e 169-bis l.fall., ancorché non del tutto coincidente con le stesse, è stata dettata dal legislatore anche in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, dove, in ragione della *ratio* conservativa che caratterizza tale procedura³⁷, è stata prevista, quale regola generale, non già la sospensione dell'esecuzione del contratto, com'è nel caso del fallimento, ma, similmente a quanto avviene nel concordato preventivo, l'automatica prosecuzione dei rapporti in corso (v. l'art. 50 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270³⁸)³⁹. È salva, comunque, anche in tal caso, la facoltà per il commissario straordinario di sciogliere i contratti che alla data dell'apertura della procedura risultino ancora ineseguiti ovvero non interamente eseguiti da entrambe le parti⁴⁰. Il contraente *in bonis* ha, poi, anche qui, la possibilità di mettere in mora il commissario. Ciò può avvenire, comunque, solo dopo che sia stato approvato il programma di cessione dei complessi aziendali o quello di ristrutturazione.

³⁶ Sul punto, v., di recente, il già citato disegno di legge delega recante la “*Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza*”, elaborato dalla Commissione ministeriale istituite dal Ministro Giustizia con decreto 24 febbraio 2015 e successive integrazioni, approvato l’11 febbraio 2016, che, proprio con riguardo alla procedura di concordato preventivo prevede un’integrazione della disciplina relativa ai rapporti pendenti (v. art. 6, comma 1°, lett. h). Cfr., nello stesso senso, art. 7, comma 5°, con riguardo alla procedura di liquidazione giudiziale, nonché l’art. 15, comma 1°, lett. j), relativamente all’amministrazione straordinaria.

³⁷ Cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell’esecuzione*, cit., 182 s.

³⁸ Si riporta, ancora una volta, il testo della citata disposizione: “Salvo quanto previsto dal comma 4, il commissario straordinario può sciogliersi dai contratti, anche ad esecuzione continuata o periodica, ancora ineseguiti o non interamente eseguiti da entrambe le parti alla data di apertura dell’amministrazione straordinaria”. 2. “Fino a quando la facoltà di scioglimento non è esercitata, il contratto continua ad avere esecuzione”. 3. “Dopo che è stata autorizzata l’esecuzione del programma, l’altro contraente può intimare per iscritto al commissario straordinario di far conoscere le proprie determinazioni nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell’intimazione, decorso il quale il contratto si intende sciolto”. 3. “Le disposizioni del presente articolo non si applicano: a) ai contratti di lavoro subordinato, in rapporto ai quali restano ferme le disposizioni vigenti; b) se sottoposto ad amministrazione straordinaria è il locatore, ai contratti di locazione di immobili, nei quali il commissario straordinario subentra, salvo patto contrario.”

³⁹ La diversità di disciplina trova il suo fondamento nella differente finalità della procedura, tendente, nell’amministrazione straordinaria, “alla salvezza e al recupero dell’economicità aziendale, e quindi al risanamento dell’impresa e al suo possibile riposizionamento sul mercato”. Diversamente, la procedura fallimentare mira “alla liquidazione del patrimonio in funzione della distribuzione del ricavato dell’attivo ai creditori del concorso” ed ha, quindi, una “funzione prevalentemente dissolutiva, nonostante la previsione di una disciplina che tende ad agevolare nei limiti del possibile cessioni in blocco o di aggregati del patrimonio”. Così E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell’esecuzione*, cit., 182 s.

⁴⁰ V. art. 15, comma 1°, lett. j) del disegno di legge delega recante la “*Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza*”, cit., il quale prevede la necessità di disciplinare le modalità con le quali il tribunale, su ricorso del commissario straordinario, sentito il comitato di sorveglianza, può autorizzare, fra l’altro, la sospensione o lo scioglimento dei rapporti pendenti.

Orbene, pur nella parziale diversità delle disposizioni che regolano la sorte dei rapporti pendenti, ciò che preme in questa sede rilevare è che il “diritto della crisi d’impresa”, nel combinare tra di loro le diverse opzioni della continuazione, della sospensione e dello scioglimento, dimostra una particolare sensibilità per il problema della c.d. “gestione dell’inadempimento” e del contemperamento degli opposti interessi che possono caratterizzare la situazione conseguente all’apertura della procedura concorsuale⁴¹.

Si tratta, quindi, di capire, mediante l’analisi del sistema positivo “comune”, se un’analoga sensibilità possa ricavarsi, seppur solo in via interpretativa, anche dall’insieme delle norme codicistiche; o se, esclusa tale possibilità, per superare la “dicotomia” esistente tra i due diversi ambiti – del “diritto positivo comune” e di quello c.d. “della crisi dell’impresa” –, e trovare un punto di equilibrio tra di essi, occorra di contro un apposito intervento legislativo⁴²; intervento idoneo altresì ad avvicinare il sistema italiano al modello offerto dal diritto sovranazionale, dove pure è riscontrabile da tempo una tendenza a predisporre strumenti di diversa intensità, pensati al fine di governare la sorte del rapporto contrattuale ed a comporre i diversi interessi in gioco, nelle ipotesi in cui la futura attuazione del contratto risulti essere in varia misura compromessa nonostante non sia ancora attuale il tempo dell’adempimento⁴³.

3. CONFIGURABILITÀ DELL’INADEMPIMENTO ANTICIPATO NEI RAPPORTI CON TERMINE DI ADEMPIMENTO E SUA AUTONOMIA RISPETTO A QUELLO DI EFFICACIA.

Pare opportuno avviare l’indagine – diretta a verificare se sia ricavabile dal quadro normativo esistente una disciplina adeguata e sufficiente del fenomeno dell’inadempimento anticipato – dall’individuazione delle particolari caratteristiche della fase del rapporto successiva al perfezionarsi della sua fonte, ma precedente al momento previsto per la realizzazione dell’interesse creditorio: come precisato, di un’inattuazione anticipata si può infatti astrattamente discorrere solo quando la realizzazione di tale interesse venga rinviata nel tempo, con conseguente inesigibilità della prestazione fino al sopraggiungere del momento fissato per l’attuazione del rapporto.

⁴¹ F. PADOVINI, *L’inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 95 s.

⁴² Sul punto, si veda, ancora una volta, F. PADOVINI, *L’inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 95 ss.

⁴³ F. PADOVINI, *L’inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 95 ss.; F.P. PATTI, *Risoluzione per inadempimento anteriore alla scadenza del termine*, in *Giustiziacivile.com*, articolo del 10 giugno 2014, 1 ss.

La via più naturale attraverso la quale siffatto differimento può avvenire è la fissazione di un termine⁴⁴, *i.e.* la previsione di un'apposita clausola che determini temporalmente l'efficacia del negozio; ovvero, in alternativa, l'esecuzione della prestazione oggetto dell'obbligazione⁴⁵.

Si distingue, per quanto qui interessa, tra due diversi tipi di termine: quello (iniziale) di efficacia o del negozio, con il quale le parti stabiliscono il momento a partire dal quale il contratto inizierà a produrre la totalità o parte dei propri effetti (finali); e quello di adempimento, destinato a regolare invece il tempo dell'esecuzione della singola o della pluralità delle prestazioni oggetto del contratto⁴⁶.

La distinzione tra i due tipi di termine, frutto di un antico dibattito cui hanno dato avvio i pandettisti tedeschi ed emergente dal codice civile germanico (cfr. §§ 163 e 271 BGB), non trova per vero eco positiva nel nostro ordinamento, dove il termine riceve un'esplicita e compiuta regolamentazione esclusivamente come modalità di adempimento (artt. 1183 ss. cod. civ.)⁴⁷.

Ciononostante, diversi sono gli interpreti che, senza negare le difficoltà connesse all'individuazione della linea di discriminazione tra i due tipi di termine, riconoscono autonomia a quello di efficacia⁴⁸, inteso non già come modalità temporale dell'esecuzione

⁴⁴ In generale, sul termine e sulle sue diverse funzioni, *v.*, ad esempio: A. DI MAJO, voce *Termine*, cit., 187 ss.; D. CARUSI, *Condizione e termini*, cit., 267 ss.; E. RUSSO, voce *Termine (diritto civile)*, I) *In generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, 1 ss.; F.M. GIULIANI, *Il concetto di termine nel diritto privato*, in *Contr. Impr.*, 2000, 1492 ss.

⁴⁵ Il medesimo effetto di differimento è conseguibile, peraltro anche mediante l'apposizione di una condizione sospensiva (per le differenze rispetto al termine, *v. infra*); ma una trasposizione degli effetti negoziali si avrebbe poi altresì nei contratti ad efficacia sospesa: il riferimento è, in particolare, alla vendita di cosa futura, spesso ricostruita come contratto sottoposto alla condizione della venuta ad esistenza della cosa; nonché nella (promessa) di vendita di cosa altrui. Per le diverse ricostruzioni di tali figure contrattuali, si veda A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2015, *passim*; nonché ID., *La vendita*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2014, *passim*.

⁴⁶ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2015, 587, 948. Distingue tra il termine dell'obbligazione ed il termine del contratto, C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1990, 211.

⁴⁷ Così D. CARUSI, *Condizione e termini*, cit., 268; A. DI MAJO, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Milano, 1972, 6 ss.; ID., voce *Termine*, cit., 189, il quale sottolinea come la distinzione tra i due tipi di termine sia, in realtà, prevalentemente dottrinale. Inaugurata dalla pandettistica, essa è stata recepita da quei codici, quali il BGB tedesco, che maggiormente sono stati influenzati dalla dottrina, ma della quale non c'è traccia né nell'ordinamento francese, dove sia il termine che la condizione vengono riferiti alle obbligazioni (cfr. art. 1168, 1185 *Code civil*), né, almeno di primo acchito, in quello italiano.

⁴⁸ A. DI MAJO, voce *Termine*, cit., 189, 193; ID., *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, cit., 6 ss. e 12; R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, cit., 62; G. MURARO, *L'inadempimento prima del termine*, cit., 266 ss., secondo il quale il diverso operare del termine come tempo dell'adempimento oppure quale elemento di efficacia del negozio dipenderebbe dagli effetti – reali od obbligatori – del negozio cui la determinazione temporale si riferisce. Non sembra inverosimile attribuire rilevanza alla citata distinzione tra termine di efficacia e di adempimento, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, XV, 2, Torino, 1960, 548. Per la scarsa utilità della distinzione, E. RUSSO, voce *Termine*, cit., 4, il quale osserva come l'obbligazione non sia altro che l'effetto

della prestazione, quanto piuttosto come vicenda relativa alla stessa fattispecie negoziale⁴⁹.

Sul punto si osserva che, pur non avendo predisposto una disciplina organica di siffatta tipologia di termine, il legislatore italiano ha dettato diverse, anche se frammentarie, norme che ad esso fanno esplicito od implicito riferimento⁵⁰.

Al termine di efficacia parrebbe alludere, ad esempio, per limitarci all'ambito contrattuale, l'art. 1347 cod. civ. che, nel sancire la validità dell'atto di privata autonomia sottoposto a condizione sospensiva o a termine, qualora la prestazione inizialmente impossibile cessi di essere tale prima dell'avveramento dell'evento dedotto in condizione o della scadenza del termine, darebbe appunto rilievo al momento del prodursi dell'efficacia negoziale.

Alla suddetta tipologia di termine sembrerebbe fare implicito riferimento, inoltre, l'art. 1465, comma 2°, cod. civ. sul passaggio del rischio nei contratti con effetti traslativi o costitutivi differiti, disposizione che, lungi dal potersi ritenere eccezionale, costituirebbe, di contro, la base normativa generale del termine di efficacia reale.

Allargando la prospettiva, riferimenti al termine di efficacia parrebbero potersi rivenire, ancora, all'interno della disciplina dettata con riguardo ai negozi diversi dal contratto. Fra questi va menzionata, ad esempio, la norma dell'art. 637 cod. civ. che, nel regolare la sorte delle clausole di collocazione cronologica apposte ad una disposizione *mortis causa* a titolo universale (prevedendo che la stessa debba considerarsi come non apposta), fa chiaro riferimento al termine – iniziale e/o finale – di efficacia della disposizione medesima.

Anche il successivo art. 640 cod. civ., il quale contempla (salvo che il testatore abbia diversamente disposto) la possibilità che l'onerato venga costretto a prestare idonea garanzia al beneficiario di un legato sottoposto a condizione sospensiva e/o a termine, parrebbe avere riguardo, ancora una volta, alla clausola temporale volta ad incidere sull'efficacia del lascito.

del negozio giuridico: non essendo possibile pensare al negozio indipendentemente dagli effetti che esso produce, il termine dell'obbligazione coinciderebbe allora, in sostanza, col termine del negozio. Sulla scarsa significatività della distinzione riguardo alla configurazione del c.d. inadempimento *ante diem*, v. V. PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, 36 s.

⁴⁹ Per la diversa incidenza dei due tipi di termine sul rapporto, v. *infra*.

⁵⁰ Sul punto, si vedano: V.M. TRIMARCHI, voce *Termine (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 95 ss.; D. CARUSI, *Condizione e termini*, cit., 268 s., 274, il quale sottolinea che “la scelta legislativa di non dedicare al termine di efficacia una disciplina organica ed una sede specifica, ma invece sparse disposizioni dall'ambito di applicazione circoscritto, si giustifica alla luce del diverso rapporto in cui tale termine può stare con gli interessi delle parti, e dei diversi problemi che può suscitare a seconda di differenti specie e tipologie di contratti e prestazioni che vi siano dedotte”.

Rileverebbe, infine, a favore del riconoscimento dell'esistenza di una categoria generale di termine di efficacia, soprattutto la previsione dell'art. 1322 cod. civ., ai sensi del quale i contraenti sono liberi, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, di definire, fra l'altro, il contenuto dei contratti dagli stessi stipulati, pattuendo apposite clausole che, ancorché diverse da quelle espressamente contemplate e regolate dalla legge⁵¹, sono idonee, purché dirette a realizzare interessi leciti, a completare "la struttura minima" del regolamento contrattuale, rappresentata dai c.d. elementi essenziali di cui all'art. 1325 cod. civ. Ebbene, fra le facoltà delle parti rientrerebbe senz'altro anche quella di disciplinare, mediante l'apposizione di un termine, iniziale e/o finale, i limiti temporali della produzione degli effetti del contratto dalle medesime concluso⁵².

Alla luce di siffatto quadro normativo, non appare quindi impossibile negare autonoma rilevanza al termine di efficacia rispetto a quello di adempimento. Anche se, una volta ammessa l'esistenza di siffatta distinzione, rimane pur sempre da stabilire, nel dettaglio, la diversa incidenza della clausola di determinazione temporale – dell'adempimento e degli effetti – sulle situazioni giuridiche soggettive delle parti nella fase di pendenza⁵³. Il fine è di capire se la condotta dalle stesse posta in essere *medio tempore* possa assumere rilevanza quale contegno antidoveroso, idoneo in quanto tale a legittimare la parte *in bonis* ad agire a tutela dei propri interessi.

3.1. ATTUALITÀ DELL'OBBLIGAZIONE CON TERMINE DI ADEMPIMENTO ED IMPLICAZIONI RIMEDIALI.

Conviene iniziare l'analisi del delicato problema di ricostruzione delle posizioni delle parti nella fase *medio tempore* con riguardo alle fattispecie con termine di adempimento: compito senz'altro più agevole ove si consideri che, pur riferendosi il legislatore al termine di efficacia in talune disposizioni sparse del codice, una compiuta

⁵¹ Cfr. artt. 1183, 1353, 793, 633, 1382, 1373, 1386 cod. civ.

⁵² V.M. TRIMARCHI, voce *Termine*, cit., 107, testo e nota n. 4, secondo il quale la disposizione rileverebbe ai fini dell'affermazione dell'esistenza, oltretutto di un termine di efficacia reale, anche di un termine di efficacia obbligatoria, cui farebbero peraltro riferimento anche gli artt. 1219, comma 2°, n. 3, cod. civ., 1896, comma 2° e 2287, comma 1°, cod. civ.

⁵³ È dubbio, invero, se si possa o no parlare di pendenza anche nei casi in cui il termine sia un termine di adempimento. Cfr. R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, cit., 85 s., la quale ritiene che di pendenza si possa parlare a ben vedere solo con riguardo alle fattispecie sottoposte a termine di efficacia o a condizione.

disciplina è dettata dallo stesso con riferimento al solo termine inteso come modalità di adempimento (artt. 1183 ss. cod. civ.⁵⁴).

In particolare, dopo aver stabilito, all'art. 1183 cod. civ., che, in assenza di una determinazione temporale relativa all'esecuzione della prestazione, il creditore è di regola libero di esigerla immediatamente, il codice detta un'apposita disciplina per l'ipotesi in cui le parti abbiano invece deciso di regolare il tempo di esecuzione della prestazione; o, in mancanza di un loro accordo, un termine, in quanto necessario in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo della sua esecuzione, sia stato stabilito dal giudice.

L'art. 1184 cod. civ. prevede, in particolare, che, se un termine sia contemplato, lo stesso debba presumersi a favore del debitore⁵⁵. La medesima disposizione fa salva, ad ogni modo, una diversa determinazione delle parti.

Come emerge dal successivo art. 1185 cod. civ., l'individuazione del beneficiario del termine non è priva di rilevanza ai fini della regolamentazione della fase anteriore alla scadenza. Se il termine è stabilito a favore del debitore o di entrambe le parti del rapporto, il creditore, salvo che si verifichi una delle ipotesi di decadenza di cui all'art. 1186 cod. civ., non può infatti esigere la prestazione prima della scadenza, ferma restando la possibilità per il debitore di eseguirla *ante diem* nei casi in cui il termine sia stabilito esclusivamente a suo favore. Diversamente, se beneficiario della modalità temporale dell'obbligazione sia il solo creditore, l'esecuzione della prestazione che ne costituisce oggetto potrà essere da lui pretesa anche prima della scadenza, mentre sarà il debitore a non poterla eseguire liberamente anteriormente allo spirare del termine (arg. *ex art.* 1185 cod. civ.).

Naturalmente, il problema relativo alla configurabilità di un inadempimento anticipato e all'individuazione di un'eventuale responsabilità preventiva si pone nelle sole ipotesi in cui il termine sia stabilito a favore del debitore (o di entrambe le parti): solo in tal caso la prestazione resta inesigibile fino alla scadenza, con la conseguenza che riesce difficile capire se al creditore debba essere riconosciuta solo una posizione di attesa fino al momento in cui, scaduto il termine, risulti altresì possibile una valutazione in termini di anti giuridicità della condotta debitoria; o se si debba, invece, ritenere che tale condotta

⁵⁴ Una particolare specie di termine di adempimento è rappresentata poi dal termine essenziale di cui all'art. 1457 cod. civ.

⁵⁵ La regola è espressione del principio del *favor debitoris* che risale alle fonti romane e che attraverso gli insegnamenti di Pothier è stata successivamente recepita nella codificazione francese, nonché, di riflesso, anche in quella italiana. Sul punto, v. A. DI MAJO, voce *Termine*, cit., 211.

possa considerarsi sin da subito illegittima, con tutte le conseguenze che ciò comporta, pur avendo il debitore la facoltà di attendere fino al momento concordato per offrire la prestazione dovuta.

Nessun ostacolo sussiste, di contro, alla possibilità per il creditore di esigere l'esecuzione della prestazione *ante diem*, ove il termine sia fissato a suo favore; sicché, se il debitore non esegue il pagamento a seguito di una sua richiesta, dovrà considerarsi senz'altro inadempiente (nonostante la scadenza non si sia ancora verificata).

Individuato così l'ambito di rilevanza del problema, va precisato che la risposta al quesito concernente l'incidenza della sopravvenuta esigibilità della prestazione ai fini della qualificazione della condotta debitoria posta in essere prima della scadenza del termine, è stata da sempre condizionata dalla soluzione di un'altra annosa questione, quella relativa alla possibilità di considerare già esistenti le obbligazioni *sub die*⁵⁶.

Sul punto si sono formati, nel tempo, diversi orientamenti interpretativi.

Secondo una prima opinione, oggi quasi del tutto superata, la previsione del termine inciderebbe sullo stesso momento genetico del credito che, se inesigibile, sarebbe in sostanza *tamquam non esset*⁵⁷.

Secondo tale impostazione ermeneutica, l'obbligazione sorgerebbe solo alla scadenza del termine col sopraggiungere dell'esigibilità della prestazione che ne costituisce oggetto, potendo prima di allora prodursi solo effetti preliminari, analoghi a quelli che caratterizzano la fase di pendenza della condizione⁵⁸.

Un indice in tal senso sarebbe costituito dall'art. 1185, comma 2°, cod. civ. che, dopo aver sancito l'irripetibilità di quanto il debitore abbia eventualmente pagato prima del termine, stabilendo così una regola diversa rispetto a quella che vige nelle fattispecie *sub condicione*, nelle quali, stante l'incertezza del verificarsi dell'evento, è sempre

⁵⁶ Per una sintesi dei termini del dibattito, si rinvia a A. DI MAJO, voce *Termine*, cit., 190, testo e note nn. 11 ss.

⁵⁷ Così B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt, 1906, rist. Aalen, 1963, § 96, 246, nota n. 5 (ID., *Diritto delle pandette*, traduzione dei Professori C. FADDA e P. E. BENZA, con note e riferimenti al diritto civile italiano, I, Torino, 1925, 327 s. ed, in particolare, nota n. 5, dove si sottolinea che "il termine sospensivo differisce anche l'esistenza del diritto concesso". Nel senso che in pendenza del termine il creditore si troverebbe in una posizione di semplice attesa: D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 118; E. SARACINI, *Il termine e le sue funzioni*, Milano, 1979, 87; G. ANDREOLI, *Appunti in tema di obbligazioni a termine e di impossibilità della prestazione*, negli *Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Milano, 1951, 10 ss. Cfr., con riguardo alle fattispecie *sub condicione*: L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975, 102 ss.; D. BARBERO, voce *Condizione (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1967, 1104.

⁵⁸ Così D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 118, dove l'A., partendo dal presupposto secondo cui l'obbligazione consiste anzitutto in un dover prestare, conclude osservando che "l'obbligazione ancora non è sorta fin quando semplicemente si *dovrà* prestare in un momento successivo". Conf. E. SARACINI, *Il termine e le sue funzioni*, cit., 87.

ammessa la ripetizione di quanto anticipatamente prestato, riconosce comunque la possibilità per il *solvens*, se ignaro della fissazione di un termine, di agire per recuperare, nei limiti della perdita subita, ciò di cui il creditore si sia arricchito per effetto del pagamento⁵⁹.

Si capisce che per la tesi in esame, la quale rinvia la nascita dell'obbligazione alla scadenza del termine, il tema dell'inadempimento *ante diem* appaia in definitiva contraddittorio ed addirittura improponibile⁶⁰: se è vero, infatti, che il rapporto viene ad esistere solo con lo spirare del termine, prima di tale momento non è dato riscontrarne alcuna alterazione immediatamente rilevante⁶¹. Stante l'inesistenza del vincolo nella fase anteriore alla scadenza, sarebbe da negare peraltro qualsiasi rilevanza, oltretutto alle turbative incidenti sulla prestazione dedotta in obbligazione, anche alla violazione dei c.d. doveri accessori⁶², da considerarsi sospesi, al pari di quello principale, sino alla scadenza.

Alla tesi che nega la sussistenza dell'obbligazione in presenza di una determinazione temporale e che pertanto ritiene di poter escludere in radice il problema dell'inadempimento *ante diem*, è stato tuttavia obiettato che essa assimila indebitamente il termine di adempimento alla condizione sospensiva, annullando in tal modo la distinzione tra lo stesso ed il termine di efficacia, il quale soltanto presenta profili di analogia con l'elemento condizionale⁶³, mentre nessuna affinità vi è fra quest'ultimo ed il termine di adempimento⁶⁴. A differenza della condizione sospensiva e del termine di efficacia che, come si vedrà, incidono sulla produzione degli effetti (finali) del negozio, differendola ad un momento successivo rispetto al perfezionarsi dello stesso⁶⁵, il termine di adempimento

⁵⁹ G. ANDREOLI, *Appunti in tema di obbligazioni a termine e di impossibilità della prestazione*, cit., 10 ss.

⁶⁰ V., in particolare, F. ROMANO, *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 607.

⁶¹ V. la nota critica a Cass., 20.7.1971, n. 2335 di L. BRUSCUGLIA, *Cessione del contratto, buona fede e condizione sospensiva*, in *Foro it.*, 1972, I, 1368. Per le obiezioni che vengono solitamente sollevate alla configurabilità di un inadempimento anticipato in pendenza di un termine iniziale o di una condizione di efficacia, v. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, 9.

⁶² Sui quali, v. *infra*.

⁶³ Per le differenze tra il termine di efficacia e la condizione sospensiva, v. I. FERRETTI, *Il termine di adempimento e la condizione di efficacia: criteri distintivi e conseguenze applicative*, in *Giur. it.*, 2012, 1799 ss.; D. CARUSI, *Condizione e termini*, cit., 265 ss.; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1958, 453 s. Sul punto, v. tuttavia più approfonditamente *infra*.

⁶⁴ R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, cit., 78.

⁶⁵ Nel senso che la sospensione dell'efficacia (finale) (in specie reale) non impedirebbe il prodursi degli effetti obbligatori, si veda, con riguardo alle c.d. vendite obbligatorie, L. MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto a non domino*, in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 446, il quale, dopo aver precisato come nel diritto italiano la vendita non sia una vendita obbligatoria in senso proprio, ma sia essenzialmente traslativa, precisa che "le vendite c.d. obbligatorie, quali ad esempio la vendita di cosa altrui o di genere, esprimono semplicemente una fattispecie in cui manca un requisito di efficacia del trasferimento, la legittimazione dell'alienante o la certezza dell'oggetto, sicché, *per intanto*, si producono i soli effetti obbligatori, mentre

riguarda infatti la sola esecuzione della prestazione dovuta, senza incidere in alcun modo sulla nascita della fattispecie che costituisce la fonte dell'obbligazione e senza sospendere la produzione degli effetti della stessa⁶⁶.

La previsione di una modalità cronologica del dovere di prestazione non impedirebbe, in altri termini, di considerare già sorta la situazione obbligatoria, nonostante l'inesigibilità della prestazione che ne costituisce oggetto⁶⁷.

A sostegno di tale opinione deporrebbe la regola dell'art. 1185, comma 2°, cod. civ. che, sancendo appunto l'irripetibilità di quanto il debitore abbia pagato prima della scadenza del termine, ancorché quest'ultimo sia stabilito a suo favore, sembrerebbe presupporre un'obbligazione già esistente e, in quanto tale, suscettibile di adempimento. Nonostante l'inesigibilità della prestazione oggetto di un'obbligazione sottoposta a termine stabilito a favore del debitore, la possibilità del beneficiario di liberarsi prima del tempo, connessa all'impossibilità di esigere quanto anticipatamente corrisposto, deporrebbe quindi nel senso dell'esistenza della stessa sin dal momento del perfezionarsi dell'atto che ne costituisce la fonte.

A nulla rileverebbe peraltro la precisazione circa la possibilità per il debitore, se ignaro dell'esistenza del termine, di ottenere, nei limiti della perdita subita, ciò di cui il creditore si sia arricchito per effetto del pagamento anticipato. La norma non consente, infatti, al debitore di ripetere, secondo le regole dell'indebito, la totalità di quanto abbia pagato anteriormente alla scadenza. Di contro, essa si limita a prevedere – a favore del *solvens* che abbia eseguito la prestazione ignorando l'esistenza della clausola temporale – un'azione di arricchimento, la quale, com'è noto, lungi dal presupporre un pagamento non dovuto, richiede ai fini del suo esperimento il conseguimento da parte dell'*accipiens*

l'efficacia reale è sospesa fino a quando sopraggiunga quel requisito. In altre parole”, precisa l'illustre maestro, “le c.d. vendite obbligatorie sono in realtà contratti con efficacia reale soggetta ad una *condicio iuris*.”

⁶⁶ Invero, non parrebbero incidere sull'esistenza dell'atto neppure il termine di efficacia e la condizione sospensiva, giacché nulla impedirebbe di considerare esistente un atto la cui efficacia (finale) risulti differita nel tempo. Diversamente opinando si finirebbe, del resto, per sovrapporre due diversi concetti – quello di inefficacia e quello di inesistenza - che, lungi dall'essere sinonimi, fanno riferimento, a ben vedere, a due fenomeni distinti: se è vero, infatti, che la situazione giuridica creditoria inesistente è altresì inefficace, non è altrettanto vero il contrario, e cioè che l'inefficacia della situazione significa anche la sua inesistenza. Così P. PERLINGIERI, *Cessione del credito ed eccezione di inesigibilità*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1967, 506; A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 134.

⁶⁷ Sul punto, cfr. P. PERLINGIERI, *Cessione del credito ed eccezione di inesigibilità*, cit., 506; L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1965, 78 s.; P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, 256 s. (testo e nota n. 8); R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, cit., 78; I. FERRETTI, *Il termine di adempimento e la condizione di efficacia: criteri distintivi e conseguenze applicative*, cit., 1799; A. DI MAJO, voce *Termine*, cit., 209, secondo il quale “l'essere debitore *hic et nunc* è perfettamente compatibile con il fatto di non essere tenuti ad adempiere *illico et immediate*”.

di un vantaggio ingiustificato. Tale è appunto quello che si produce a favore di chi ottenga, prima del termine, quanto non gli sia ancora dovuto, ma che gli sarebbe comunque spettato alla scadenza⁶⁸.

La natura dell'obbligazione *sub die* quale “*praesens obligatio*” emergerebbe poi anche dalla norma del già menzionato art. 1186 cod. civ. il quale, nel prevedere la possibilità che il debitore decada dal beneficio del termine anteriormente alla scadenza, parrebbe fondarsi sul presupposto della preesistenza del rapporto obbligatorio rispetto al verificarsi della decadenza medesima⁶⁹.

Ciò posto, dalla qualificazione dell'obbligazione sottoposta a termine quale obbligazione già esistente a prescindere dalla scadenza discenderebbe, quale corollario, che il creditore non solo sarebbe titolare, lungo tutta la fase di pendenza, di una situazione di aspettativa (in cui – come si vedrà – si esaurisce la posizione della parte nelle fattispecie ad efficacia sospesa⁷⁰), ma vanterebbe altresì un vero e proprio diritto di credito nei confronti del debitore. Egli non avrebbe, di conseguenza, la sola possibilità di reagire con i rimedi previsti dall'ordinamento a tutela dell'aspettativa, ma disporrebbe anche di ulteriori mezzi di tutela in ragione appunto dell'immediata titolarità del diritto di credito⁷¹.

3.2. ESPERIBILITÀ ANTE DIEM DEI RIMEDI CONTRO L'INADEMPIMENTO: TENTATIVI DI UNA GIUSTIFICAZIONE SISTEMATICA.

L'inesigibilità del credito non precluderebbe, innanzitutto, a colui che ne è titolare già nella fase di pendenza di proporre sin da subito domanda giudiziale di adempimento o di risoluzione, seppur condizionata all'effettivo verificarsi di un inadempimento alla scadenza: infatti, se il termine per l'adempimento dovesse essere ormai spirato al momento della decisione, il debitore, il quale non avesse dato esecuzione alla prestazione

⁶⁸ Cfr. R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, cit., 80, testo e nota n. 44.

⁶⁹ Così A. DI MAJO, voce *Termine*, cit., 190. Nel vigore del codice del 1865, l'orientamento sembrava poi trovare conferma anche nel disposto dell'art. 1172, disposizione non riprodotta nel codice del 1942, il quale prevedeva espressamente che “il termine apposto all'obbligazione differisce dalla condizione in quanto non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione”. Diversamente, tuttavia, G. ANDREOLI, *Appunti in tema di obbligazioni a termine e di impossibilità della prestazione*, cit., 10 ss. V. *supra*.

⁷⁰ V., anche per le differenze tra le ipotesi di pendenza della condizione e quelle di pendenza del termine, D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., 453 s.

⁷¹ Si avrà modo di vedere, comunque, che le differenze relative all'intensità di tutela fra le ipotesi con termine di adempimento e quelle ad efficacia sospesa tendono a scomparire ove si consideri il ruolo che oggi si tende a riconoscere alla norma dell'art. 1358 cod. civ. - dettato con riferimento alle fattispecie *sub condizione*, ma pacificamente applicabile (in quanto concretizzazione del principio di cui all'art. 1175 cod. civ. ed estensione della regola dettata dall'art. 1375 cod. civ. con riguardo alla fase esecutiva) anche a quelle sottoposte ad un termine di efficacia – il quale rende attuale appunto, già nella di pendenza, il generale dovere di buona fede, la cui violazione non può rimanere priva di conseguenze sul piano rimediabile.

a seguito della sua sopravvenuta esigibilità, dovrebbe considerarsi inadempiente, a nulla rilevando che tale ancora non fosse all'epoca in cui fu proposta la domanda⁷².

Una conferma dell'orientamento in esame emergerebbe anche dai principi generali dell'ordinamento in tema di condanne in futuro⁷³, secondo i quali il creditore ha appunto la possibilità di sollecitare giudizialmente, prima del decorso del termine, un provvedimento che condanni il debitore per il futuro, *i.e.* per la data della futura scadenza. Ne deriverebbe allora che, anche se al momento della decisione il termine non fosse ancora scaduto, il creditore avrebbe in ogni caso diritto di ottenere una sentenza di condanna condizionata, diretta ad accertare l'esistenza (attuale) dell'obbligo, condizionando lo stesso al verificarsi di una circostanza ulteriore⁷⁴.

Ammessa così l'esperibilità di un'anticipata azione di adempimento e/o di risoluzione anche nei casi di inesigibilità attuale del credito, e ferma restando la possibilità di ottenere una sentenza di accertamento dell'obbligo il cui adempimento sarà dovuto al solo momento della scadenza, dubbia rimane la possibilità di attribuire autonoma rilevanza alla situazione di certezza del futuro inadempimento che si manifesti, per causa imputabile al debitore, precedentemente allo spirare del termine. Ci si chiede, in particolare, se il creditore possa, in tal caso, esperire ed ottenere anche i mezzi volti all'immediato soddisfacimento del diritto creditorio, nonché, in presenza degli ulteriori requisiti a tal fine richiesti, i rimedi finali contro l'inadempimento⁷⁵.

Ebbene, al riguardo pare essere ormai superato l'indirizzo interpretativo che negava in passato la possibilità di ravvisare nella fase di pendenza del termine un inadempimento immediatamente rilevante, come tale idoneo a legittimare di per sé

⁷² V., fra tutte, CASS., 1.6.2004, n. 10490, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, 567.

⁷³ Sui problemi di ammissibilità della condanna in futuro nel nostro ordinamento, v. G. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013, 254 ss. Cfr. § 259 ZPO che, in via generalissima, afferma la possibilità di proporre azione per una prestazione futura se le circostanze sono tali da far ritenere che il debitore sia per sottrarsi alla prestazione alla scadenza prevista. Sul punto, v. *supra*, capitolo III. Nel senso che il § 259 ZPO detterebbe un rimedio volto ad operare nei casi di inadempimento anticipato, v.: P. HUBER, *Antizipierte Nichterfüllung*, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, herausgegeben von J. BASEDOW, K.J. HOPT, R. ZIMMERMANN, unter Mitwirkung von M. ILLMER, I, Tübingen, 2009, 78, secondo il quale la possibilità per il creditore di pretendere dal debitore l'esecuzione del contratto costituirebbe un problema processuale, regolato dalla *lex fori*. Cfr. ID., *Anticipatory Breach*, in *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, I, edited by J. BASEDOW, K.J. HOPT, R. ZIMMERMANN, with A. STIER, Oxford, 2012, 62.

⁷⁴ V. E. SCARANTINO, nel *Cod. civ. comm.*, a cura di G. ALPA e V. MARICONDA, I, Milano, 2013, *sub* 1185, Rn. 1, 3467.

⁷⁵ A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1313 s., il quale sottolinea appunto come non sia in realtà definitivamente chiarito se il rimedio della risoluzione possa essere attivato dal contraente fedele anche in pendenza di una condizione o di un termine.

l'immediata reazione creditoria⁷⁶. In tempi recenti giurisprudenza e dottrina hanno in più occasioni ribadito la configurabilità di una violazione anticipata, con conseguente esperibilità e concedibilità dei relativi rimedi, anche prima del decorso del termine fissato per l'adempimento, qualora sopraggiungano circostanze tali da rendere poco conveniente portare a termine il rapporto o sia comunque riscontrabile un comportamento del debitore dal quale sia dato sicuramente desumere la mancata esecuzione della prestazione al tempo pattuito⁷⁷.

⁷⁶ Così, nel vigore del codice del 1865, CASS. TORINO, 16.6.1885, n. 361, in *La Giur.*, 1885, 433 ss.; in *Dir. giur.*, 1885, 167; in *Gazz. pret.*, 1886, 83; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 71 ss.; APP. GENOVA, 2.5.1916, n. 440, in *Temi gen.*, 1916, 392 ss.; in *Dir. comm.*, 1916, II, 860 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 109 ss.; APP. GENOVA, 26.5.1916, n. 527, in *Temi gen.*, 1916, 462 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 112 ss.; CASS. FIRENZE, 7.1.1918, n. 2, in *Mon. trib.*, 1918, 407 s.; in *Foro it.*, 1918, I, 267 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 118 ss.; APP. BOLOGNA, 7.1.1924, n. 50, in *Temi emil.*, 1924, I, 139 ss.; CASS., 13.6.1924, n. 1111, in *Rep. Foro it.*, 1924, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 130; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 130 ss.; CASS., 20.10.1924, n. 2198, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 1042 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 133 ss.; CASS., 10.11.1928, n. 4020, in *Rep. Foro it.*, 1928, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 429; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 136 ss.; APP. BOLOGNA, 8.6.1931, n. 503, in *La Giur.*, 1931, 1470 ss.; in *Temi emil.*, 1931, I, 1, 354 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 144 ss.

⁷⁷ In tal senso, seppur con diverse argomentazioni, A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1314; R. SACCO, in SACCO R. e DE NOVA G., *Il contratto*, II, cit., 629 s.; A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., *passim*; ID., *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato*, Atti del X incontro nazionale, Firenze 25-26 gennaio 2008, a cura di G. COLLURA, Milano, 2009, 145 ss.; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 553 ss.; ID., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008, 109 ss.; A. ZACCARIA, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2000, 121 ss.; ID., *Obligatio est iuris vinculum... Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Torino, 2015, 52; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1979, 15; ID., *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, cit., 221 ss.; V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., *passim*; ID., *La risoluzione anticipata del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 121 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 218 ss.; G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 486 ss.; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, 160 ss.; F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 428 ss.; G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi*, 2, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, 88 ss.; L. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, 35 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1974, 178 ss.; F. ASTONE, *Anticipatory breach e termini di pagamento della parte non inadempiente, tra clausole generali e interpretazione letterale del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015, 1520 ss.; G. MURARO, *L'inadempimento prima del termine*, cit., 248 ss., 275 ss., 283 s.; M. FRAGALI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 243 ss., 254 ss., 256 s.; M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013, 264; R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, cit., 290. In giurisprudenza, nel vigore del codice del 1865, si veda, APP. VENEZIA, 26.6.1913, n. 477, in *Ragg. giur.*, 1913, 498 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 95 ss.; APP. VENEZIA, 2.6.1916, n. 199, in *Ragg. Giur.*, 1916, 554 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 115 ss.; CASS., 3.5.1930, n. 1507, in *Rep. Foro it.*, 1930, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 282 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 140 ss.; CASS., 27.7.1933, n. 3173, in *Rep. Foro it.*, 1933, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 250; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit.,

158 ss.; CASS., 15.1.1935, n. 128, in *La Giur.*, 1935, 161 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 163 ss.; CASS., 4.8.1936, n. 3032, in *Rep. Foro it.*, 1936, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 286; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 170 ss.; CASS., 31.7.1939, n. 3109, in *Rep. Foro it.*, 1939, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 385, nonché in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 174. Nel vigore del codice del 1942, v., fra le altre: CASS., 1.2.1950, n. 271, in *Foro it.*, 1950, I, 1032 ss.; in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, II, 37 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 224 ss.; CASS., 7.7.1952, n. 2060, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 262; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 234 ss.; CASS., 13.5.1954, n. 1516, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1107 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 237 ss.; CASS., 9.6.1956, n. 1994, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 309; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 249 ss.; CASS., 30.6.1959, n. 2064, in *Rep. Foro it.*, 1959, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 203; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 256 ss.; CASS., 29.2.1960, n. 364, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 35 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 259 ss.; CASS., 20.12.1960, n. 3291, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 284 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 264 ss.; CASS., 27.6.1961, n. 1542, in *Cal. giud.*, 1961, 517 ss.; in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 336; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 268 ss.; CASS., 18.7.1962, n. 1919, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Obbligazioni e contratti*, 276 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 275 ss.; CASS., 6.10.1962, n. 2858, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 275; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 278 ss.; CASS., 8.10.1963, n. 2677, in *Giust. civ.*, 1964, I, 651 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 281 ss.; CASS., 18.2.1965, n. 265, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 329; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 292 ss.; APP. FIRENZE, 10.3.1968, n. 348, in *Giur. tosc.*, 1968, 403 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 298 s.; CASS., 4.3.1970, n. 529, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 261 ss.; in *Rep. Foro it.*, 1970, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 265; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 302 ss.; CASS., 27.7.1973, n. 2210, in *Foro it.*, 1974, I, 1769 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 308 ss.; CASS., 29.10.1973, n. 2818, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 20; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 313 ss.; CASS., 22.2.1974, n. 535, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Obbligazioni in genere*, n. 32; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 316 ss.; CASS., 12.12.1975, n. 4089, in *Foro it.*, 1976, I, 1613 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 324 ss.; CASS., 7.9.1977, n. 3900, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Obbligazioni in genere*, n. 38; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 329 ss.; CASS., 4.4.1979, n. 1950, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Contratto in genere*, nn. 348 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 335 ss.; CASS., 17.3.1982, n. 1721, in *Foro it.*, 1982, I, 2524 ss.; in *Giust. civ.*, 1983, I, 1306 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 338 ss.; CASS., 28.11.1984, n. 6196, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratto in genere*, n. 264; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 344 ss.; CASS., 10.4.1986, n. 2500, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 501 ss.; in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, 155 ss.; in *Riv. not.*, 1986, 787 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 348 ss.; CASS., 10.12.1986, n. 7318, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Obbligazioni in genere*, n. 12; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 352 ss.; CASS., 9.6.1993, n. 6441, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Contratto in genere*, n. 475; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 355 ss.; CASS., 19.4.1996, n. 3713, in *Foro it.*, 1996, I, 2389 ss.; in *Giust. civ.*, 1997, I, 778 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 359 ss.; CASS., 9.1.1997, n. 97, in *Danno e resp.*, 1997, 727 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 365 ss.; CASS., 16.7.2001, n. 9637, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 471; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 369 ss.; CASS., 14.3.2003, n. 3787, in *Contratti*, 2004, 446 ss.; in *Giust. civ.*, 2004, I, 458 ss.; in *Gius.*, 2003, 1570; in *Impr.*, 2003, 876; in *Arch. civ.*, 2004, 94; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 375 ss.; CASS., 4.11.2003, n. 16530, in *Orient. Giur. lav.*, 2003, I, 966 ss.; in *Arch. civ.*, 2004, 1078; in *Gius.*, 2004, 940 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 378 ss.; CASS., 21.12.2012, n. 23823, in *Contratti*, 2013, 553 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 383 ss.; CASS., 22.5.2015, n. 10546, in *Corr. giur.*, 2015, 1518 ss. Con riguardo alle fattispecie sotto

Per quanto riguarda, in particolare, la possibilità di attivare anticipatamente il rimedio risolutorio, si è ritenuto così di poter superare l'opposta opinione che, facendo leva sulla lettera dell'art. 1453 cod. civ., il quale chiaramente ricollega l'operatività del citato strumento di tutela all'inattuazione di un obbligo del quale il creditore abbia già il diritto di chiedere l'adempimento, ha ritenuto, soprattutto in tempi meno recenti, di dover escludere l'operatività dello scioglimento in assenza di una violazione attuale dell'obbligo di prestazione⁷⁸.

In dottrina si è al riguardo osservato come ad una soluzione positiva del problema relativo all'esperibilità e concedibilità dello strumento risolutorio *ante diem* si possa facilmente pervenire sol che si “tenga conto della dialettica degli interessi in gioco” e “si invochi gli indici normativi effettivamente pertinenti al riguardo”⁷⁹.

Così, ad esempio, per quanto attiene all'ipotesi in cui la prestazione sia divenuta, prima della scadenza del termine, impossibile per una causa imputabile al debitore, si potrebbe argomentare *ex art.* 1465, comma 4°, cod. civ. per riconoscere al contraente fedele la possibilità di “recuperare l'originaria libertà di iniziativa rispetto al suo patrimonio”, senza quindi imporgli la prosecuzione di un rapporto privo oramai di una causa⁸⁰.

L'impossibilità della prestazione imputabile all'obligato, verificatasi in pendenza del termine, precludendo definitivamente la realizzabilità dello scambio e, con essa, la soddisfazione dell'interesse del contraente fedele, rileverebbe pertanto indipendentemente dalla scadenza, consentendo il ricorso immediato al rimedio dello scioglimento⁸¹.

Ma, va aggiunto, l'iniziativa risolutoria tende ad essere ammessa anche nelle ipotesi in cui il comportamento del debitore, pur non traducendosi in una procurata impossibilità della prestazione, pregiudichi comunque l'interesse creditorio all'esatta e spontanea esecuzione della prestazione.

condizione, si veda CASS., 20.7.1971, n. 2335, in *Foro it.*, 1971, I, 2485 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 305 ss.; CASS., 10.10.1975, n. 3229, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Contratto in genere*, n. 181; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 320 ss. Si rinvia, al riguardo, alla raccolta giurisprudenziale a cura di A. VENTURELLI, in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., *passim*, per ulteriori indicazioni giurisprudenziali.

⁷⁸ V. *supra*.

⁷⁹ A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1313 s.

⁸⁰ Così A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1313 s.

⁸¹ A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1314.

In tali ipotesi – le quali si concretano in sostanza in un rifiuto, espresso o tacito, dell'adempimento⁸² – non rilevarebbe, infatti, né la persistente possibilità della prestazione, né la circostanza che il debitore possa pur sempre mutare idea ed adempiere⁸³. Il comportamento antidoveroso integrerebbe di per sé una violazione del rapporto che, ancorché riferita ad un obbligo accessorio, fondato precisamente sulla clausola generale di buona fede⁸⁴, legittimerebbe una reazione creditoria, la quale potrebbe consistere altresì nell'immediata risoluzione del contratto ormai irrimediabilmente compromesso.

Alla medesima conclusione ritiene di poter giungere anche chi, pur senza ravvisare nel contegno antigiusuridico del debitore una fattispecie immediatamente lesiva del dovere di buona fede e degli ulteriori obblighi da quello scaturenti, tende comunque ad attribuire rilievo alla condotta debitoria in quanto idonea ad ingenerare nel creditore il legittimo affidamento nella definitiva violazione del rapporto⁸⁵; e ciò appunto indipendentemente dalla persistente possibilità della prestazione dovuta⁸⁶.

Un siffatto affidamento nella mancata attuazione del programma negoziale consentirebbe, precisamente, di riconoscere rilevanza alla perdita di interesse alla

⁸² Per la possibilità di equiparare le due ipotesi, v., ad esempio, A. ZACCARIA, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, cit., 122; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, cit., 179; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 557 ss.; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 629 s. Per la giurisprudenza inglese e tedesca, v. *supra*, capitolo I e III. Per la concezione della nozione di rifiuto nei sistemi di common law ed in quello tedesco, si veda A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 57 ss. e 67 ss.

⁸³ Diversamente, tuttavia, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 219 ss.; V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 215 ss.; G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 488 s.

⁸⁴ Nel senso che la manifestazione oppositiva del debitore integrerebbe la violazione di un dovere accessorio, scaturente dal generale dovere di buona fede, v., ad esempio: G. MURARO, *L'inadempimento prima del termine*, cit., 278 s.; M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, 151 ss.; G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 88 ss. In giurisprudenza, v., ad esempio: CASS., 22.5.2015, n. 10546, cit.; CASS., 21.12.2012, n. 23823, cit.

⁸⁵ Così, in particolare, M. DELLACASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., 109 ss., spec. 110, secondo il quale “la dichiarazione anticipata di non voler adempiere autorizza il suo destinatario a fare affidamento sulla mancata attuazione del programma del programma contrattuale” e quindi sullo scioglimento del vincolo; “affidamento che risulterebbe compromesso se in seguito alla dichiarazione il debitore, mutando opinione, potesse esigere l'accettazione della prestazione da lui offerta e l'esecuzione della controprestazione”. Cfr. A. VENTURELLI, *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, cit., 155, che precisa come il rifiuto serio e definitivo farebbe acquistare al creditore una certezza soggettiva in ordine al verificarsi di un inadempimento; sicché egli ben potrebbe attendersi che alla dichiarazione del debitore segua una condotta dello stesso corrispondente all'intento manifestato.

⁸⁶ R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 554, secondo la quale sarebbe lo stesso principio di “autoresponsabilità” ad imporre di “sanzionare” il comportamento del debitore, il quale attraverso la manifestazione dell'intenzione di non adempiere si espone volontariamente alle conseguenze negative scaturenti dal suo rifiuto. Ma v., in senso critico, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 222 ss.

prestazione della parte destinataria del rifiuto e giustificerebbe altresì il ricorso alla risoluzione anticipata (o ad altra forma di determinazione *ante diem* dello scioglimento del contratto⁸⁷), precludendo qualsiasi possibilità per il debitore pentito di revocare la sua precedente manifestazione oppositiva offrendo la prestazione dovuta.

Del resto, si è osservato, una soluzione favorevole a riconoscere al debitore la facoltà di mutare opinione, pretendendo l'esecuzione della prestazione e l'attuazione del contratto, risulterebbe in contrasto col generale principio di buona fede ed, in particolare, con il divieto di *venire contra factum proprium*, il quale consente appunto una reazione contro la condotta di chi tiene un atteggiamento contraddittorio, ponendo in essere atti incoerenti con i suoi conegni e/o con le sue dichiarazioni precedenti⁸⁸. A seguito dell'atto abdicativo sarebbe preclusa, pertanto, al rifiutante la possibilità di un ripensamento; sicché potrebbe ritenersi raggiunta quella certezza soggettiva circa la futura inesecuzione della prestazione che è idonea a qualificare la situazione venutasi a determinare come irreversibile e definitiva, con la connessa possibilità per il creditore di fare immediato ricorso allo strumento risolutorio⁸⁹.

⁸⁷ Nel senso che il creditore avrebbe un diritto discrezionale di recesso, azionabile al venir meno di un suo interesse alla prestazione, M. DELLACASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008, *passim*, 23 s.

⁸⁸ In generale, su tale principio, v. *supra*. Per il richiamo al medesimo principio, nella dottrina tedesca, v.: E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, Berlin und Leipzig, 1936 (e 1958), 386; A. BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin-Frankfurt a.M., 1957, 179.

⁸⁹ A. VENTURELLI, *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, cit., 155 s. R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 554. Ma v. tuttavia F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 224 s. Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1971, 51 s., secondo la quale la dichiarazione di non voler adempiere non integra di per sé un inadempimento; e ciò, appunto, in ragione della persistente possibilità di un successivo ripensamento della parte dichiarante, non ancora tenuta ad adempiere. Se è vero, tuttavia, che il rifiuto di eseguire la prestazione dovuta non costituisce inadempimento e non vale neppure a costituire automaticamente in mora il debitore prima ancora della scadenza del termine, è altresì vero, secondo l'A. (v. p. 54 s.), che la manifestazione oppositiva non è priva di rilevanza: infatti, qualora il creditore "si trovi di fronte al comportamento dell'altra parte da cui chiaramente traspaia l'intenzione di questa di non voler adempiere, la singolarità della fattispecie in cui tale «fatto» si realizza", mettendo in evidenza una situazione di pericolo, "sembra giustificare il ricorso all'eccezione ex art. 1460, tenuto conto della funzione conservativo-cautelare che, anche in tal caso, essa verrebbe ad esplicare. Con un'avvertenza (e di peso decisivo): che ad attribuire una particolare colorazione all'altrimenti generica eventualità dell'(effettivo) inadempimento del dichiarante e, perciò, a rendere attualmente rilevante l'interesse conservativo dell'altra parte, dovrebbe, qui, giocare, ed in funzione dell'esistenza, o meno, dell'evento lesivo, il giudizio di conformità a buona fede del comportamento del primo. Giudizio che, nella specie, dovrebbe essere condotto" ai sensi "delle regole generali contenute negli artt. 1175 e 1375 e che, se risolto, appunto, in senso negativo, varrebbe a concretare gli estremi della lesione indispensabile, qui, al venire ad esistenza di quel potere. Resterebbe, tuttavia, come sottolinea l'A., "un senso di insoddisfazione ed il dubbio: che la difesa così offerta al debitore-creditore contro l'autore della dichiarazione di non voler adempiere, piuttosto che dell'eccezione di inadempimento (ex art. 1460), rappresenti l'espressione di un potere sui generis (per quanto insoddisfacente sia una simile conclusione e per quanto pericolosa essa possa apparire ai fini della ricomprensione nell'ambito degli strumenti di autotutela – per definizione ritenuti tipici – di quel singolare potere) e, più in particolare, di un potere che sembra alla fin fine partecipare della struttura (e della natura) di quello ora studiato nonché di quello ex art.

Ed anzi, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1227 cod. civ., a fronte di un comportamento antidoveroso del debitore, il creditore avrebbe, addirittura, l'onere di interrompere l'esecuzione della propria prestazione, tentando di ricollocarla nuovamente sul mercato sì da evitare o comunque limitare il danno⁹⁰ (cfr. art. 77 CISG e § 254 BGB⁹¹).

Un argomento decisivo a sostegno della soluzione favorevole ad attribuire immediata rilevanza al rifiuto e all'affidamento dallo stesso ingenerato in chi ne sia destinatario ai fini della risoluzione anticipata del contratto sarebbe rinvenibile nello stesso art. 1453 cod. civ., nella misura in cui preclude al creditore la possibilità di chiedere l'adempimento dopo aver proposto domanda di risoluzione. Orbene, se l'ordinamento protegge l'affidamento del contraente che con il suo inadempimento compromette l'attuazione dello scambio, a maggior ragione, si è detto, sarebbe meritevole di tutela la posizione della parte che, in seguito alla dichiarazione di non voler adempiere o di una condotta comunque antiggiuridica di controparte, operi nella prospettiva della risoluzione⁹². È ben vero che “il ventilato proposito di non adempiere” così come il compimento di atti contrari al dovere di eseguire la prestazione dovuta non darebbero certezze in ordine alla futura violazione del contratto⁹³, perché il debitore potrebbe aver, ad esempio, “parlato per vanteria” o potrebbe cambiare idea e revocare il rifiuto precedentemente reso. Sennonché, in attesa della scadenza, il creditore non dovrebbe essere tenuto a “sfogliare la margherita per indovinare cosa farà il debitore”⁹⁴. Di contro,

1461 (e, forse, più del secondo che del primo)”. V. anche ID., *Della risoluzione per inadempimento*, II, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1988, 29.

⁹⁰ M. DELLACASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., 114, cui si rinvia anche per il diverso rilievo, ai fini dell'operatività dell'art. 1227 cod. civ., della mera dichiarazione del debitore di non voler adempiere e del rifiuto accompagnato da comportamenti del dichiarante incompatibili con l'attuazione del rapporto. Secondo l'A. (v. p. 116 ss.), l'inerzia della parte contrattuale fedele di fronte alla manifestazione oppositiva dell'altro contraente, pur potendo rilevare sotto il profilo risarcitorio, non consentirebbe comunque al debitore di mutare senz'altro opinione, offrendo l'adempimento. Di contro, ove interessato ad eseguire la prestazione, della quale aveva preannunciato l'inesecuzione, egli sarebbe tenuto ad interpellare previamente il creditore circa la sua disponibilità a ricevere comunque la prestazione precedentemente rifiutata: una valutazione improntata a buona fede escluderebbe infatti la possibilità di esigere senz'altro l'attuazione dello scambio. Per la (preferibile) soluzione alternativa offerta dallo UCC, si v. p. 118 s.

⁹¹ V. *supra*, capitoli II e III. Per il medesimo “onere” nel diritto inglese, v. capitolo I.

⁹² Così M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 562 s.; ID., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., 113. Per le critiche alla tesi in esame, si veda F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 222 ss.

⁹³ G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 488 s., secondo il quale, si rbadisce, la dichiarazione del debitore potrebbe nascondere semplicemente “un gusto un po' gradasso del dichiarante di pavoneggiarsi agli occhi dei terzi”.

⁹⁴ R. SACCO, in SACCO R. e DE NOVA G., *Il contratto*, II, cit., 629 s.

dovrebbe essergli concesso il diritto di dichiarare immediatamente la risoluzione. Del resto, lo scioglimento tanto più risulta efficace quanto più è tempestivo⁹⁵.

Apparirebbe, quindi, riduttiva e (addirittura) “antistorica” una lettura della normativa vigente che ritenesse protetto il solo affidamento della parte infedele, convenuta in giudizio con un’azione di risoluzione, e non anche quello del contraente *in bonis*, destinatario di una manifestazione – esplicita o tacita – dell’altra parte, la quale sia tale da far ritenere che non vi sarà adempimento alla scadenza prefissata⁹⁶.

In una tale manifestazione oppositiva, si è aggiunto, potrebbe ravvisarsi addirittura un’implicita “istanza risolutoria”: la parte la quale manifesti – anche solo per *facta concludentia* – la propria volontà di non adempiere propenderebbe, in sostanza, per lo scioglimento del contratto. Pertanto, se il creditore manifestasse stragiudizialmente la propria volontà di risolvere il contratto, sorgerebbe in ciascuna delle parti un affidamento, giuridicamente rilevante, nello scioglimento del vincolo; un affidamento che escluderebbe per entrambe la possibilità di mutare avviso e condurrebbe inevitabilmente alla risoluzione del contratto e, precisamente, ad uno scioglimento per mutuo consenso (o, *rectius*, dissenso) delle parti⁹⁷, sulla falsariga di quanto predica la “*offer-and-acceptance-model theory*” angloamericana⁹⁸.

L’atto abdicativo non determinerebbe così la sola automatica produzione degli effetti della mora, come esplicitamente previsto dall’art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ. (con riguardo peraltro alla sola dichiarazione di non voler adempiere resa per iscritto), ma consentirebbe altresì di considerare senz’altro inadempiente il debitore⁹⁹, legittimando, nei contratti a prestazioni corrispettive, la parte che ne è destinataria ad esperire i rimedi contro l’inadempimento e ad agire, quindi, se del caso, per l’immediata risoluzione del contratto¹⁰⁰.

Tale possibilità sussisterebbe, inoltre, indipendentemente dal momento in cui fosse posto in essere l’atto abdicativo. Una conferma di ciò deriverebbe dallo stesso art.

⁹⁵ R. SACCO, in SACCO R. e DE NOVA G., *Il contratto*, II, cit., 629 s.

⁹⁶ M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 562; ID., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., 113.

⁹⁷ In tal senso, v. M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 563 ss.; ID., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., 113, 115 s.; F. ROMANO, *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 610 s. In senso critico, tuttavia, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 222 s., testo e nota n. 149.

⁹⁸ Sulla quale v. *supra*.

⁹⁹ *Contra*, nel senso che il limite massimo della manifestazione oppositiva sarebbe l’esonero dall’intimazione in mora, F. ROMANO, *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, cit., 613.

¹⁰⁰ R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, cit., 290.

1219, comma 2°, cod. civ. che, pur non essendo di per sé idoneo a risolvere il problema dell'inadempimento anticipato e ad assurgere a fondamento generale della risoluzione *ante diem* del contratto, parrebbe comunque di qualche utilità ai fini della soluzione del problema che qui ci occupa. Nell'esonerare il creditore destinatario di una dichiarazione dall'intimazione in mora, la disposizione citata non indica infatti il momento cronologico in cui il rifiuto deve essere reso per determinare l'immediata morosità del debitore. Siffatta circostanza non dovrebbe comunque indurre ad attribuire rilievo alla sola manifestazione oppositiva posteriore alla scadenza¹⁰¹. Ed anzi, omettendo di circoscrivere gli effetti della mora alla sola dichiarazione successiva alla sopravvenuta esigibilità del credito, la norma dimostrerebbe, appunto, di voler riconoscere carattere di immediata lesività all'atto oppositivo in sé, a prescindere cioè dal preciso momento in cui esso venga posto in essere; con tutte le conseguenze che ciò comporta sul piano rimediabile (dalla produzione degli effetti della mora indipendentemente dalla scadenza del termine adempitorio¹⁰², all'irrevocabilità del rifiuto connessa all'incondizionata esperibilità dei mezzi di reazione previsti contro l'inadempimento).

¹⁰¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, cit., 223 s.; A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 324, 328 ss.; M. FRAGALI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*, cit., 249 s. Nel senso che, ai fini dell'applicazione dell'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ., la dichiarazione del debitore dovrebbe essere successiva alla scadenza dell'obbligazione, U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1991, 597, il quale sottolinea come sia ancora oggetto di discussione il problema dell'eventuale rilevanza di una eventuale manifestazione della volontà di non adempiere che non presenti i caratteri richiesti dalla legge, e cioè sia anteriore alla scadenza, priva della scrittura o desunta da comportamenti concludenti.

¹⁰² Diversamente U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 597; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., 138 s.; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, cit., 52, secondo i quali la mora presupporrebbe necessariamente la scadenza del termine, sicché è solo da quel momento che potrebbero trovare ingresso le conseguenze riconnesse alla stessa dalla legge. Ma v., tuttavia, C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 15; ID., *Diritto civile, IV, Le obbligazioni*, cit., 223 s., secondo il quale l'obiezione così sollevata sarebbe agevolmente superabile attraverso una lettura ampia dell'art. 1186 cod. civ. (sull'ambito di operatività di tale disposizione v. più approfonditamente *infra*), ritenendo cioè lo stesso applicabile anche in presenza di un rifiuto del debitore di eseguire la prestazione dovuta; ipotesi questa che è senz'altro idonea a mettere in pericolo la futura esecuzione della prestazione e ad assumere di conseguenza immediata rilevanza anche ai fini della produzione delle conseguenze della mora. Pur senza aderire alla tesi che ritiene di poter applicare l'art. 1186 cod. civ. anche al di fuori delle ipotesi dallo stesso contemplate, sembrerebbe concludere per la decorrenza degli effetti della mora sin dal momento del rifiuto debitorio, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 324. Secondo l'A. (v. pp. 328 ss., 365, 337 s., 362 ss.) la preesistenza del ritardo alla mora non costituirebbe, a ben vedere, esito ermeneutico imposto dalla lettura dei casi regolati dall'art. 1219, comma 2°, cod. civ., la cui portata precettiva sarebbe di contro limitata all'indicazione del momento cronologico a decorrere dal quale gli effetti previsti dalla legge possono iniziare a prodursi. A differenza di quanto succede nel diritto francese, in quello italiano il rifiuto sembrerebbe quindi di per sé idoneo a determinare la caduta in mora del debitore. Diversamente opinando, aggiunge l'A. (v. pp. 354, 358, testo e nota n. 166), si sarebbe costretti, del resto, a concludere nel senso dell'applicabilità di una disciplina differente secondo che il rifiuto si riferisca ad un'obbligazione senza determinazione di tempo o ad un'obbligazione sottoposta, di contro, ad una determinazione temporale. Mentre infatti nella prima ipotesi – non essendovi un termine e stante l'inutilità della richiesta di adempimento sancita dall'art. 1219, comma 2°, cod. civ. – la mora non potrebbe che aversi sin dal momento della dichiarazione debitoria, nel secondo caso gli effetti della medesima

Alla tesi che fa leva sulla lettera dell'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ. per legittimare l'immediata rilevanza della manifestazione oppositiva del debitore si è tuttavia obiettato che l'effetto della dichiarazione, e precisamente di quella scritta¹⁰³, di non voler adempiere non sarebbe che di rendere inutile, ai fini della costituzione in mora, una specifica iniziativa del creditore. Ciò "non precluderebbe" però "la possibilità di una purgazione della mora" e renderebbe, anzi, evidente la necessità di "un'ulteriore attività creditoria al diverso fine di risolvere il contratto". Significativo – si è detto – sarebbe, in proposito, l'opinione della dottrina, la quale ritiene la dichiarazione del debitore contraria alla volontà di adempiere sufficiente a giustificare l'inutilità della costituzione in mora, non invece della diffida ad adempiere¹⁰⁴.

Fra gli autori si è cercato di superare le suddette obiezioni, per vero non senza qualche forzatura ermeneutica, richiamando i principi e le disposizioni di diritto sovranazionale, cui – si è precisato – dovrebbero tendere nel dubbio anche gli interpreti nazionali nell'attività di ricerca del corretto significato da attribuire alle disposizioni di diritto interno¹⁰⁵.

Si è precisato, così, che l'idoneità del rifiuto (nozione comprensiva di ogni condotta debitoria contraria alla volontà di adempiere) ad assumere rilevanza, quale contegno illegittimo sin dal momento della sua manifestazione, deriverebbe, in definitiva, anche a voler negare rilevanza a tal fine all'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ., dalla già citata disposizione dell'art. 72, comma 3°, CISG.

decorrerebbero solo dalla sopravvenuta esigibilità della prestazione. È evidente, tuttavia, che una tale conclusione sarebbe incoerente ed illogica, giacché essa verrebbe ad attribuire in maniera del tutto arbitraria un diverso disvalore alla condotta debitoria nei due casi menzionati.

¹⁰³ Il requisito della forma scritta sarebbe richiesto *ad substantiam*: dalla lettera dell'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ. emergerebbe, infatti, l'esigenza che il rifiuto di adempiere risulti in maniera espressa e non equivoca. Sarebbe pertanto, insufficiente, ai fini dell'automatica costituzione in mora, il comportamento del debitore, il quale manifesti la propria volontà di non adempiere con atti e comportamenti univoci. Sul punto, v. E. BOERI, *La responsabilità per ritardo e la mora del debitore*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, III, *Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padova, 2009, 661. Ferma restando la necessità della forma scritta, la dichiarazione potrebbe, poi, assumere, in concreto, una pluralità di contenuti. Ciò che sarebbe sufficiente, agli effetti dell'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ. sarebbe, infatti, che da qualunque atto scritto proveniente dal debitore emerga con chiarezza che lo stesso non vuole adempiere (ad esempio, perché non ritiene dovuta la prestazione o perché ritiene di non essere tenuto ad adempiere in conseguenza di un fatto imputabile alla sua controparte contrattuale). Irrilevante ai fini della costituzione in mora sarebbe, invece, la dichiarazione, con la quale il debitore, lungi dal manifestare una propria volontà contraria all'adempimento, si limiti a riconoscere di non essere in condizioni di eseguire la prestazione dovuta a causa di difficoltà economiche o personali. In tal senso anche U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 597.

¹⁰⁴ G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 92 s.

¹⁰⁵ Cfr., sul punto, R. SACCO, in G. ALPA, A. GARNERI, P.G. MONATERI, G. PASCUZZI, R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, 159 ss.

Sarebbe, di conseguenza, il sistema normativo stesso, così come integrato dalle fonti di diritto sovranazionale, ad imporre la necessità di ravvisare nella manifestazione oppositiva una condotta che, proprio in quanto immediatamente lesiva, assumerebbe autonomo rilievo non solo ai fini dell'automatica e diretta caduta in mora del debitore, ma anche quale presupposto per l'immediata esperibilità dei rimedi contro l'inadempimento, e, fra questi, in particolare, di quello risolutorio¹⁰⁶.

Irrilevante sarebbe, poi, ai fini dello scioglimento del contratto, la forma della manifestazione debitoria contraria al dovere di adempimento. A prescindere dalla lettera dell'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ., il quale richiede espressamente il rispetto della forma scritta per la produzione delle conseguenze della mora, il ricorso ai – seppur più “gravi” – rimedi contro l'inadempimento sarebbe possibile anche di fronte ad un rifiuto orale o ad un semplice comportamento incompatibile con la futura esatta esecuzione della prestazione¹⁰⁷.

È quanto parrebbe potersi desumere, ancora una volta, dall'art. 72, comma 3°, CISG che, pur costituendo una disposizione di origine sovranazionale, applicabile nel nostro ordinamento esclusivamente all'interno dell'ambito di operatività della CISG, consentirebbe ciononostante di affermare, per la valenza sistematica che la Convenzione di Vienna presenta¹⁰⁸, la ragionevolezza di un'estensione dell'immediata rilevanza del rifiuto ai fini risolutori anche alle ipotesi in cui quest'ultimo non presenti le caratteristiche richieste dall'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ. per la produzione degli effetti della

¹⁰⁶ Così M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 561 ss.; ID., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., 111 s. V., tuttavia, in senso critico, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 220 ss. Cfr. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 325, secondo il quale l'assenza di una disposizione normativa volta a disciplinare il rifiuto preventivo, “una volta che ne sia dimostrata l'esistenza, non può che essere colmata dall'unica previsione che, direttamente, si occupa della medesima fattispecie, cioè dall'art. 72, ult. co., CISG, opportunamente integrato dalle altre previsioni della Convenzione riferibili alla dichiarazione di non voler adempiere”. Secondo l'A. non sussisterebbe invero alcuna necessità di pervenire a tale conclusione, “la quale muove dal presupposto [...] dell'assenza, nel dettato normativo codicistico, di una disposizione specificamente dedicata al rifiuto anticipato e dunque dell'inapplicabilità, a quest'ultimo, dell'art. 1219, 2° co., n. 2, c.c.” V. altresì, ID., *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, cit., 148 ss.

¹⁰⁷ Cfr. A. ZACCARIA, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, cit., 122; R. SACCO, in SACCO R. e DE NOVA G., *Il contratto*, II, cit., 629 s. M. DELLACASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., 109; ID., *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 557 ss., 559 s., secondo il quale il requisito della forma sarebbe necessario perché si producano gli effetti della mora, non invece come condizione per la risoluzione del contratto. Diversamente C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 15; A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 364, nota 176. L'A. sottolinea come “l'impossibilità di ricondurre all'inadempimento «anticipato» la dichiarazione orale di non voler adempiere” segni “l'unica differenza tra la regolamentazione codicistica e il disposto dell'art. 72, ult. Co., CISG, ma la scarsa rilevanza pratica della questione appare evidente”, secondo l'A., “ove si consideri” che la giurisprudenza italiana “in un solo caso” ha “attribuito rilievo ad una dichiarazione orale”.

¹⁰⁸ V. *supra*.

mora; con la conseguente operatività dei rimedi contro l'inadempimento in presenza non solo di una dichiarazione esplicita, ma, più in generale, di ogni condotta posta in essere dal debitore dalla quale si possa desumere l'assenza di una sua volontà di eseguire la prestazione promessa¹⁰⁹.

3.2.1. *SEGUE. PORTATA APPLICATIVA DELL'ART. 1186 COD. CIV. E SUA RILEVANZA AI FINI DELLA SOLUZIONE DEL PROBLEMA DELL'INADEMPIMENTO ANTICIPATO.*

Sussisterebbe, quindi, secondo l'indirizzo interpretativo che va affermandosi in dottrina ed in giurisprudenza, una sostanziale equiparazione fra i casi di inadempimento vero e proprio e quelli in cui, prima dello spirare del termine, il debitore dichiara esplicitamente di non voler adempiere o dimostri comunque, con atti o fatti univoci, la propria intenzione di non eseguire la prestazione dovuta alla scadenza¹¹⁰. In tali ipotesi sussisterebbe, al pari di quanto accade nei casi di inadempimento vero e proprio, l'esigenza di non vincolare il creditore ad un rapporto ormai inidoneo a realizzare il suo interesse e di consentirgli di cercare, per altra via, il soddisfacimento dei propri bisogni (escludendo al contempo la possibilità per il debitore di insistere per l'esecuzione della prestazione nei confronti di chi abbia oramai perso interesse a riceverla in natura)¹¹¹.

Fra gli autori non è mancato peraltro chi ha ritenuto di poter ravvisare il fondamento dogmatico di siffatta equiparazione nell'art. 1186 cod. civ., relativo alla decadenza dal beneficio del termine¹¹².

In particolare, è diffusa fra gli interpreti l'opinione secondo cui l'immediata esigibilità della prestazione costituirebbe rimedio utilizzabile anche al di là degli stretti

¹⁰⁹ Nel senso che una disamina delle argomentazioni sviluppate in sistemi diversi da quello interno consentirebbe di elaborare alcune considerazioni critiche in ordine alla validità delle conclusioni fino ad oggi maggiormente diffuse in dottrina per negare rilevanza alla fattispecie del rifiuto prima del termine, v. A. VENTURELLI, *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, cit., 150.

¹¹⁰ Nel senso che la dichiarazione anticipata di non voler o di non poter o di non essere tenuto ad adempiere dovrebbe equipararsi ad ogni effetto all'inadempimento, v., ad esempio, F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, XXI, 2, Milano, 1987, 900 s. In giurisprudenza, v.: CASS., 18.2.1965, n. 265, cit.; CASS., 8.10.1963, cit. Per l'estensione di tale equiparazione, ai fini risolutivi, anche ai casi in cui il debitore tenga, prima della scadenza, un comportamento tale da rendere subito concretamente impossibile l'adempimento, v. G. CRISCUOLI, *Il contratto. Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, Padova, 1992, 471.

¹¹¹ M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, cit., 9 s., 174, 179; R. SACCO, in SACCO R. e DE NOVA G., *Il contratto*, II, , 629 s.; M. DELLACASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., 156 s., 180, secondo il quale la vincolatività del contratto dovrebbe cedere dinanzi a valutazioni di ordine economico. Ma v. le critiche di F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 228 ss. Per le critiche alla suddetta equiparazione, v. G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 88 ss. Per la necessità di distinguere tra le ipotesi di dichiarazione di non voler adempiere ed altri casi, v. F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 163 s.

¹¹² A. ZACCARIA, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, cit., 122 s.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 15; ID., *Diritto civile, IV, Le obbligazioni*, cit., 223 s.

confini tracciati dalla norma di legge e, quindi, fuori dalle ipotesi esemplificativamente elencate dall'art. 1186 cod. civ.¹¹³.

La disposizione citata, si è detto, sarebbe in realtà espressione di un principio generale, applicabile per analogia, anche al di fuori delle fattispecie esplicitamente previste, ogniquale, venendo meno le condizioni sulle quali si fonda la fiducia del creditore, non abbia più senso attendere la scadenza del termine¹¹⁴.

A sostegno di tale conclusione, si è precisato, deporrebbe lo stesso art. 1186 cod. civ. il quale, nell'elencare le circostanze che possono determinare la decadenza dal beneficio del termine, farebbe appunto riferimento a fatti che, ad un'attenta lettura, presenterebbero tutti un punto in comune, *i.e.* quello di essere riferiti a situazioni idonee a far fondatamente presagire che il debitore non adempirà alla scadenza¹¹⁵.

Di conseguenza, non sussisterebbero ostacoli alla possibilità di trarre dall'articolo citato una regola di portata più generale, volta ad operare in tutti i casi in cui l'inadempimento appaia certo o quantomeno probabile in un momento precedente allo spirare del termine adempitorio.

La disposizione potrebbe trovare applicazione, ad esempio, in presenza di un anticipato rifiuto (scritto) del debitore di adempiere alla scadenza fissata (arg. *ex art.* 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ.)¹¹⁶, così come, più in generale, qualora, anche in assenza di un'esplicita dichiarazione oppositiva del debitore, si fosse comunque in presenza di una situazione nella quale, sulla base di circostanze obiettivamente desumibili dal comportamento del debitore, risultasse manifesto che al momento dovuto – per mancanza

¹¹³ Per gli ostacoli ad una siffatta interpretazione dell'art. 1186 cod. civ. e per il carattere eccezionale e tassativo dei casi di decadenza ivi contemplati, si vedano: V. PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 213 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 516 s.; L. BIGLIAZZI GERI, *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 341; F. PADOVINI, *L'inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 95 ss.; F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 428 s., nota n. 39; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., 137 ss.; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 559 e 580; M. FRAGALI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*, cit., 254 s.; E. CONTINO, *Casi e questioni in materia di inadempimento prima del termine e possibili rimedi*, cit., 260 ss.

¹¹⁴ Così, A. ZACCARIA, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, cit., 122 s. Ma v. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 322 s., il quale non condivide la tesi secondo la quale l'art. 1186 cod. civ. sarebbe idoneo ad assurgere a canone generale di tutela contro ogni situazione di pericolo di futuro inadempimento.

¹¹⁵ A. ZACCARIA, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, cit., 122 s.

¹¹⁶ L'applicazione dell'art. 1186 cod. civ. ai casi di rifiuto anticipato consentirebbe peraltro di superare le obiezioni di chi sottolinea che la mora, in quanto integrante un ritardo qualificato, non potrebbe che aversi alla scadenza del termine. Così C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 15; ID., *Diritto civile, IV, Le obbligazioni*, cit., 223 s.

di volontà o per le difficoltà connesse all'esecuzione della prestazione – costui non adempirà¹¹⁷.

Nelle ipotesi citate, la decadenza farebbe venir meno l'inesigibilità della prestazione debitoria e consentirebbe di ritenere senz'altro dovuta l'esecuzione della medesima. Il creditore sarebbe, pertanto, legittimato a pretendere l'immediata attuazione del rapporto e, nel caso di mancata reazione del debitore, a ritenere lo stesso inadempiente, con conseguente esperibilità dei relativi rimedi¹¹⁸.

Si è aggiunto, anzi, che, stante il dettato dell'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ., il rifiuto scritto consentirebbe addirittura di considerare il dichiarante immediatamente inadempiente, con tutte le implicazioni che ciò comporta sul piano rimediale, sin dal momento della manifestazione oppositiva¹¹⁹.

Diversamente, in assenza di un rifiuto scritto, sia gli effetti della mora che le conseguenze dell'inadempimento non potrebbero trovare ingresso se non a seguito di apposita intimazione creditoria. Quest'ultima potrebbe comunque consistere, com'è stato precisato, anche in una richiesta di adempimento o, nei contratti a prestazioni corrispettive, nella proposizione della domanda di risoluzione¹²⁰.

3.2.2. SEGUE. OBIEZIONI ALL'INDIRIZZO INTERPRETATIVO FAVOREVOLE A RICONOSCERE L'IMMEDIATA AZIONABILITÀ DEI RIMEDI CONTRO L'INADEMPIMENTO.

Alla tesi interpretativa, la quale ritiene di poter ravvisare un inadempimento prima della scadenza del termine, immediatamente rilevante e tale da legittimare senz'altro la possibilità di una reazione creditoria, si potrebbe in realtà obiettare che, ferma restando l'esistenza del rapporto obbligatorio *ante diem*, presupposto per aversi inadempimento e poter di conseguenza esperire gli strumenti di tutela soddisfattori e/o definitivi sarebbe pur

¹¹⁷ A. ZACCARIA, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, cit., 123. Limita l'operatività dell'art. 1219, comma 2°, cod. civ. e, di conseguenza, anche dell'art. 1186 cod. civ., ai soli casi di rifiuto reso per iscritto, C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 15; ID., *Diritto civile, IV, Le obbligazioni*, cit., 223 s.

¹¹⁸ Nel senso che, in caso di mancata esecuzione della prestazione dovuta a seguito della decadenza del debitore dalla dal beneficio del termine, il creditore potrebbe (nei contratti a prestazioni corrispettive) sollevare l'eccezione *ex art.* 1460 cod. civ. o agire per la risoluzione del contratto, v. A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 92, nota n. 3. Sulla necessità che la richiesta di pagamento immediato sia preceduta da una preventiva pronuncia costitutiva relativamente alla decadenza del debitore dal beneficio del termine, v. A. DI MAJO, voce *Termine*, cit., 219 s.

¹¹⁹ A. ZACCARIA, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, cit., 122 s.

¹²⁰ Sul punto, si veda ancora A. ZACCARIA, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, cit., 123.

sempre la doverosità della prestazione mancata; doverosità che non potrebbe sussistere in assenza dell'attualità del tempo di adempimento.

Da escludere sarebbe altresì la possibilità di un'equiparazione ai casi di inadempimento delle situazioni anteriori alla scadenza del termine, le quali fanno ragionevolmente presumere che il debitore non eseguirà la prestazione dovuta al tempo fissato: qualunque sia l'atteggiamento del debitore prima di tale momento, esso sarebbe suscettibile di successiva rimeditazione e di mutamento¹²¹.

Per quanto riguarda, in particolare, la dichiarazione (scritta) di non voler adempiere essa – si è detto – non sarebbe idonea a produrre effetti diversi da quello di cui all'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ., consistenti nella produzione automatica, al verificarsi del ritardo, delle conseguenze della mora¹²². In particolare, la citata disposizione non consentirebbe di considerare senz'altro inadempiente il debitore che abbia rifiutato la prestazione, peraltro prima ancora della scadenza¹²³. Com'è stato correttamente notato, in tal caso il rifiutante conserverebbe pur sempre la possibilità di ritornare sui suoi passi e purgare la mora¹²⁴.

Del resto, si è osservato, anche l'analisi delle decisioni in cui i giudici hanno ritenuto di poter affermare l'equiparazione fra le ipotesi di rifiuto anticipato (comprensivo di qualsiasi forma di manifestazione oppositiva) e di inadempimento vero e proprio, dimostra come ben si sarebbe potuto pervenire alla medesima conclusione senza pronunciarsi in ordine alla natura dell'atto abdicativo; e ciò in quanto, nelle fattispecie interessate, il debitore aveva manifestato bensì la volontà di non adempiere, ma solo dopo aver già determinato l'impossibilità della prestazione; o dopo aver ammesso la sussistenza di difficoltà economiche tali da farlo decadere dal beneficio del termine; o, ancora, dopo aver posto comunque in essere una violazione di obblighi diversi da quello principale oggetto dell'obbligazione¹²⁵.

¹²¹ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., 139; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, cit., 51 s.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 224 s.; G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 486 ss.

¹²² V., al riguardo, A. VENTURELLI, *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, cit., 150, testo e nota n. 8. Cfr., tuttavia, per una riflessione più "matura", ID., *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., *passim*.

¹²³ Nel senso che il limite massimo della dichiarazione di non voler adempiere sarebbe l'esonero dall'intimazione in mora, F. ROMANO, *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, cit., 613.

¹²⁴ G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 92 s. Non costituendo di per sé inadempimento, la dichiarazione non rappresenterebbe pertanto neppure un fatto tale da rientrare sotto la disciplina dell'art. 1453 cod. civ. Così F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 163 s.

¹²⁵ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 219.

Non varrebbe peraltro invocare, per argomentare in senso contrario, le disposizioni di diritto sovranazionale che ammettono l'immediata risolubilità del contratto e nelle quali parte della dottrina ritiene di ravvisare "una chiara esaltazione del ruolo dell'affidamento", tentando di risolvere il problema allo stesso modo anche nell'ordinamento italiano, fino ad arrivare addirittura ad equiparare l'affidamento del contraente inadempiente nello scioglimento del rapporto conseguente alla proposizione della domanda di risoluzione, con l'affidamento della parte fedele nella (presunta) inevitabilità dell'inadempimento ingenerato dal rifiuto di controparte¹²⁶.

A tal proposito va notato come difficilmente superabili siano gli ostacoli connessi all'incondizionata estensione all'ordinamento interno di principi elaborati a livello sovranazionale; ostacoli che risultano riconducibili principalmente all'assenza di una direttiva ermeneutica che autorizzi l'interprete ad una siffatta operazione evolutiva del diritto nazionale¹²⁷.

Quanto, poi, alla possibilità di invocare il principio di legittimo affidamento al fine di affermare la tutelabilità della situazione di chi sia destinatario di una manifestazione oppositiva, difficoltà sussistono, in particolare, in ordine all'eventuale assimilazione tra l'affidamento conseguente al compimento di un atto giudiziario (qual è appunto la domanda di risoluzione) e quello, di minore intensità, provocato dal rifiuto debitorio. Tali difficoltà, connesse alla possibilità di comparare (o, addirittura, di assimilare) le due situazioni, consiglierebbero di escludere l'estendibilità alla seconda della tutela espressamente riconosciuta alla prima¹²⁸.

L'eccessività dell'orientamento citato si manifesterebbe, in particolare, in quel passaggio dell'argomentazione in cui, come si è visto, si ritiene addirittura di poter ravvisare nell'incontro del rifiuto di una parte e della successiva dichiarazione stragiudiziale dell'altra di voler risolvere il contratto un'ipotesi di scioglimento del vincolo per mutuo dissenso. Trattasi di una soluzione la quale trascura la circostanza che il mutuo dissenso, a prescindere dai problemi di forma, richiede pur sempre – al pari di ogni altro contratto – la perfetta coincidenza di contenuto tra le due dichiarazioni di cui si compone l'accordo¹²⁹, mentre è da escludere che un significato univoco nel senso della

¹²⁶ Per tali critiche, si veda F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 222 s.

¹²⁷ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 219 ss., 223, secondo il quale ci si dovrebbe innanzitutto soffermare sull'esatto significato degli indici normativi provenienti dalla disciplina sovranazionale. Per i limiti che incontra l'attività ermeneutica, v. *infra*, capitolo V.

¹²⁸ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 223.

¹²⁹ Sul mutuo dissenso e sulla natura contrattuale dello stesso, con conseguente necessità di una perfetta coincidenza di contenuto tra i due atti di cui si compone l'accordo: A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*,

volontà di estinzione del vincolo, tale da giustificare l'affidamento nella risoluzione, sia attribuibile al mero rifiuto di adempiere¹³⁰.

L'obiezione sarebbe, per i sostenitori della tesi "contrattualista", "viziata da un eccesso di formalismo". Ed anche a volerla ritenere insuperabile, a risultati identici si potrebbe pervenire – si è detto – valorizzando la regola di buona fede: una volta manifestata da parte del debitore l'intenzione di non dare attuazione allo scambio, ciascuna delle parti confiderebbe infatti nello scioglimento del rapporto; sicché, una pretesa volta ad ottenere la prestazione dovuta dall'altro contraente non potrebbe che risultare contraria alla regola di correttezza. Il rapporto potrebbe pertanto trovare attuazione soltanto con il consenso di entrambi i contraenti, dovendo in caso contrario ritenersi risolto¹³¹.

L'argomento non sembra tuttavia convincente. La tesi trascura, infatti, la relazione che intercorre fra il principio di affidamento e la generale regola di buona fede, di cui, non il mero affidamento, ma la sua non contestazione da parte di chi in altri l'abbia ingenerato costituisce concretizzazione.

Da rigettare sarebbe, per ragioni in parte coincidenti, anche la tesi la quale, per evitare di ricorrere al paradigma argomentativo che attribuisce rilevanza alla violazione della regola di buona fede, invoca, per giustificare l'immediato ricorso alla risoluzione del contratto in caso di rifiuto di una delle parti di adempiere o di un suo contegno comunque contrario al dovere di eseguire la prestazione dovuta, il principio del divieto di *venire contra factum proprium*¹³². Trattasi, infatti, di una tesi che si fonda ancora una volta sull'affidamento, trascurando tuttavia "il senso in cui l'ordinamento attribuisce rilievo a tale mero fatto" che è di per sé privo di giuridica rilevanza "fino a quando non venga costituito come situazione meritevole di tutela da un congegno tecnico di qualificazione". Un siffatto congegno "va certamente individuato nell'imperativo di buona fede", richiamato, seppur implicitamente, anche dai sostenitori della tesi citata con riguardo al divieto di *venire contra factum proprium*: quest'ultimo, "rappresenterebbe proprio una possibile concretizzazione dell'imperativo di buona fede in funzione di limite-controllo". Sennonché, "l'ancoraggio all'affidamento legittimo dovrebbe costituire", per

Milano, 2015 (ristampa inalterata con nuova prefazione dell'autore), *passim*; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011, 507 ss., cui si rinvia anche per i problemi connessi alla forma dell'accordo.

¹³⁰ Sul punto si veda ancora F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 223, testo e nota n. 149.

¹³¹ M. DELLACASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., 116.

¹³² V. *supra*.

l'impostazione ermeneutica ricordata, "una giustificazione della rilevanza del rifiuto di adempiere alternativa" a quella "che ravvisa nel rifiuto" (e, più in generale, nella condotta del debitore dalla quale emerga l'assenza di una sua volontà di adempiere) "la violazione di un obbligo accessorio fondato sulla clausola generale di buona fede". Emerge così il carattere contraddittorio dell'atteggiamento che, da un lato, conclude per la superfluità della buona fede al fine di tutelare il creditore il quale, in seguito al rifiuto di controparte, non sia più interessato alla prestazione; ma che, dall'altro lato, ritiene di ancorare la medesima tutela "alla fondata credenza del creditore nella definitiva perdita dell'utilità connessa alla prestazione", alla quale però "soltanto la buona fede può conferire rilevanza giuridica"¹³³.

Nessun valore assumerebbe, inoltre, al fine di attribuire significato al contegno antidoveroso posto in essere prima della scadenza del termine, la disposizione dell'art. 1186 cod. civ. L'operazione ermeneutica che ritiene di poter estendere il campo di applicazione della norma sulla decadenza dal beneficio del termine al di là dei confini tracciati dal legislatore, sì da rendere il rimedio operante anche in casi diversi da quelli espressamente contemplati, non parrebbe infatti possibile alla luce della *ratio* della norma citata, ispirata ai principi che governano la conservazione della garanzia patrimoniale ed inapplicabile, in via analogica, ai casi in cui altre e distinte siano le cause di incapacità del debitore al futuro adempimento¹³⁴.

Sarebbe quindi la stessa ragione giustificatrice su cui si fonda il rimedio della decadenza dal beneficio del termine a precludere la possibilità di dilatare la sfera di operatività dell'art. 1186 cod. civ., ritenendo lo stesso applicabile, ad esempio, anche in presenza di un rifiuto del debitore di adempiere alla scadenza o di un suo contegno comunque idoneo a rendere certo il futuro inadempimento. Siffatte circostanze, in quanto inidonee di per sé a determinare un peggioramento della situazione economica del debitore o ad integrare sintomo sicuro di insolvenza, non sarebbero infatti assimilabili ad alcuna delle ipotesi comprese nell'elenco di cui all'art. 1186 cod. civ.; disposizione che

¹³³ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 225 s.

¹³⁴ V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 213 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 516 s.; L. BIGLIAZZI GERI, *Eccezione di inadempimento*, cit., 341; F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, cit., 428, nota n. 39; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., 139; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 559 e 580; M. FRAGALI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*, cit., 254 s.; E. CONTINO, *Casi e questioni in materia di inadempimento prima del termine e possibili rimedi*, cit., 260 ss.; F. PADOVINI, *L'inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 95 ss., che sottolinea come la nozione di insolvenza, pur non assumendo, nel diritto civile, il significato che ha nel diritto fallimentare, investa in ogni modo le (sole) condizioni patrimoniali in generale del debitore.

potrebbe risultare di qualche utilità, nei casi contemplati, solo qualora la condotta del debitore risultasse accompagnata dal compimento di atti di disposizione volti ad impoverire la consistenza del patrimonio debitorio ed a condurre in tal modo ad una situazione di insolvenza¹³⁵.

L'impossibilità di ravvisare nell'art. 1186 cod. civ. una regola di portata generale troverebbe, poi, una (ancorché indiretta) conferma anche in quella che costituisce l'opinione comune formatasi attorno all'art. 1188 del *Code civil* francese, disposizione cui il nostro legislatore sicuramente si è ispirato nel dettare la regola sulla decadenza dal beneficio del termine: anche gli interpreti d'oltralpe, al pari di quelli italiani, tendono infatti a favorire un'applicazione restrittiva dell'istituto decadenziale e ad escludere così la possibilità di estenderne l'operatività a qualsiasi situazione che si presenti in qualunque modo idonea a compromettere la realizzazione dell'interesse creditorio¹³⁶.

La tesi che considera eccezionale la regola dettata dall'art. 1186 cod. civ. è stata, invero, criticata da altri interpreti, i quali hanno ritenuto che, attribuendo carattere tassativo alle ipotesi espressamente contemplate, si finirebbe in sostanza per riaffermare il carattere totale dell'inefficacia dell'obbligazione in pendenza del termine¹³⁷.

Il rilievo critico così sollevato non consentirebbe comunque di aderire per ciò solo alla tesi opposta che, oltre a riconoscere natura meramente esemplificativa all'elencazione contenuta nella citata disposizione, ritiene addirittura di poter ravvisare negli eventi che legittimano l'immediata pretesa creditoria altrettante ipotesi di inadempimento anticipato, come tali sufficienti a legittimare il creditore ad esperire senz'altro i rimedi predisposti contro l'inattuazione definitiva del rapporto.

La soluzione che ammette l'operatività dello strumento di cui all'art. 1186 cod. civ. non solo quale rimedio contro tutte le ipotesi di pericolo o di evidenza della futura violazione, ma addirittura quale fondamento generale della tutela contro l'inadempimento *ante diem*, integrerebbe precisamente “una singolare contaminazione di modelli giuridici diversi”. Per un verso, essa attribuirebbe rilevanza “al paradigma argomentativo dell'inutilità dell'attesa, che storicamente rappresenta un passaggio obbligato del processo

¹³⁵ Anche se, ciò che assumerebbe rilievo in tal caso sarebbe non tanto la dichiarazione o la condotta oppositiva in sé quanto piuttosto la situazione di insolvenza conseguente all'attività del debitore volta ad impoverire la consistenza del proprio patrimonio. In tal senso R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 548, testo e nota 64, secondo la quale la dichiarazione debitoria di non voler o, *rectius*, di non poter adempiere rileverebbe in tal caso come prova del fatto che vi sta alla base.

¹³⁶ Così S. WHITTAKER, *How does French Law Deal with Anticipatory Breaches of Contract?*, in *I.C.L.Q.*, (45) 1996, 662 ss. Per le recenti modifiche della disposizione francese, v. *infra*, capitolo V.

¹³⁷ A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 321 ss.

di affermazione della legittimità della reazione anticipata del creditore nei sistemi di *common law* e in Germania”. Per altro verso, essa pretenderebbe tuttavia “di ricavare univoci indizi positivi in ordine alla opportunità del medesimo richiamo da un rimedio”, qual è appunto quello della decadenza dal beneficio del termine, “di esclusiva derivazione francese e fondato su una ragione giustificatrice sensibilmente diversa”, individuabile nella “perdita di fiducia del creditore indotta dal consistente peggioramento della garanzia patrimoniale sulla cui base era stato convenuto il differimento”¹³⁸.

Invero, l’art. 1186 cod. civ. non sarebbe ispirato all’idea dell’inutilità dell’attesa, ma poggierebbe piuttosto sulla considerazione, operata dal legislatore, che il debitore, pur avendo leso la fiducia del creditore, sia comunque in grado di dare risposta positiva ad una richiesta di adempimento. In altri termini, la pretesa creditoria diretta ad ottenere l’esecuzione della prestazione potrebbe essere formulata *ante diem* non tanto perché non avrebbe più senso aspettare la scadenza, essendo oramai altamente probabile che la controprestazione non verrà eseguita, quanto piuttosto perché l’attesa rischierebbe di compromettere ulteriormente l’interesse creditorio già pregiudicato da una delle situazioni descritte dalla norma¹³⁹.

Ne deriverebbe, quindi, l’inidoneità dell’art. 1186 cod. civ. a costituire la base dogmatica dell’immediata esperibilità del rimedio risolutorio¹⁴⁰; prerogativa, quest’ultima, che non potrebbe spettare ad una regola il cui unico obiettivo è quello di ricollegare ai casi da essa previsti la possibilità per il creditore di pretendere immediatamente l’esecuzione della prestazione debitoria e che non è pertanto di per sé idonea a fondare l’ingresso dei tipici rimedi contro l’inadempimento; in particolare, considerata la sua collocazione fra le regole destinate a trovare applicazione a qualsiasi tipo di obbligazione, di quelli che – come appunto la risoluzione per inadempimento – spettano esclusivamente alle parti di un contratto a prestazioni corrispettive¹⁴¹.

¹³⁸ Così, espressamente, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell’adempimento*, cit., 320.

¹³⁹ A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell’adempimento*, cit., 322 ss.

¹⁴⁰ Sembra escludere la possibilità di identificare le ipotesi di risoluzione anticipata con quelle di cui all’art. 1186 cod. civ.: G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 92. Così anche V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 214 s., il quale osserva che gli eventi contemplati dall’art. 1186 cod. civ., “benché sufficienti a giustificare una richiesta immediata della prestazione, non sempre costituiscono fattori idonei a fondare l’ingresso di tutti i rimedi tipici contro l’inadempimento, non assicurando alcuna ragionevole certezza circa la mancata esecuzione della prestazione finale”.

¹⁴¹ V. R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 548, secondo la quale l’inadempimento, ancorché anticipato (ove se ne ammetta l’esistenza), può dar luogo appunto ai rimedi contro l’inadempimento, non invece, in difetto di una delle situazioni contemplate dall’art. 1186 cod. civ., alla decadenza.

Per ragioni analoghe sarebbe altresì da negare la possibilità di ravvisare il suddetto fondamento dello strumento risolutorio nella regola dell'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ. che, nell'attribuire rilevanza al rifiuto di adempiere (peraltro solo ove esso rivesta la particolare forma imposta dalla legge) ai fini della c.d. mora automatica, non potrebbe invece bastare a fondare senz'altro l'esperibilità dell'azione risolutoria che, oltre a costituire un tipico rimedio contrattuale, è conseguenza diversa e ben più grave di quelle derivanti dalla mora. Se è vero, quindi, che dall'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ. non è dato desumere che la dichiarazione debitoria abbia sempre e soltanto l'effetto ad essa espressamente ricollegato, è altresì innegabile che nel dettare la suddetta disposizione il legislatore, lungi dal voler regolare in maniera compiuta il problema dell'inadempimento anticipato, ha avuto quale unico scopo quello di delineare una particolare conseguenza che alla manifestazione oppositiva del debitore si deve riconnettere qualora essa rivesta una determinata forma¹⁴². Tale effetto, consistente nell'automatica costituzione in mora del debitore dichiarante, non può essere invero equiparato a quello scaturente dall'inadempimento.

3.2.3. SEGUE. RILEVANZA DELLA RICOSTRUZIONE DELL'OBBLIGAZIONE QUALE RAPPORTO COMPLESSO.

Anche a prescindere dalla soluzione del problema dell'estensibilità in via analogica della norma sulla decadenza dal beneficio del termine e dalla risposta al quesito circa l'esatto significato e portata della regola dell'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ., l'indirizzo che ammette la configurabilità di un inadempimento *ante diem*, idoneo a legittimare il creditore all'attivazione del rimedio risolutorio, parrebbe trovare una spiegazione nell'ormai pacifico accoglimento della nozione complessa del rapporto obbligatorio¹⁴³, il cui oggetto, determinato alla luce del generale principio di buona

¹⁴² V. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 363 s. che, pur ravvisando nell'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ. una norma idonea ad attribuire al rifiuto debitorio il carattere di illegittimità attuale, ritiene tuttavia che la disposizione citata si limiti a riconoscere siffatto connotato alla sola manifestazione oppositiva, la quale soddisfi altresì il requisito della forma scritta.

¹⁴³ V., fra tutti, L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 509: "L'obbligazione è costruita come una struttura complessa, nella quale il nucleo primario costituito dall'obbligo di prestazione è integrato da una serie di obblighi accessori coordinati in un nesso funzionale unitario". In generale sulla struttura complessa del rapporto obbligatorio, v. anche, fra gli altri: C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 1 ss.; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 164 s.; V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 37.

fede¹⁴⁴, non si esaurisce nell'obbligo primario di prestazione, ma si compone, dal lato passivo, di tutta una serie di obblighi accessori, funzionalmente legati al dovere di prestazione, come quello di sforzarsi per preservare la possibilità di adempiere¹⁴⁵; ma anche di obblighi ausiliari, detti di protezione, suscettibili di gravare su entrambi i soggetti del rapporto e dotati di un contenuto autonomo rispetto al dovere principale di prestazione, ancorché con lo stesso concorrenti alla realizzazione dell'interesse creditorio¹⁴⁶.

È proprio portando a coerenti sviluppi l'idea del rapporto obbligatorio come struttura articolata e complessa, nell'ambito della quale è riconosciuta immediata rilevanza giuridica alla posizione del debitore e del creditore, che la dottrina e la giurisprudenza più moderne tendono ad ampliare il contenuto della nozione di inadempimento fino a farle ricomprendere ogni contegno antidoveroso che, posto in essere dal debitore nella fase *ante diem*, sia idoneo a pregiudicare l'attuabilità del programma negoziale¹⁴⁷.

¹⁴⁴ In generale, sulla buona fede, v., ad esempio: AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 399 ssG. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, 149 ss. e, da ultimo, ; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

¹⁴⁵ Di cui sono espressione, fra gli altri, anche i doveri di cui agli artt. 1358 e 1662, comma 2°, cod. civ. (su cui v. *infra*). Così L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, IV, in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, cit., 231. Sull'obbligo strumentale del debitore di garantire la capacità di adempiere: C. CASTRONOVO, *La responsabilità da Osti a Mengoni o la coscienza del metodo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 1 ss.

¹⁴⁶ In generale, sui doveri di protezione, v.: C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., 1 ss., secondo il quale la funzione degli obblighi collaterali ed accessori che accedono al nucleo centrale, costituito dall'obbligo di prestazione, è quello di "pilotare" il rapporto obbligatorio verso la finalità cui esso è preordinato. Cfr. altresì, sul punto, F. BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342 ss.

¹⁴⁷ Nel senso che, già prima della scadenza del termine dell'obbligazione sarebbe attuale il tempo di esecuzione dei c.d. atti preparatori, con la conseguenza che la violazione del tempo di esecuzione di tali atti costituirebbe violazione immediata del diritto creditorio, legittimando altresì l'applicazione dei rimedi contro l'inadempimento, C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 14: "Anteriormente alla scadenza del termine della prestazione finale s'impone inoltre come immediatamente attuale l'osservanza di quel comportamento che è rivolto al rispetto della sfera giuridica del creditore, e che rientra anch'esso nel contenuto della prestazione dovuta. Più in generale deve dirsi che l'inadempimento prescinde dalla scadenza del termine quando la prestazione è violata in modalità diverse da quella temporale [...] o addirittura diviene definitivamente impossibile". Sottolineando la non coincidenza dell'esigibilità del credito e dell'attualità del tempo della prestazione l'A. sottolinea come l'esigibilità del credito non costituirebbe in realtà presupposto dell'inadempimento: il giudizio di inadempimento attiene infatti all'esecuzione della prestazione e non all'esercizio del diritto (v. p. 14 s.). In senso analogo anche U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 97 s., secondo il quale "nella condotta del soggetto, valutata alla stregua delle regole della diligenza e della buona fede" possono essere ravvisati, "ancor prima della risultanza definitiva dell'inadempimento oggettivamente inteso", "gli estremi per ritenere violato l'obbligo". Si tratta, sottolinea l'A., di una valutazione che "acquista notevole rilevanza, in quanto consente di procedere allo scioglimento di rapporti che [...] certamente già ledono quell'interesse". Al creditore viene così offerto "un opportuno rimedio atto ad evitare la prosecuzione di rapporti che graverebbero ingiustamente sulla parte adempiente, e comunque potrebbero essere fonte di pericoli o di danni futuri per la persona e per i beni del creditore". V. anche ID, *Le*

Accolta l'idea dell'obbligazione quale rapporto complesso (o "*Organismus*"), nessun ostacolo sussisterebbe, in particolare, in ordine alla possibilità di un'immediata attivazione dei rimedi predisposti contro l'inadempimento e, fra questi, in particolare, di quello risarcitorio. Quest'ultimo sarebbe esperibile, precisamente, nei casi di violazione, posta in essere prima della scadenza, di obblighi diversi e funzionalmente autonomi rispetto a quello principale di adempiere, quali appunto i doveri di protezione, scaturenti dal rapporto fondamentale come effetti integrativi dello stesso. In presenza di una siffatta violazione potrebbe anzi ritenersi integrato un inadempimento attuale, seppur riferito ad un dovere diverso da quello ancora inesigibile¹⁴⁸.

Ferma restando la configurabilità di un inadempimento, con la conseguente esperibilità dei relativi rimedi, sol che sia riscontrabile la violazione di un dovere funzionalmente autonomo rispetto a quello di prestazione, ci si potrebbe domandare, poi, se un inadempimento (con conseguente possibilità di ricorso ai relativi strumenti di tutela) sia prospettabile anche nella diversa ipotesi in cui, pur in assenza della violazione di un dovere di protezione, il debitore venga meno all'obbligo (preparatorio), strumentale a quello principale oggetto dell'obbligazione, di mantenersi in grado di adempiere, determinando di conseguenza l'impossibilità della prestazione debitoria.

Orbene, secondo la prevalente opinione dottrinale l'obbligo di preservare la possibilità di adempimento altro non sarebbe che la diligenza di cui all'art. 1176 cod. civ., intesa come specificazione del contenuto dell'obbligo di prestazione, coincidente con "il dovere di sforzo diretto ad evitare il c.d. *casus culpa determinatus*"¹⁴⁹. In quanto tale, esso

obbligazioni, cit., 597, dove l'A. precisa come l'unica ricostruzione compatibile con il sistema inquadra il fenomeno dell'inadempimento prima del termine nell'ambito della relazione di correttezza tra le parti. Sicché un eventuale ripensamento del debitore, risolvendosi in un comportamento contraddittorio, pur sempre possibile, non potrà comunque risolversi in un pregiudizio per il creditore (che non potrà pertanto essere messo in mora); con possibilità per il contraente fedele di procedere altresì alla risoluzione del contratto, legato alla violazione della regola della correttezza.

¹⁴⁸ Cfr. G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 90, il quale ritiene che un inadempimento attuale sarebbe in realtà ravvisabile (oltreché nei casi di violazione *ante diem* di un dovere accessorio) anche nell'ipotesi dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (principale) verificatasi in un momento precedente alla scadenza del termine ed imputabile al debitore. Di contro, l'Autore non ritiene di poter ravvisare un'ipotesi di inadempimento attuale nella dichiarazione anticipata di non voler adempiere, la quale renderebbe la futura inesecuzione soltanto improbabile. V. anche F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 164.

¹⁴⁹ La cui inclusione nel contenuto dell'obbligazione sarebbe – come precisa L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, cit., 164, 165, 166 - conseguenza dell'assoggettamento dei rapporti obbligatori ad una valutazione di buona fede. La buona fede, infatti, "che costituisce il vero principio di determinazione dell'oggetto dell'obbligazione, non solo esige che il debitore compia tempestivamente tutti gli atti necessari da parte sua per la realizzazione del risultato dovuto, ma anche che, prima della scadenza, si comporti da buon padre di famiglia per mantenersi in grado di adempiere". Prosegue l'A., che "questo comportamento, che deve assicurare l'adempimento della prestazione principale, si esprime nel dovere di diligenza *stricto sensu*, ravvisato non già come obbligo

non costituirebbe quindi un obbligo autonomo, bensì una specificazione del contenuto del dovere di prestazione, funzionalmente legato allo stesso ed insuscettibile di essere fatto valere in giudizio in via autonoma. La sua violazione potrebbe perciò venire in considerazione, come autorevolmente precisato, nell'impossibilità sopravvenuta dell'adempimento, esclusivamente come criterio di controllo del contegno del debitore, volto a stabilire l'imputabilità allo stesso dell'irrealizzabilità dell'interesse creditorio; con la conseguenza che il mancato raggiungimento del risultato dovuto sarebbe qualificabile come inadempimento solo se la causa dell'impedimento fosse ascrivibile all'obligato¹⁵⁰.

Ci si potrebbe domandare, in realtà, in ordine all'operatività di siffatto criterio anche nei casi in cui l'impossibilità sopravvenga in un momento anteriore alla scadenza del termine adempitorio. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui venga distrutta, in pendenza del termine, la cosa oggetto dell'obbligazione di consegna. In tal caso, il rapporto risulta compromesso in modo irrimediabile prima ancora della scadenza e, stante la certezza del verificarsi di quest'ultima, è certo anche che, entrato in vigore il programmato regolamento d'interessi, la prestazione dovuta non potrà essere eseguita, con conseguente responsabilità del debitore nei casi in cui la distruzione sia allo stesso imputabile. Si potrebbe pertanto ritenere che il creditore sia senz'altro legittimato ad attivare, prima ancora dello spirare del termine, e proprio in considerazione della certezza della sua scadenza e del connesso subentro delle conseguenze negative, i rimedi contro l'inadempimento.

autonomo, bensì come una specificazione del contenuto dell'obbligo di prestazione". In senso parzialmente critico, v. A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 396 ss., secondo il quale ammettere che la diligenza opera "come specificazione del contenuto del rapporto obbligatorio", al quale inerisce "come criterio di una serie di obblighi integrativi strumentali" (così appunto L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, I, cit., 164) mal si concilierebbe con la definizione che lo stesso A. dà della diligenza "come criterio di controllo del contegno del debitore" (v., sul punto, p. 397, nota n. 73). "Il passo" sarebbe infatti "vicino per ritenere che diligenza e buona fede possano avere la stessa funzione, dacché entrambe contribuiscono a specificare il contenuto del rapporto". Secondo l'A. una tale visuale non contribuirebbe invero "alla chiarezza del fenomeno. Pur riconoscendo che il principio di diligenza ha un ambito di incidenza più vasto di quello che una considerazione, volta ad evidenziare soltanto il criterio di imputabilità della sopravvenuta impossibilità, vorrebbe attribuirgli, è da osservare comunque che esso ha rilievo pur sempre in funzione del momento attuativo del vincolo", specificandosi "in concreto *in una misura di sforzo* che il debitore deve impiegare per l'attuazione del rapporto o meglio per preservarne la possibilità di adempimento se si tratti di obblighi che non conoscono altra forma liberatoria". Per l'A. sarebbe da escludere che "tale dovere costituisca materia di obbligo (in senso tecnico), giacché esso qualifica soltanto la fattispecie esecutiva del vincolo e non può rilevare *ex prius* come fonte di autonomia responsabilità del soggetto". "Dovrebbero allora concludere" (e sul punto la tesi pare in definitiva coincidere con quella dell'autore sopra citato) "che una serie di doveri, che erroneamente si riconducono al principio di buona fede, altro non sono che *specificazioni del criterio di diligenza*, che è un criterio di controllo del comportamento del debitore dal momento dell'assunzione del vincolo sino al momento dell'attuazione dello stesso, ma operante pur sempre in funzione del giudizio di responsabilità (per inadempimento)".

¹⁵⁰ L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, I, cit., 164. V., tuttavia, per il carattere autonomo del dovere preparatorio, F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 165.

Al riguardo s'impongono, tuttavia, talune precisazioni.

Occorre infatti distinguere, secondo che la parte sia interessata a sciogliersi anticipatamente dal contratto o ad agire invece per il risarcimento del danno.

Per quanto riguarda l'esperibilità *ante diem* del rimedio risolutorio, nessun dubbio pare infatti sussistere in ordine alla possibilità per il creditore che rilevi la sopravvenuta impossibilità di farla valere sin da subito, ritenendosi svincolato dal contratto. Determinando l'estinzione dell'obbligazione dal momento stesso in cui si verifica, l'impossibilità della prestazione comporta infatti un irreparabile squilibrio delle posizioni delle parti contrattuali; sicché sarebbe iniquo, oltretutto privo di senso, costringere il contraente, la cui prestazione continui ad essere possibile, ad insistere in un rapporto privo oramai dell'originaria sinallagmaticità.

L'ammissibilità dell'immediata risolubilità del vincolo al sopraggiungere dell'impossibilità di una delle prestazioni non deve comunque indurre ad un'indebita generalizzazione con riguardo a tutte le conseguenze dell'inadempimento: come autorevole dottrina ha sottolineato, altro è infatti affermare la possibilità di un immediato scioglimento del vincolo, altro invece far valere l'anticipata responsabilità (risarcitoria) del debitore per inadempimento dell'obbligazione destinata a rimanere inadempita¹⁵¹.

L'impossibilità produce in ogni caso quale conseguenza l'estinzione dell'obbligazione debitoria, sicché non vi è dubbio che, nei contratti a prestazioni corrispettive essa, determinando uno squilibrio del sinallagma, legittimi senz'altro la parte contrattuale fedele a sciogliere (o ritenere comunque sciolto) il vincolo ancorché il termine previsto per l'esecuzione della prestazione non sia ancora scaduto. Tuttavia, è innegabile che il termine rappresenti al contempo "la collocazione temporale dell'interesse dell'acquirente all'utilizzazione del bene". Ne deriva che – ferma restando la possibilità di procedere *medio tempore* ad una verifica circa l'imputabilità al debitore dell'impossibilità sopravvenuta, da condursi alla stregua dell'art. 1176 cod. civ. – "solo in esso potrebbe misurarsi il danno effettivamente risentito dall'acquirente medesimo", potendosi addirittura arrivare a "negare l'esistenza di un pregiudizio qualsiasi provando che prima della scadenza la cosa sarebbe egualmente perita per una causa non imputabile al debitore". In altre parole, la condanna al risarcimento dei danni non potrebbe essere domandata prima della scadenza del termine, se si volesse "tenere conto [...] delle

¹⁵¹ G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 230.

cosiddette cause alternative ipotetiche”, le quali avrebbero potuto determinare lo stesso risultato pratico seguito al contegno anti-giuridico del debitore¹⁵².

Esclusa così l’operatività, nella fase *ante diem*, del rimedio risarcitorio – perlomeno in assenza di una violazione di un dovere accessorio autonomo – e riconosciuta, di conseguenza, l’immediata esperibilità, nei casi di impossibilità anticipata della prestazione (anche se imputabile al debitore) del solo rimedio della risoluzione, parte della dottrina ha ritenuto poi di ammettere il ricorso allo strumento dello scioglimento anche nei casi in cui, nonostante non sia ancora riscontrabile un’impossibilità della prestazione, il debitore tenga tuttavia un comportamento che, pur non essendo contrario ad un dovere di protezione, funzionalmente indipendente da quello primario oggetto dell’obbligazione, sia tuttavia idoneo a mettere a repentaglio la futura realizzazione dell’interesse del creditore.

A tale conclusione si è ritenuto di poter pervenire argomentando nel senso dell’autonomia ed attualità del dovere preparatorio sopra descritto che, se violato, non sarebbe quindi – al contrario di quanto tradizionalmente affermato – insuscettibile di essere fatto valere in giudizio, ma dovrebbe di contro consentire al creditore di fare ricorso ai necessari mezzi di difesa, fra i quali vi sarebbe senz’altro anche la risoluzione del contratto¹⁵³.

¹⁵² Così G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 230. Quanto detto non esclude, comunque, la possibilità di agire sin da subito per il risarcimento del danno ove sia riscontrabile la violazione di un dovere di protezione: è ben vero infatti che è solo alla scadenza del termine che il creditore potrebbe pretendere il risarcimento del c.d. danno positivo, rapportato cioè all’interesse all’esecuzione del contratto; tuttavia, nessun dubbio sussisterebbe in ordine alla possibilità di pretendere - in caso di violazione prima di tale momento di un dovere accessorio, autonomo rispetto a quello di prestazione ed attuale pur non essendosi ancora prodotti gli effetti finali dell’atto - il ristoro del diverso interesse negativo. Così R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 293 ss., spec. 297 s. Ma v. tuttavia G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 229 s.

¹⁵³ F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 166, secondo il quale una conferma in ordine alla correttezza di una siffatta soluzione deriverebbe altresì da talune norme del codice civile, quali gli artt. 1662, 2224 e 1804 cod. civ. che, nel riconoscere al contraente fedele il potere di agire in risoluzione del contratto o di chiedere la restituzione della cosa che ne costituisce oggetto, prevedono quale presupposto del ricorso ai rimedi predisposti la violazione non già dell’obbligazione principale, ma di quella avente per oggetto l’obbligo di tenere nel momento preparatorio dell’adempimento un comportamento diligente (così espressamente l’art. 1804 cod. civ.) o comunque ispirato a buona fede e correttezza. Il dovere preparatorio, inteso come obbligo insuscettibile di essere fatto valere in via autonoma in giudizio, verrebbe a perdere gran parte del suo rilievo e della sua importanza, ove si consideri che per raggiungere lo scopo che attraverso la sua configurazione si mira a realizzare, basterebbe la norma dell’art. 1218 cod. civ. la quale, fissando il limite della responsabilità del debitore nell’impossibilità della prestazione derivante da causa a lui imputabile, impone, di fronte all’impossibilità di prestare, di accertare se il debitore si sia comportato secondo la diligenza richiesta dall’art. 1176 cod. civ. Al riguardo ci si potrebbe in realtà chiedere che cosa sia il dovere preparatorio, inteso come obbligo di preservare il futuro inadempimento, se non lo stesso dovere di sforzo di cui all’art. 1176 cod. civ. L’opinione secondo la quale sarebbe possibile attribuire autonoma rilevanza alla violazione del dovere preparatorio sulla base della considerazione che, altrimenti, la sua creazione si tradurrebbe in un’inutile superfetazione, parrebbe infatti configurare quale obbligo dotato di una propria indipendenza rispetto a quello principale di prestazione e come tale autonomamente

Così, pur in costanza della possibilità della prestazione, il ricorso al rimedio risolutorio dovrebbe ritenersi ammesso ogniqualvolta il debitore, prima ancora della scadenza del termine, omettesse, ad esempio, di attivarsi per l'approntamento di quanto necessario ai fini dell'assolvimento degli impegni assunti; o ponesse comunque in essere atti che, in quanto idonei a mettere a repentaglio il futuro conseguimento della prestazione, fossero tali da concretare una violazione da parte del debitore del c.d. dovere preparatorio.

Del resto, si è osservato, configurare un siffatto dovere, escludendo però la possibilità di reagire contro la sua violazione fino a quando non si sia verificato un danno, non potrebbe che apparire un controsenso, giacché significherebbe in sostanza costringere il creditore ad assistere impotente alla propria rovina¹⁵⁴.

Senonché, si è precisato, per ammettere la possibilità di un'immediata reazione creditoria nei casi in cui la prestazione, pur non essendo ancora divenuta impossibile, rischi tuttavia di essere compromessa dal comportamento del debitore, non sembra in realtà necessario affermare l'autonomia del suddetto dovere preparatorio. È ben vero, infatti, che la violazione dell'obbligo di diligenza di cui all'art. 1176 cod. civ., in cui quel dovere si concreta, rileva ai fini della determinazione della responsabilità solo nei casi in cui lo scopo dell'obbligazione risulti definitivamente compromesso. Non si può tuttavia negare che "la negligenza" sia "contraria all'obbligazione già per se stessa", e quindi indipendentemente dalla sopravvenuta impossibilità della prestazione¹⁵⁵.

coercibile quel dovere di mantenersi in grado di adempiere che, lungi dal trovare la propria fonte nel generale principio di buona fede, coinciderebbe col dovere di diligenza di cui all'art. 1176 cod. civ.; disposizione che, com'è stato autorevolmente osservato, generalizza l'obbligo accessorio non autonomo di custodia nei termini di un dovere di sforzo, commisurato alla *diligentia diligentis*, al fine di conservare le condizioni oggettive della possibilità di adempiere e che fissa il generale criterio di imputazione dell'impossibilità sopravvenuta. Nel senso, poi, che la distinzione tra prestazione ed attività prodromiche costituirebbe in realtà una superfetazione, poiché nella nozione di prestazione rientrerebbe ogni attività strumentale al conseguimento del risultato dovuto, e cioè sia le condotte direttamente a ciò funzionali sia quelle indirettamente tali, v. F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 226 s., nota n. 160.

¹⁵⁴ Così T. ASCARELLI, *In tema di deposito regolare*, in *Temi emil.*, 1927, II, 75 s. Conf. F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 166, testo e nota n. 46.

¹⁵⁵ L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, I, cit., 165, secondo il quale "la *bona fides*, che costituisce il vero principio di determinazione dell'oggetto dell'obbligazione, non solo esige che il debitore compia tempestivamente tutti gli atti necessari da parte sua per la realizzazione del risultato dovuto, ma anche che, prima della scadenza, si comporti da buon padre di famiglia per mantenersi in grado di adempiere. Questo comportamento [...] si esprime nel dovere di diligenza *stricto sensu*, ravvisato non già come obbligo autonomo bensì come una specificazione del contenuto dell'obbligo di prestazione". "La negligenza", continua l'A. p. 166, "determinerà" quindi "la responsabilità del debitore", ove lo scopo della prestazione risulti poi "effettivamente compromesso, ma è contraria all'obbligazione già per se stessa, indipendentemente dalla sopravvenuta impossibilità della prestazione". Cfr. F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 226, nota n. 160, dove l'A. parrebbe alludere alla possibilità che in presenza di una condotta commissiva od omissiva che prelude all'impossibilità della prestazione o

È quanto emerge del resto dalla stessa disciplina codicistica, dove la negligenza conduce, ad esempio, alla cessazione dell'usufrutto e alla revoca del mandato ed è altresì presupposto della domanda di restituzione del bene nel comodato così come dell'istanza di sequestro della cosa data in pegno¹⁵⁶.

Ma una conferma della rilevanza della condotta negligente deriverebbe altresì dall'art. 1662 cod. civ. e dalla corrispondente disposizione in materia di contratto d'opera (art. 2224 cod. civ.)¹⁵⁷ che – nel prevedere la possibilità di procedere, previa infruttuosa diffida, allo scioglimento anticipato del rapporto, se si accerti che l'esecuzione non proceda “secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte”, sanzionano appunto la violazione di obblighi secondari, precisamente di obblighi di omissione, “che altro non sono se non il rovescio dell'obbligo positivo di prestazione, in quanto vietano ogni contegno contrario all'ordinato svolgimento dell'attività” volta alla sua esecuzione¹⁵⁸.

Ebbene, come sembrerebbero comprovare i citati indici normativi, la violazione dell'obbligo preparatorio di sforzarsi nella direzione dell'adempimento, non resterebbe, quindi, nonostante la sua strumentalità rispetto al dovere principale, priva di rilevanza. Il creditore non sarebbe quindi costretto ad attendere inerte la scadenza del termine in caso

addirittura la realizzi senz'altro non vi sarebbe neppure la necessità di richiamare, per poter affermare l'esistenza di un inadempimento attuale, l'argomento secondo cui l'obbligazione non si esaurisce nella prestazione in sé ma include anche la condotta propedeutica alla prestazione. La prestazione sarebbe, infatti, superflua secondo l'A., poiché nella nozione di prestazione rientrerebbe senz'altro anche ogni attività strumentale al conseguimento del risultato dovuto, così come le condotte direttamente a ciò funzionali e quelle indirettamente tali. La distinzione tra prestazione ed attività prodromiche sembrerebbe quindi una superfetazione. A parere di chi scrive l'osservazione è da condividere, con la precisazione, però, che l'attività preparatoria all'esecuzione rientra sì nella nozione di prestazione, ma è comunque oggetto di un obbligo che, seppur funzionalmente strumentale a quello principale oggetto dell'obbligazione, assume comunque una propria indipendenza concettuale, ferma restando l'insuscettibilità dello stesso ad essere attivato autonomamente in giudizio (diversamente, tuttavia, F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 166).

¹⁵⁶ L. MENGONI, *Obbligazioni di “risultato” e obbligazioni di “mezzi”*, IV, cit., 229 ss.

¹⁵⁷ Nel senso che le due disposizioni rappresenterebbero un'eccezione al principio dell'irrilevanza nel nostro sistema dell'inadempimento anticipato, v. E. LUCCHINI GUASTALLA, *La risoluzione di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 5 s., 151 s. Le due disposizioni non sono invero perfettamente coincidenti, giacché solo l'art. 1662 cod. civ. prevede a favore del committente un potere di controllo sullo svolgimento dei lavori e la possibilità di verifica a proprie spese dello stato degli stessi. A differenza dell'art. 1662 cod. civ., il quale stabilisce che il contratto debba considerarsi senz'altro risolto sol che decorra inutilmente il termine previsto, l'art. 2224 cod. civ., lungi dal prevedere una risoluzione automatica del contratto, attribuisce al committente la possibilità di scegliere, una volta trascorso il termine senza che il prestatore si sia conformato alle condizioni contrattuali, se provocare o no lo scioglimento. Le due disposizioni si distinguerebbero, dunque, in ciò che, mentre l'art. 1662 cod. civ. disciplinerebbe un'ipotesi di scioglimento conseguente *ipso iure* al decorso del termine fissato, l'art. 2224 cod. civ. richiederebbe ai fini della risoluzione del contratto un'apposita dichiarazione del committente. Ma v., tuttavia, V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 48, il quale ritiene che non sia da attribuirsi eccessiva rilevanza alla diversa formulazione delle due disposizioni.

¹⁵⁸ L. MENGONI, *Obbligazioni di “risultato” e obbligazioni di “mezzi”*, IV, cit., 231.

di inosservanza da parte del debitore delle cautele necessarie ad evitare pregiudizi al raggiungimento dello scopo alla cui realizzazione è rivolto il rapporto.

3.3. CARATTERE RESIDUALE DEL RIMEDIO RISOLUTIVO QUALE STRUMENTO DI REAZIONE NEI CASI DI INADEMPIMENTO ANTICIPATO.

Si deve comunque notare che lo strumento di reazione concesso al creditore nella fase *ante diem*, soprattutto in costanza di possibilità della prestazione, non è (e non può essere) sempre e necessariamente quello risolutorio o altro avente carattere parimenti definitivo.

Ed anzi, proprio perché vige nel nostro ordinamento il principio del *favor* per la conservazione del vincolo¹⁵⁹, si ritiene di poter concludere che, salvi i casi di impossibilità della prestazione, e salve altresì le diverse indicazioni di legge, il creditore, posto di fronte ad un pericolo di inadempimento, ancorché derivante dalla violazione (attuale) di un dovere accessorio, autonomo o strumentale che sia, deve pur sempre accordare preferenza ai c.d. rimedi conservativi e/o cautelari. E ciò anche a prescindere dal suo interesse a svincolarsi sin da subito dal rapporto¹⁶⁰.

È quanto emerge dall'art. 1455 cod. civ., il quale circoscrive – com'è noto – la possibilità di agire per la risoluzione ai soli casi di inadempimento grave o, *rectius*, di non scarsa importanza¹⁶¹.

Ma è quanto sembra doversi desumere altresì dalla serie di disposizioni che, pur accordando alla parte *in bonis* il diritto di sciogliersi dal contratto, fanno conseguire la risoluzione del rapporto alla previa ed infruttuosa diffida rivolta al contraente infedele,

¹⁵⁹ V. *supra*.

¹⁶⁰ Non è detto peraltro che l'interesse del creditore in presenza di un inadempimento dell'altra parte sia sempre in tal senso: al di fuori dei casi di impossibilità e soprattutto nei casi in cui l'ordinamento gli offre la possibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica, egli potrebbe infatti avere interesse ad insistere per ottenere la prestazione.

¹⁶¹ Sul punto va precisato che, se è vero che la pretesa di adempimento in natura non può essere sostituita con quella risarcitoria fino a quando la prestazione sia possibile (arg. *ex art.* 1218 cod. civ.), una regola particolare è stabilita per le prestazioni derivanti da un contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo alle quali l'art. 1453 cod. civ. consente alla parte non-inadempiente di domandare, anziché l'adempimento, la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno dei danni quando l'inadempimento dell'altra parte sia di notevole importanza. Sull'importanza dell'inadempimento, si vedano: M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995; G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992; M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 75 ss. Per il medesimo requisito, richiesto dall'art 25 CISG, v. F. FERRARI, *Fundamental Breach of Contract under the UN-Sales Convention: 25 Years of Article 25 CISG*, in *Liber Memorialis Peter Šarčević. Universalism. Tradition and the Individual*, edited by J. ERAUW, V. TOMLJENOVIC AND P. VOLKEN, München, 2006, 439 ss.

confermando in tal modo il carattere meramente residuale che l'ordinamento accorda al rimedio dello scioglimento¹⁶².

Il riferimento va, in particolare, all'art. 1454 cod. civ.¹⁶³, che regola lo strumento stragiudiziale dello scioglimento mediante diffida, ma anche ai già menzionati artt. 1662 e 2224 cod. civ. che, pur attribuendo al committente un diritto allo scioglimento del vincolo, subordinano l'operatività del rimedio interruttivo-estintivo all'inutile decorso di un termine fissato dal contraente *in bonis* che abbia motivo di temere – stante la violazione da parte dell'obbligato dei doveri preparatori sullo stesso gravanti – il futuro inadempimento.

La residualità del rimedio risolutorio e la connessa preferenza che l'ordinamento attribuisce alla conservazione del vincolo indurrebbero quindi a rigettare l'argomento secondo cui andrebbe riconosciuto un incondizionato diritto di recesso al creditore sol che perda interesse alla prestazione per il sopraggiungere di circostanze che rendano diseconomico portare a termine il rapporto¹⁶⁴.

Diversamente opinando, si finirebbe per aderire ad una tesi che, giustificando il venir meno della vincolatività del contratto dinanzi a valutazioni di ordine economico, poggerrebbe in definitiva “sul medesimo presupposto ideologico della teoria dell'*efficient breach*, sebbene a prospettive invertite”, mentre il riconoscimento di una “valenza normativa” all'efficienza economica sarebbe – come si è sottolineato – “incompatibile con il carattere precettivo del diritto, rappresentandone anzi la negazione”¹⁶⁵.

Né varrebbe invocare, come fanno i sostenitori della tesi del recesso di pentimento, la generale clausola di buona fede per affermare che la sopravvenuta sconvenienza economica dell'affare renda di per sé irragionevole la pretesa di dare esecuzione al contratto. Al riguardo è appena il caso di ricordare che “mai si è in realtà seriamente inteso attribuire alla buona fede una normatività contraria a quella dell'obbligazione o del contratto”. “La buona fede, in altri termini, non può esprimere un ordine di valutazioni antitetico rispetto a quello del rapporto cui inerisce”¹⁶⁶. Del resto,

¹⁶² V. *supra*.

¹⁶³ Per un commento a tale disposizione ed, in particolare, per il suo ambito di operatività, si veda COSTANZA, M., in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1990, 438 ss.

¹⁶⁴ In tal senso, invece, M. DELLACASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., 156 s., 180.

¹⁶⁵ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 228, secondo il quale il rifiuto di un riconoscimento all'analisi economica di una valenza normativa deve essere dei più netti.

¹⁶⁶ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 229, che sottolinea come ciò sia evidente nell'ambito della funzione integrativa del piano dell'obbligazione o del regolamento contrattuale, valendo però altresì nel quadro della funzione c.d. valutativa che può bensì condurre al diniego di pretese

“anche quando fonda l’*exceptio doli generalis* o dà luogo ad una valutazione di abuso del diritto [...] così apparentemente contraddicendo il contenuto della regola, la buona fede non fa altro, in definitiva, che assecondarne la realizzazione, scongiurando gli approfittamenti o il riacquisto delle utilità perdute fondati su argomenti formalistici, con l’obiettivo di garantire la coincidenza di liceità e legittimità ossia il rispetto della sostanza del vincolo obbligatorio o di quello contrattuale, sul presupposto della necessità che ogni pretesa abbia una doppia legittimazione, formale e materiale”¹⁶⁷.

Sarebbe quindi “del tutto ingiustificata”, sulla base di quanto sin qui detto, “l’ipotesi di una buona fede che autorizzi alla negazione” della vincolatività della regola, “intesa come immodificabilità ed irrefragabilità unilaterali della medesima”, consentendo alla parte che perda interesse alla prestazione la possibilità dell’immediato recesso dal contratto¹⁶⁸.

Si dovrebbe allora concludere, in considerazione delle osservazioni svolte, che in presenza di una condotta del debitore contraria al dovere di buona fede o comunque antidoverosa, perché in contrasto con l’obbligo preparatorio di mantenersi in grado di adempiere, la quale non si traduca tuttavia in un’impossibilità della prestazione né in un contegno materiale gravemente pregiudizievole dell’*iter* attuativo del rapporto, non si avrebbe una violazione idonea a giustificare senz’altro lo scioglimento del vincolo.

È quanto emerge anche da una recente sentenza della Suprema Corte¹⁶⁹, la quale, dopo aver ribadito il principio di diritto affermato in una precedente pronuncia¹⁷⁰, secondo cui “il comportamento del debitore incompatibile con l’esecuzione della

formalmente conformi alla lettera della regola, ma solo se la loro invocazione si rivela sostanzialmente scorretta in quanto destinata a costituire un tradimento dello spirito del vincolo o dell’accordo.

¹⁶⁷ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 230.

¹⁶⁸ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 230. Sottolinea l’A. come la buona fede sembri anzi contrastare la soluzione del recesso discrezionale a favore del contraente che perde interesse alla prestazione poiché una delle applicazioni più accreditate dell’*agere secundum bonam fidem* è il divieto di trarre vantaggio dalla propria condotta contraria all’impegno assunto e, in ogni caso, contraddittoria e, nonostante la previsione del risarcimento a favore della controparte che subisce lo scioglimento del contratto, la liberazione del vincolo contrattuale si rivela vantaggiosa per il recedente non foss’altro sotto il profilo della riduzione dei costi. L’unica ipotesi in cui la buona fede si presta ad una tale negazione, aggiunge l’A. (v. p. 231), incidendo direttamente sulla vincolatività dell’impegno, è rappresentata dalla figura dell’inesigibilità della prestazione che però opera come causa esimente ulteriore rispetto all’impossibilità, è espressione del divieto di abuso del diritto implicito nella direttiva di buona fedecorrettezza e si verifica quando l’attuazione del rapporto obbligatorio comporterebbe la lesione di interessi del debitore cui l’ordinamento assegna un valore preminente in quanto per lo più espressivi del nucleo inviolabile dello statuto giuridico della persona. L’inesigibilità poggia però su interessi di rango superiore rispetto all’interesse all’allocazione ottimale delle risorse e si riallaccia infatti all’imperativo di buona fede che recupera quella dimensione etica dei rapporti obbligatori, nei quali un soggetto si affida ad un altro così come del resto lo stesso termine creditore rende ben evidente.

¹⁶⁹ Il riferimento è a CASS., 22.5.2015, n. 10546, cit.

¹⁷⁰ Cfr. CASS., 21.12.2012, n. 23823, cit.

prestazione dovuta configura un inadempimento prima ancora della scadenza del termine pattuito tra le parti”, ha ritenuto ammissibile, sulla base del riscontro nel caso di specie di un comportamento antidoveroso del promittente alienante (il quale, dopo aver promesso il bene in vendita, aveva avviato trattative con terzi), la proposizione anticipata di un’azione volta non già alla risoluzione del contratto, ma all’esecuzione in forma specifica dell’obbligo assunto con la stipula del preliminare; e ciò appunto in ragione della permanente possibilità della sua attuazione.

Anche la manifestazione oppositiva del debitore, anticipata rispetto al momento in cui è dovuto l’adempimento assumerebbe rilevanza, ai fini risolutori, solo se relativa alla prestazione principale o ad altra avente rilievo parimenti determinante per la realizzazione dell’operazione economica sottesa al contratto e solo se dotata dei caratteri di serietà e definitività idonei a far venir meno i presupposti dell’esecuzione della prestazione, lasciando presagire un inadempimento di non scarsa importanza¹⁷¹.

In realtà, come opportunamente sottolineato dagli interpreti, al di fuori dei poco frequenti casi in cui il rifiuto venga reso per iscritto, nei quali la sua immediata lesività parrebbe potersi desumere (perlomeno secondo alcuni autori¹⁷²) dal dettato dell’art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ., la manifestazione oppositiva del debitore potrebbe assumere i caratteri richiesti per la risoluzione del contratto solo se inserita in una linea di condotta radicalmente incompatibile con l’attitudine ad eseguire la prestazione; o comunque accompagnata da una situazione di materiale impossibilità di adempiere o da una condizione economica tale da giustificare la decadenza dal beneficio del termine *ex art.* 1186 cod. civ. Sicché, in sostanza, ciò che assumerebbe rilievo, al di fuori dei poco probabili e sicuramente poco frequenti casi di rifiuto reso per iscritto *ex art.* 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ., sarebbe non già la manifestazione debitoria in sé, la quale ben potrebbe essere superata da una condotta successiva, quanto piuttosto l’insieme di atti e fatti all’interno dei quali essa si inserisca, i quali integrerebbero, considerati nel loro complesso, un inadempimento attuale, in contrasto con la volontà e/o possibilità del futuro adempimento¹⁷³.

¹⁷¹ F.P. PATTI, *Risoluzione per inadempimento anteriore alla scadenza del termine*, in *Giustiziacivile.com*, articolo del 10 giugno 2014, 4.

¹⁷² A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell’adempimento*, cit., *passim*.

¹⁷³ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 226. G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 90; G. CONTE, *L’uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell’anticipatory breach dei contratti*, cit., 488 s.; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 163 s.; A.M. BENEDETTI, in *Annuario del contratto 2013*, Torino, 2014, 230 s.; V. PUTORTÌ, *La risoluzione anticipata del contratto*, cit., 123 ss.; 215 ss., 153 ss., secondo il quale, ove la condotta debitoria non incida in maniera significativa sulla realizzabilità dell’affare, il

Non si potrebbe invocare, per argomentare in senso contrario, e per attribuire cioè rilevanza al rifiuto in sé, indipendentemente dai caratteri che lo connotano, l'art. 72, comma 3°, CISG: anche a prescindere dalla discutibile opportunità di richiamare, per individuare il significato da attribuire al rifiuto debitorio nel sistema di diritto positivo comune, una disposizione inserita in un *corpus* di norme speciali, applicabili bensì anche nell'ordinamento interno, ma esclusivamente nello specifico ambito di operatività della CISG, ciò che andrebbe sottolineato è che la regola contenuta nel testo di disciplina uniforme non parrebbe in realtà in contrasto – quantomeno secondo l'interpretazione che ne viene data – con quanto sin qui detto. Se è vero, infatti, che essa ricollega al rifiuto debitorio il diritto all'immediato scioglimento del contratto, è vero anche – come sottolineano i commentatori – che siffatto diritto si ricollega soltanto alla manifestazione oppositiva, comprensiva della totalità dei conegni antidoverosi posti in essere dalla parte infedele, che presenti altresì i caratteri della serietà e della definitività e che integri un inadempimento fondamentale del rapporto. Al di fuori di tali ipotesi, si precisa, la mera dichiarazione può semmai legittimare la parte *in bonis* a sollevare l'eccezione dilatoria di cui all'art. 71 CISG o comunque, qualora non si ritenga lo stesso applicabile ai casi di rifiuto, ad attivare il meccanismo di diffida di cui all'art. 72, comma 2°, CISG, non invece a determinare l'incondizionato scioglimento del vincolo¹⁷⁴.

Un meccanismo simile a quello di cui all'art. 72, comma 2°, CISG è attivabile peraltro pure secondo le disposizioni di diritto interno. Al di fuori dei casi in cui la condotta antidoverosa del debitore assuma in quanto tale i connotati necessari per procedere all'immediata risoluzione, il creditore potrebbe così, se risultino dubbi in ordine alla sussistenza dei caratteri di serietà e definitività di quella condotta, superare i dubbi residui, procedendo, ad esempio, mediante diffida *ex art.* 1454 cod. civ., attribuendo alla parte infedele la possibilità di mutare opinione e dare attuazione al rapporto. La risoluzione troverebbe pertanto ingresso – similmente a quanto disposto dall'art. 72, comma 2°, CISG – solo a seguito dell'inutile decorso di un congruo termine concesso al debitore per dimostrare la propria capacità di adempiere¹⁷⁵.

creditore, anziché agire per lo scioglimento del vincolo, potrà cautelarsi invocando, ad esempio, l'eccezione *ex art.* 1460 cod. civ. o richiedendo altre misure cautelari, sì da evitare che possa essere considerato a sua volta inadempiente ove non esegua la prestazione dovuta. Cfr. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 102, 242, 247 s.

¹⁷⁴ Per maggiori approfondimenti, v. *infra*.

¹⁷⁵ Per una tale soluzione, si veda, M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 572 ss.

A nulla rileverebbe, peraltro, la circostanza che l'art. 1454 cod. civ. richieda, quale presupposto per la sua applicazione, un inadempimento attuale, giacché – come oramai più volte precisato – nulla impedisce di ravvisare nel contegno debitorio, seppur posto in essere prima della scadenza del termine, una violazione di specifici doveri accessori che, in quanto attuali in un momento precedente rispetto a quello previsto per l'esecuzione del contratto, possono essere senz'altro lesi, pur in costanza dell'inesigibilità della prestazione.

Qualche dubbio potrebbe suscitare, in realtà, l'applicabilità del meccanismo di cui all'art. 1454 cod. civ. nei casi in cui il dovere violato dal debitore, essendo funzionalmente strumentale al dovere di prestazione, com'è per il dovere (preparatorio) di sforzarsi in direzione dello scopo, risulti privo dell'autonomia necessaria ai fini della sua attivazione in giudizio. Problema che si pone soprattutto qualora non si ritenga di poter estendere il carattere di autonomia rispetto alla prestazione principale anche ad obblighi considerati tradizionalmente privi del suddetto connotato¹⁷⁶, com'è ad esempio per i doveri preparatori all'adempimento.

Senonché, si ritiene che un superamento dell'ostacolo all'esperibilità del rimedio di cui all'art. 1454 cod. civ., rappresentato dalla mancanza di autonomia del dovere accessorio violato rispetto a quello principale di prestazione, sia possibile, con conseguente estensione della sua attivazione ad ogni ipotesi in cui sia dato riscontrare una deviazione dal programma contrattuale nella fase propedeutica all'esecuzione della prestazione, sol che si consideri che il mezzo ivi contemplato, connesso all'attribuzione di un termine per l'adempimento, viene talvolta concesso proprio quale strumento diretto a reagire alla violazione del dovere preparatorio, in quanto tale necessariamente strumentale al dovere di prestazione¹⁷⁷.

È quanto accade, ad esempio, ai sensi degli artt. 1662 e 2224 cod. civ., i quali, pur costituendo norme speciali, dettate nell'ambito della disciplina dei contratti d'appalto e d'opera¹⁷⁸, confermerebbero la tesi secondo cui anche la lesione di un dovere privo di

¹⁷⁶ Sul punto, v. *supra*.

¹⁷⁷ In dottrina ci si chiede se le disposizioni speciali possano ritenersi riconducibili a quella generale *ex art.* 1454 cod. civ. Sul punto, si veda A. VENTURELLI, *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinallagmatica «anticipata»*, cit., 470 ss.

¹⁷⁸ La *ratio* sottesa alla regola di cui agli artt. 1662 e 2224 cod. civ. si spiegherebbe proprio in considerazione della peculiare natura dei contratti per i quali è dettata e per i quali è destinata ad operare, caratterizzati per la necessità che il debitore svolga, prima che la prestazione finale sia divenuta esigibile, una determinata attività preparatoria, strumentale all'esatto adempimento (v. V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 128 s.). Senonché, si è di recente precisato, nulla impedirebbe di estendere il rimedio previsto dalle citate disposizioni a tutti i contratti in cui l'adempimento presupponga

autonomia rispetto a quello principale non potrebbe restare priva di conseguenze; ed anzi, pur senza consentire alla parte *in bonis* di domandare senz'altro lo scioglimento e/o di chiedere, prima della scadenza, il risarcimento del c.d. interesse positivo, siffatta lesione legittimerebbe il contraente fedele ad attivare quel particolare meccanismo di diffida e di fissazione di un termine di grazia il quale assumerebbe, nella specifica ipotesi, una funzione *lato sensu* cautelare del dovere principale ancora inesigibile¹⁷⁹.

Dubbia rimane, invero, la qualificazione giuridica della situazione anteriore, idonea a fungere da presupposto all'attivazione del meccanismo descritto dalle citate disposizioni. Secondo una prima tesi, le norme menzionate sarebbero invocabili in presenza di una situazione che, non essendo ancora tale da consentire senz'altro lo scioglimento del contratto (*ex art. 1453 cod. civ. o ex art. 1668 cod. civ.*), possa essere valutata come sufficientemente univoca solo in virtù dell'infruttuosa scadenza del termine concesso dal committente. A tale opinione se ne contrappone, tuttavia, un'altra, per la quale sussisterebbe, di contro, la necessità di riscontrare, ai fini dell'attivazione della speciale tecnica di tutela, un inadempimento attuale e già sufficientemente grave del rapporto¹⁸⁰.

comunque il compimento, *medio tempore*, di specifici obblighi preparatori. In tal senso pare V. PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 97 s. Cfr. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 205; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 574 s., secondo il quale il ricorso al meccanismo descritto dagli artt. 1662 e 2224 cod. civ. sarebbe comunque possibile nei soli contratti ad esecuzione prolungata e non anche in quelli ad esecuzione istantanea. Il rilievo non è tuttavia da condividere, giacché non è vero che in tali casi non è richiesta alcuna attività preparatoria: lungi dal poter operare nei soli casi di decadenza dal beneficio del termine, la risoluzione anticipata sarebbe anche possibile, anche nei contratti ad esecuzione istantanea, a seguito della diffida e dell'inutile decorso del termine (di grazia) fissato dalla controparte. Nel senso che la medesima ratio sottesa agli artt. 1662 e 2224 cod. civ. potrebbe ravvisare anche nei casi che, pur non essendo caratterizzati da un'esecuzione prolungata della prestazione, si connotano per un differimento nel tempo dell'esecuzione medesima, v. A. VENTURELLI, *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinallagmatica «anticipata»*, cit., 497 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 214 ss., secondo il quale anche in tali ipotesi non si potrebbe infatti lasciare il creditore inerte di fronte ad una condotta debitoria che si presenti contraria rispetto al dovere di adempimento. E si potrebbe altresì riflettere sulla possibilità di riconoscergli un potere di controllo analogo a quello attribuito al committente nei contratti d'opera e di appalto

¹⁷⁹ La previa diffida e la necessità di fissare un termine perché l'esecutore dell'opera possa dimostrare la propria capacità d'adempire avrebbe appunto la funzione di evitare i rischi che inevitabilmente corre chi decide di sciogliere anticipatamente il vincolo: nell'ipotesi in cui il debitore non provveda a porre riparo alla situazione venutasi a creare, il committente può infatti risolvere il contratto senza temere di dover successivamente rispondere delle conseguenze derivanti da un'eventuale errata valutazione circa la sussistenza di un inadempimento (grave) della controparte. Al riguardo, si rinvia alle osservazioni di V. PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 56. Cfr. M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 575 ss.

¹⁸⁰ Per le diverse opinioni, cfr. D. RUBINO, voce *Appalto privato*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, 693 ss.; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 237 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *La risoluzione di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., 150 ss.; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 167 s.; G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 311 ss.; O. CAGNASSO,

Le due tesi non sarebbero necessariamente fra loro incompatibili. Si potrebbe infatti ritenere che il creditore *in bonis* sia legittimato a diffidare la controparte anche qualora non sussista ancora un vero e proprio inadempimento rilevante ai fini risolutori secondo quanto disposto dagli artt. 1453 e 1455 o dall'art. 1668 cod. civ., purché – si capisce – un siffatto inadempimento possa essere riscontrato al momento in cui venga provocato lo scioglimento¹⁸¹.

Ma anche ove si ritenesse di aderire alla tesi, per vero non isolata, secondo la quale l'attivazione del meccanismo propedeutico alla risoluzione stragiudiziale di cui all'art. 1454 cod. civ. richiederebbe sin dall'origine un inadempimento grave ai sensi dell'art. 1455 cod. civ., siffatta soluzione non sarebbe comunque di per sé estendibile al parzialmente diverso strumento di cui agli artt. 1662 e 2224 cod. civ., ai sensi dei quali indice di valutazione della concreta realizzabilità del futuro inadempimento (il quale consente, quindi, di procedere alla fissazione del termine di grazia) è non già un'inattuazione grave del rapporto, quanto piuttosto la (semplice) mancata conformazione debitoria alle condizioni contrattuali¹⁸².

3.4. STRUMENTI DI REAZIONE PREDISPOSTI CONTRO LE IPOTESI DI MERO PERICOLO DEL FUTURO INADEMPIMENTO. PORTATA DELLE DISPOSIZIONI VIGENTI ED ASPETTI PROBLEMATICI.

Maggiori difficoltà si pongono, non solo quanto alla possibilità di attivare il meccanismo di cui all'art. 1454 cod. civ. (o, in alternativa, quello *ex* artt. 1662 e 2224 cod. civ.), ma più in generale con riguardo all'individuazione dei mezzi di tutela esperibili *medio tempore*, nei casi in cui, pur in mancanza di una qualsiasi violazione posta in essere nella fase di pendenza, sia ciononostante dubbia la realizzabilità dello scambio al momento dovuto.

Difficoltà che si presentano, ad esempio, sulla base di quanto precisato nei paragrafi precedenti, anche qualora il rifiuto debitorio, privo, ad esempio, dei caratteri di cui all'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ., non si accompagni ad una più ampia linea di condotta contraria al dovere di adempimento. Come notato, la dichiarazione da parte del

voce *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987, 170; V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 159 ss.

¹⁸¹ Ci si chiede peraltro se la risoluzione successiva all'inutile decorso del termine debba essere intesa quale conseguenza della mancata regolarizzazione entro il termine fissato nella diffida; o se si fondi, per converso, sulla violazione – anticipatamente riscontrata a seguito dell'inutile decorso del termine fissato – dell'obbligo contrattuale che impone al debitore di eseguire l'opera a regola d'arte.

¹⁸² A. VENTURELLI, *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinallagmatica «anticipata»*, cit., 479, 492. V. anche M.C. CERVALE, *La responsabilità dell'appaltatore*, Milano, 1999, 140. In giurisprudenza, si veda, ad esempio, CASS., 4.3.1993, n. 2653, *Arch. civ.*, 1993, 803.

debitore della volontà di non adempiere alla scadenza integrerebbe, infatti, una violazione rilevante ai fini dell'immediata risoluzione del vincolo solo ove fossero riscontrabili indici certi circa l'inesorabilità dell'inadempimento futuro¹⁸³.

Tuttavia, se un rifiuto accompagnato da una condotta conforme all'assenza della volontà di eseguire la prestazione dovuta non pare sollevare dubbi in ordine alla sussistenza di una violazione del dovere che grava sul debitore di sforzarsi nella direzione dell'esecuzione della prestazione (cui è immanente altresì quello di astenersi dal porre in essere atti idonei a pregiudicare l'esecuzione della prestazione alla scadenza), la dichiarazione debitoria in quanto tale nulla è in grado di dire in ordine alla lesione (attuale) da parte del debitore del suddetto dovere preparatorio. Sicché, se la stessa può considerarsi come predittiva – peraltro con un grado di sicurezza che è tutto da decidere – di un futuro inadempimento, non è però idonea ad integrarlo di per sé¹⁸⁴.

A tal riguardo va precisato che, pur avendo – “per vanteria” o per altre ragioni – rifiutato l'adempimento, il debitore potrebbe essersi ciononostante attivato nella direzione dell'adempimento¹⁸⁵. In questa, sia pur marginale ipotesi, in cui la manifestazione oppositiva non risulti conforme alla condotta del debitore, non vi sarebbe quindi, salvo voler attribuire alla buona fede una portata così ampia, alcuna violazione di un dovere attuale, né il rifiuto sarebbe di per sé sufficiente a determinare un'impossibilità della prestazione.

Si potrebbe, anzi, dubitare della stessa contrarietà a correttezza della dichiarazione di non adempiere: manifestando l'intenzione di non eseguire la prestazione dovuta prima

¹⁸³ V. *supra*.

¹⁸⁴ Cfr. A.M. BENEDETTI, in *Annuario del contratto 2013*, cit., 227 ss. Nel senso che la dichiarazione oppositiva non integrerebbe di per sé inadempimento, si veda anche L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, cit., 51 s.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 15, il quale, dopo aver precisato la non coincidenza dell'esigibilità del credito e dell'attualità del tempo della prestazione, assumendo, a presupposto dell'inadempimento, non già la prima ma soltanto la seconda delle due condizioni/circostanze, sottolinea come debba “coerentemente darsi risposta negativa al quesito se sia già inadempiente il debitore che anteriormente al termine della prestazione dichiara di non voler adempiere”. L'A. parrebbe tuttavia ammettere la possibilità di ravvisare una decadenza dal beneficio del termine del debitore, il quale abbia, con la propria dichiarazione, reso ragionevolmente certo il futuro inadempimento (v. *supra*).

¹⁸⁵ V., ad esempio, G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 488 s. Cfr. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 38 ss., il quale osserva che il debitore potrebbe, durante il giudizio sorto sul suo rifiuto anticipato, eseguire la prestazione, sottraendosi così agli effetti dell'inadempimento; e ciò in linea con quel indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale la risoluzione può essere dichiarata a ben vedere solo se all'esito del giudizio l'inadempimento perdura. Di fronte alla domanda di scioglimento del contratto, che, com'è noto, è preclusiva dell'adempimento e all'alternativa per il giudice di accoglierla o rigettarla, in quanto precocemente formulata (cfr. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 53), egli – consapevole della circostanza che l'inadempimento dichiarato è cosa diversa da quello in atto - non potrebbe allora che optare per il secondo corno dell'alternativa.

del tempo previsto per l'attuazione del rapporto il debitore consentirebbe, infatti, al creditore di ritornare sul mercato per cercare di realizzare in altro modo l'interesse preso di mira. Ne deriverebbe, allora, che il rifiutante porrebbe in essere un comportamento meno scorretto di chi, consapevole di non voler o di non poter adempiere, attendesse "in silenzio" la scadenza del termine¹⁸⁶.

Dubbia restando la possibilità di ravvisare nel rifiuto una condotta contraria al dovere di buona fede, ciò che si verificherebbe in presenza di manifestazione debitoria della volontà di non adempiere sarebbe, semmai, una situazione di pericolo di un inadempimento futuro¹⁸⁷; sicché si dovrebbe riflettere sulla possibilità di applicare non già i rimedi che presuppongono l'esistenza di una violazione attuale, la cui esperibilità in presenza di una situazione di semplice probabilità del futuro inadempimento rischierebbe addirittura di pregiudicare la vincolatività stessa del contratto¹⁸⁸, quanto piuttosto quelli aventi carattere conservativo-cautelare, predisposti contro il rischio della futura inesecuzione della prestazione¹⁸⁹.

In particolare, e salva la possibilità di riscontrare nella fattispecie concreta una delle circostanze descritte dall'art. 1186 cod. civ.¹⁹⁰ (o – eventualmente – una circostanza diversa, ma assimilabile a quelle elencate), il creditore avrebbe la possibilità, in presenza degli ulteriori presupposti a tal fine richiesti, o di ricorrere ad uno dei rimedi cautelari di cui agli artt. 2900 ss. cod. civ. o di sospendere l'esecuzione della prestazione ex art. 1461 cod. civ.¹⁹¹, disposizione che prevede appunto la possibilità per la parte contrattuale tenuta ad adempiere per prima di sollevare l'eccezione dilatoria, sospendendo l'esecuzione della prestazione dovuta, ogniqualvolta sopravvenga, dopo la stipulazione

¹⁸⁶ A. VENTURELLI, *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, cit., 154.

¹⁸⁷ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 226; G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 488 s.; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 163 s.

¹⁸⁸ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 227 ss., secondo il quale il riconoscimento della risoluzione anticipata anche in presenza del solo ragionevole rischio di inadempimento determinerebbe di conseguenza un sovvertimento delle regole di responsabilità che la legge né giustifica né autorizza.

¹⁸⁹ Ma v. A. VENTURELLI, *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, cit., 159 s., il quale ritiene di poter distinguere tra i casi di rifiuto serio e definitivo, idoneo a determinare una situazione di irreversibilità tale da legittimare la parte contrattuale fedele a ricorrere senz'altro alla tutela risolutoria, e quelli in cui il rifiuto, non presentando i suddetti caratteri, evidenzia solo un pericolo del futuro adempimento, con conseguente impossibilità per il creditore "di prendere in parola la sua controparte".

¹⁹⁰ Nel senso che la citata disposizione non regolerebbe in realtà uno strumento di reazione contro le situazioni di pericolo del futuro inadempimento, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 322.

¹⁹¹ Per i rapporti fra inadempimento, pericolo di inadempimento, eccezioni dilatorie ed art. 1186 cod. civ., v. L. BIGLIAZZI GERI, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1991, 341 s.

del contratto, un deterioramento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, tale da far temere il conseguimento della controprestazione.

Non occorre, peraltro, ai fini dell'invocabilità del rimedio di cui all'art. 1461 cod. civ., il riscontro di un pericolo immediato, essendo sufficiente anche solo un ragionevole e fondato timore, basato su una minaccia non meramente ipotetica, circa l'incapacità debitoria di adempiere. Anche se, va sin d'ora precisato, non si ritiene possa considerarsi sufficiente, per poter sollevare l'eccezione dilatoria, una mera rappresentazione soggettiva del pericolo non corroborata dalla allegazione di circostanze oggettive e concrete¹⁹².

La disposizione dell'art. 1461 cod. civ. coincide, quantomeno sul piano rimediabile, con le analoghe disposizioni contenute nei testi e progetti di disciplina uniforme nonché in taluni corpi normativi nazionali, le quali pure prevedono la possibilità per il contraente *in bonis* di sospendere l'adempimento qualora sia incerto se l'altra parte adempirà o no al momento dovuto.

La regola italiana si distingue, tuttavia, da quelle di diritto sovranazionale sul piano dei presupposti che legittimano il ricorso al rimedio dilatorio.

Innanzitutto, essa non sembra attribuire rilevanza, stando alla sua formulazione letterale, alle cause di pericolo anteriori (o contestuali) alla conclusione del contratto, le quali si manifestino tuttavia solo in un momento successivo alla stipulazione.

Tali ipotesi sono prese in considerazione, ad esempio, dalla disposizione dell'art. 71 CISG che riconosce appunto rilievo, ai fini dell'esperibilità del rimedio dilatorio, a tutte le circostanze e situazioni che, benché maturate in un momento anteriore alla stipulazione del negozio, siano tuttavia divenute evidenti solo in un momento successivo. Di egual tenore è, altresì, il nuovo § 321 BGB che consente oggi di attribuire rilevanza non solo ai casi di pericolo sopravvenuto alla conclusione del contratto, ma anche a quelli in cui la situazione da cui origina la minaccia, sussistente già all'atto della stipula, sia divenuta riconoscibile solo dopo il perfezionamento dell'atto di privata autonomia.

Nonostante la lettera dell'art. 1461 cod. civ. sembri deporre in senso contrario ad una soluzione affermativa della questione sulla rilevanza delle cause di pericolo preesistenti, si deve comunque rilevare come l'orientamento pressoché unanime della giurisprudenza e della dottrina sia nel senso di ammettere l'applicabilità della

¹⁹² L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 58 s. L'A. rileva comunque come idonea a sollevare l'eccezione dilatoria si ritenga, tuttavia, - generalizzando soluzioni previste ai fini peculiari (il riferimento è all'art. 1481 cod. civ.) - l'esistenza di qualsiasi situazione "evincente" di un terzo, sulla cui fondatezza non sarebbe peraltro necessario indagare.

disposizione anche nei casi in cui l'insorgenza del pericolo sia precedente alla conclusione del contratto, ma si manifesti solo successivamente ad essa; a condizione, si capisce, che sia ignorata senza colpa dalla parte *in bonis*, la quale ne sia venuta a conoscenza solo dopo che il contratto si sia concluso¹⁹³.

È appunto in tal senso che andrebbe interpretato il silenzio della disposizione citata che, a differenza del precedente art. 1469, comma 2°, del codice del 1865, il quale attribuiva rilevanza alle sole circostanze sopravvenute¹⁹⁴, nulla dice in ordine al momento a partire dal quale il mutamento acquisti significato¹⁹⁵. Sarebbe appunto la nuova formulazione della disposizione ad imporre quindi di affermare, in linea peraltro con le indicazioni provenienti da un esame storico e comparato, che il deterioramento delle condizioni economiche possa ritenersi rilevante anche ove le cause dello stesso, sussistenti bensì al momento dell'accordo, fossero tuttavia incolpevolmente ignorate dal contraente fedele, manifestandosi solo in un momento successivo¹⁹⁶.

¹⁹³ V, fra le tante, CASS., 20.2.2008, n. 4320, in *Giur. it.*, 2008, 2480; CASS. 24.2.1999, n. 1574, *Corr. giur.*, 1999, 1259. Conf. F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., *passim*, spec. 233 ss.; F. PIRAINO, *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 cod. civ.*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, 396 (v. anche p. 398, nota n. 43 per ulteriori riferimenti giurisprudenziali). Per l'estensione della regola anche all'errore colposo, M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 570 s.

¹⁹⁴ È appena il caso di notare che la tendenza ad ampliare l'ambito di operatività della disposizione sull'eccezione dilatoria fu presente già nel vigore dell'art. 1469, comma 2°, cod. civ., spesso oggetto di un'interpretazione – allora sì - antiletterale da parte degli interpreti. Sul punto, si veda F. ADDIS, *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, cit., 38 ss.

¹⁹⁵ Attribuiscono rilevanza alla mancata riproduzione nell'art. 1461 cod. civ. della limitazione temporale della rilevanza delle condizioni patrimoniali al periodo della conclusione del contratto: F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 116 ss., 121 ss.; F. PIRAINO, *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 c.c.*, cit., 396. Cfr. R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, cit., 112 ss., la quale, nonostante l'accusa di "antiletteralità" della tesi proposta, ritiene ciononostante di potervi aderire. Per le risposte alle accuse del carattere antiletterale dell'interpretazione di cui nel testi, si veda ancora F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 258 s. Pare condividere le osservazioni del Prof. Addis anche F. PIRAINO, *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 c.c.*, cit., 398 s.; ID., in *Annuario del contratto 2013*, cit., 219.

¹⁹⁶ Nel senso che il mutamento può essere anche solo gnoseologico, non necessariamente ontologico, v. F. ADDIS, *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, cit., 40. F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., *passim*, spec. 199 ss., 233 ss., secondo il quale non avrebbe senso invocare, per argomentare in senso contrario, l'art. 1482 cod. civ., disposizione che si differenzia dall'art. 1461 cod. civ. sotto diversi profili. Innanzitutto, essa si riferisce ad un'ipotesi di violazione attuale. Inoltre, non è affatto vero che la disposizione dettata in materia di compravendita prevede l'irrelevanza dell'ignoranza colposa. È quanto dimostrano, del resto, gli approdi della dottrina specialistica. Cfr. F. PIRAINO, *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 c.c.*, cit., 389, 396 s. *Contra*, tuttavia, R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 682 s.

Sussisterebbe, quindi, in definitiva, un'identità di presupposti, quantomeno sotto il profilo in esame, fra la disposizione italiana e quella contenuta nella legge uniforme (cfr. art. 71 CISG), pur a fronte dell'innegabile maggiore chiarezza della seconda¹⁹⁷.

Un ulteriore profilo di diversità tra la disposizione contenuta nel nostro codice civile e quelle menzionate riguarda, poi, il presupposto oggettivo che deve sussistere affinché possa invocarsi il rimedio della sospensione¹⁹⁸.

L'art. 1461 cod. civ. ricollega infatti la possibilità di sollevare l'eccezione dilatoria alle sole ipotesi in cui sia riscontrabile un mutamento delle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti¹⁹⁹; più precisamente di quello il cui obbligo di adempiere, essendo sottoposto a termine, non sia ancora attuale.

Ai fini dell'esperimento del rimedio dilatorio non occorre, peraltro, come già si è avuto modo di rilevare, una situazione di insolvenza, richiesta invece al diverso fine dell'immediata esigibilità della prestazione *ex art. 1186 cod. civ.*

Si discute in realtà, fra gli interpreti italiani, circa la possibilità di estendere il campo di operatività della citata disposizione, sì da renderla applicabile anche nei casi in cui altri e diversi siano i fattori di pericolo di inadempimento²⁰⁰.

A tal proposito, la dottrina maggioritaria continua a negare che l'art. 1461 cod. civ. consenta di per sé un adattamento della regola dallo stesso dettata alla fisionomia di fattispecie diverse da quella espressamente prevista. Non manca tuttavia chi ritiene di poter dare un'interpretazione, se non analogica, preclusa in ragione della specialità del rimedio previsto²⁰¹, quantomeno estensiva della disposizione citata, con conseguente possibilità per l'eccezione di ricorrere al rimedio dilatorio oltre il campo di applicazione che parrebbe emergere dalla lettera dell'art. 1461 cod. civ.²⁰²: il rimedio dilatorio, si è

¹⁹⁷ F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 264; F. PIRAINO, *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 c.c.*, cit., 401.

¹⁹⁸ Per l'ambito di applicazione dell'art. 71 CISG e del § 321 BGB, v. più approfonditamente *infra*.

¹⁹⁹ Locuzione questa che, come si è avuto modo di precisare, sta ad indicare una situazione economica meno grave di quella dell'insolvenza, la quale soltanto autorizza, insieme alla diminuzione delle garanzie date o la mancata prestazione di quelle promesse, l'immediata esigibilità del credito. Così, ad esempio, A. DIMAJO, voce *Termine*, cit., 219.

²⁰⁰ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui l'attività di produzione del debitore venga pregiudicata da un incendio o da uno sciopero verificatosi nella sua fabbrica.

²⁰¹ Per il carattere eccezionale del rimedio di cui all'art. 1461 cod. civ., in quanto strumento di autotutela, si veda A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali* cit., 92 s., il quale, facendo leva sulla natura del rimedio previsto, sottolinea l'insuscettibilità della disposizione di essere oggetto di applicazioni analogiche (e addirittura estensive) fuori dall'ambito contrattuale. Sulla portata dell'art. 1461 cod. civ., cfr. F. ADDIS, *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, cit., 28 s.

²⁰² Così, ad esempio: L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, cit., 58 s., testo e nota n. 50; F. ADDIS, *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto*

precisato, potrebbe così trovare applicazione, oltrech  nei casi di un mutamento *in peius* delle condizioni patrimoniali dell'obbligato, anche, ad esempio, quando una parte abbia dichiarato di non voler o poter pi  adempiere o abbia comunque dimostrato, mediante il proprio comportamento, l'assenza della volont  o della capacit  di eseguire la prestazione dovuta (senza tuttavia pregiudicarla grandemente, rendendo con ci  possibile l'esperimento di un rimedio di portata pi  incisiva)²⁰³.

Quanto agli argomenti impiegati per poter superare l'ostacolo della formulazione dell'art. 1461 cod. civ., i sostenitori della tesi ermeneutica favorevole ad un'interpretazione ampia della citata disposizione ritengono di poterne estendere l'ambito di applicabilit , ad esempio, mediante una sua lettura combinata con l'art. 1460 cod. civ.²⁰⁴ che, com'  noto, prevede la possibilit  per la parte di un contratto a prestazioni corrispettive di rifiutare l'adempimento della sua prestazione, se l'altro contraente non adempia o non offra di adempiere contemporaneamente la propria²⁰⁵. Pur presentando un diverso campo di operativit  e pur ispirandosi ad una *ratio* parzialmente diversa, le due disposizioni costituirebbero, com'  stato osservato, due aspetti di un medesimo istituto ed applicazione del medesimo principio²⁰⁶. Inoltre, gli strumenti dalle medesime previsti e disciplinati avrebbero un'identit  di funzione, tendendo entrambi alla conservazione del vincolo, cos  come alla corretta e puntuale attuazione del sinallagma contrattuale²⁰⁷. Se interpretati sistematicamente, gli articoli citati consentirebbero, quindi, un ampliamento del presupposto oggettivo dell'eccezione dilatoria, la quale sarebbe opponibile pertanto tutte le volte in cui, indipendentemente dall'ordine cronologico delle prestazioni

privato europeo, cit., 32 ss.; R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, cit., 289, testo e nota n. 63.

²⁰³ Gli interpreti favorevoli ad attribuire carattere di immediata lesivit  al rifiuto debitorio hanno osservato come l'eccezione di cui all'art. 1461 cod. civ. sarebbe in realt  ad esso applicabile solo ove la manifestazione oppositiva, lungi dall'essere connotata da una valutazione in chiave di irreversibilit  sufficiente ad escludere un successivo ravvedimento del debitore, sia tale da lasciare un certo margine di dubbio in ordine alla possibilit  della futura esecuzione della prestazione dovuta. Cfr. F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 427 ss. Anche qualora si muova dal presupposto dell'immediata lesivit  del rifiuto debitorio, purch  connotato dai caratteri della seriet  e della definitivit , non si pu  poi non rilevare come la possibilit  di equiparare siffatta manifestazione oppositiva ad un inadempimento attuale renda a ben vedere pi  opportuno, per la parte destinataria della dichiarazione, il ricorso all'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 cod. civ.

²⁰⁴ Cfr. F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 430 ss., 474 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, cit., 58 ; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 556.

²⁰⁵ Per la medesima costruzione diadica, v. artt. 1612 e 1613 *Code civil* (per le recenti modifiche, v. supra, capitolo I ed infra, capitolo V) e §§ 320 e 321 BGB.

²⁰⁶ Per un'analisi storica degli artt. 1460 s. cod. civ. e per la loro vocazione europeistica, v. F. ADDIS, *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, I, 22 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁰⁷ A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali (Artt. 1460-1461)*, cit., 93.

corrispettive fissato dalle parti, si fosse in presenza di un elevato pericolo di inadempimento che, seppur non dettato da ragioni connesse al mutamento delle condizioni patrimoniali della controparte e non ancora concretizzatosi nell'attuale violazione dell'obbligo da eseguire, risultasse ciononostante idoneo ad alterare l'affidamento nella futura attuazione del contratto.

La correttezza dell'interpretazione favorevole a consentire l'impiego dell'eccezione dilatoria in tutti i casi in cui sia dato registrare un innalzamento del rischio della futura inattuazione (o quantomeno in quelli in cui la minaccia dell'inadempimento derivi dalla mancata capacità del debitore di adempiere) emergerebbe, poi, anche dalla norma dell'art. 71 CISG. La disposizione contenuta nel testo della legge uniforme presenta infatti – come accennato – una formulazione molto più ampia rispetto al nostro art. 1461 cod. civ. In particolare, essa è destinata ad operare non solo nelle ipotesi di mutamento delle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti, ma, più in generale, qualora sussista una situazione di incapacità del debitore di adempiere²⁰⁸. Sarebbe, quindi, proprio la regola contenuta nella legge uniforme a consentire di “integrare l'attuale 1461” che, come si è osservato dagli interpreti, risulta nella sua formulazione letterale “manifestamente ancorato ad una visione superata dei rapporti d'impresa”²⁰⁹, derubricando il presupposto ivi previsto a mera esemplificazione di una situazione di pericolo che ben potrebbe essere dovuta a cause (di incapacità) diverse da quella espressamente contemplata.

Si tratta peraltro di capire se tale integrazione possa avvenire in via meramente interpretativa, valorizzando altresì il collegamento che sembrerebbe esistere fra gli artt. 1460, 1461, 1481 e 1482 cod. civ.²¹⁰ e la disposizione inserita nella CISG; o se gli

²⁰⁸ Per la necessità di volgere lo sguardo al diritto uniforme, F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 121 ss.; ID., *Le eccezioni dilatorie*, cit., 433 s. Secondo l'A. “l'applicazione generalizzata della tutela dilatoria al pericolo d'inadempimento” consentirebbe altresì di “restituire coerenza sistematica all'ordinamento”, nel quale “è già vigente una disposizione che individua il fondamento della tutela dilatoria nel contratto a prestazioni corrispettive proprio e soltanto nel pericolo d'inadempimento”. “il riferimento è” appunto, come precisa l'A., “all'art. 71 della Convenzione di Vienna”. Cfr. A. VENTURELLI, *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, cit., 159; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 556. Cfr. anche F. PADOVINI, *L'eccezione di pericolo di inadempimento (Unsicherheitseinrede)*, cit., 273 ss.

²⁰⁹ Così, già nel 1980, G. SANTINI, *La sospensione e la risoluzione anticipata del contratto*, in *La vendita internazionale. La convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 (Atti del Convegno degli Studi di S. Margherita Ligure, 26-28 settembre 1980)*, Milano, 1981, 244 s. Sottolinea, in particolare, l'A. che “nei tempi moderni, non può dirsi che l'interesse del contraente sia soltanto quello che rimanga intatta la generica garanzia patrimoniale costituita dai beni del debitore”. Cfr. F. PADOVINI, *L'eccezione di pericolo di inadempimento (Unsicherheitseinrede)*, cit., 276.

²¹⁰ Nel senso che l'art. 71 CISG, pur senza prestarsi ad un'interpretazione analogica, consentirebbe tuttavia di trarre dallo stesso indicazioni utili per allargare i presupposti fattuali dell'art. 1461 cod. civ., F. PIRAINO, *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 cod. civ.*, cit., 383. Per la

ostacoli che si frappongono ad una siffatta operazione ermeneutica, volta ad ampliare l'ambito di operatività della disposizione di diritto interno – peraltro eccezionale in ragione della specialità del rimedio di autotutela dalla stessa previsto – sulla base di un presunto collegamento sistematico con altre regole dettate in contesti specifici o aventi – come l'art. 71 CISG – addirittura derivazione sovranazionale, richiedano piuttosto un intervento del legislatore analogo a quello operato in occasione della “*Schuldrechtsmodernisierung*” tedesca²¹¹.

Al riguardo, va rammentato che è stato appunto l'art. 71 CISG a costituire il modello per la riformulazione del § 321 BGB, il quale disciplina oggi la c.d. “*Unsicherheitseinrede*”, eccezione che ha sostituito la precedente “*Vermögensverschlechterungseinrede*”. A differenza di quest'ultima, la quale era fondata, al pari di quella prevista dal nostro art. 1461 cod. civ., sul mero mutamento nella condizione patrimoniale di uno dei contraenti, l'eccezione di insicurezza contemplata dal nuovo § 321 BGB è opponibile oggi, al pari di quella disciplinata dall'art. 71 CISG, in tutti i casi in cui sia riscontrabile un pericolo di inesecuzione frutto di insufficiente capacità d'adempire (o “*mangelnde Leistungsfähigkeit*”); inoltre, ed analogamente a quanto previsto dalla legge uniforme, anche qualora la causa dell'incapacità sia preesistente al perfezionamento del vincolo (purché – si capisce – essa sia divenuta riconoscibile in un momento successivo).

4. FATTISPECIE SOTTOPOSTE A TERMINE DI EFFICACIA. PROFILI RIMEDIALI ED ANALOGIE CON IL NEGOZIO CONDIZIONATO.

Analizzato il quadro dei rimedi esperibili in pendenza del termine adempitorio, e sottolineate le difficoltà connesse all'estendibilità dell'operatività delle disposizioni vigenti oltre i confini dalle medesime tracciati, ci si potrebbe domandare se sia possibile giungere alle medesime conclusioni appena prospettate in ordine alla possibilità di

stretta parentela fra gli artt. 1461 e 1481 cod. civ., si veda A.M. BENEDETTI, cit., 93, testo e nota n. 6, nella quale l'A. contesta la tesi di altra autorevole dottrina (v. L. BIGLIAZZI GERI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 80), secondo la quale il rimedio di cui all'art. 1481 cod. civ., esperibile nei casi di pericolo di rivendica e quindi a prescindere da un peggioramento delle condizioni economiche dell'altra parte, sarebbe accostabile a quello *ex art.* 1460 cod. civ. Osserva, invero, l'A. che la disposizione dell'art. 1481 cod. civ., richiederebbe, quale presupposto per la sua applicazione, pur sempre un pericolo, e non un inadempimento già in atto. Ne deriverebbe, allora, una maggiore affinità dello strumento di tutela dalla medesima previsto con l'eccezione di cui all'art. 1461 cod. civ.

²¹¹ Sul punto va detto sin da subito che l'estensione dell'operatività del rimedio oltre i confini emergenti dalla formulazione della disposizione normativa potrebbe essere ottenuta anche mediante un corretto esercizio del potere di autonomia privata in sede di predisposizione del regolamento contrattuale. Per maggiori approfondimenti, v. *infra*.

attribuire rilevanza alla fase *ante diem* e ad ammettere di conseguenza l'esperibilità immediata degli strumenti di tutela contro l'inadempimento o contro il pericolo dello stesso, anche nelle fattispecie sottoposte al c.d. termine (iniziale) di efficacia²¹², idoneo a differire nel tempo non solo l'attuazione dell'obbligazione, ma, più in generale, la produzione della totalità (o di parte) degli effetti finali del negozio.

Ciò che interessa capire è, precisamente, quale sia la diversa incidenza del termine di efficacia rispetto a quello di adempimento sugli interessi e sulle posizioni delle parti.

A tal proposito si è osservato, da parte di alcuni interpreti, che appunto in quanto privo di una propria autonoma disciplina il termine di efficacia sarebbe suscettibile di essere regolato dalle medesime disposizioni di quello adempitorio, le quali troverebbero applicazione *in toto* o, più precisamente, nei limiti di compatibilità, anche in caso di apposizione di una clausola di collocazione cronologica degli effetti dell'atto²¹³. Ne deriverebbe, quindi, l'applicabilità dell'art. 1185, comma 2°, cod. civ., ma anche dell'art. 1186 cod. civ. Sicché, in sostanza, per affermare la rilevanza della fase *ante diem*, e consentire di conseguenza l'esperibilità anticipata dei rimedi contro l'inadempimento nel periodo precedente alla scadenza del termine, potrebbero essere richiamati i medesimi argomenti impiegati con riguardo alle fattispecie *sub termine* di adempimento.

A tale impostazione si è obiettato, tuttavia, che il termine di efficacia, differendo nel tempo la produzione degli effetti del negozio, presenterebbe in realtà punti in comune non già col termine di adempimento, quanto piuttosto con la condizione sospensiva, con la conseguenza che, in caso di sua apposizione, opererebbero, non già gli artt. 1183 ss. cod. civ. e, fra questi, in particolare gli artt. 1185 e 1186 cod. civ.²¹⁴, quanto piuttosto le regole ed i principi dettati con riguardo all'elemento accidentale citato.

Come nella condizione sospensiva, il contratto sottoposto a termine di efficacia, seppur valido, sarebbe quindi, prima della scadenza, totalmente o parzialmente improduttivo di effetti; con la conseguenza che, *medio tempore*, sarebbe configurabile,

²¹² Sul quale, v. *supra*.

²¹³ M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006, 133; D. CARUSI, *Condizione e termini*, cit., 274, il quale ritiene applicabili la disposizione sul computo del tempo; anche se, precisa, all'idea di un'automatica applicazione sembra da preferire quella di un vaglio in concreto di interessi e circostanze.

²¹⁴ A. DI MAJO, voce *Termine*, cit., 198 s.; R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, cit., 85 s., secondo la quale applicare la decadenza *ex art.* 1186 cod. civ. al termine di efficacia significherebbe incidere sugli effetti del negozio in contrasto con la volontà delle parti.

soprattutto nell'ipotesi di differimento della totalità degli effetti contrattuali, solo una situazione di pendenza²¹⁵.

Da ciò non deriverebbe, invero, come taluno ha sostenuto in dottrina, la totale irrilevanza della stipulazione dell'atto né tantomeno l'inesistenza di qualsiasi relazione fra le parti che l'hanno stipulato: l'efficacia differita mediante l'apposizione di una condizione o di un termine iniziale sarebbe infatti solo quella finale²¹⁶.

Mentre, dunque, il rapporto fondamentale definitivo non sarebbe ancora sorto, nulla impedirebbe l'immediata instaurazione di un vincolo tra le parti, con la correlativa produzione, sin dal momento della stipulazione, dei c.d. effetti prodromici e/o preliminari; effetti che rappresenterebbero segnatamente il riflesso di quel principio della vincolatività del contratto di cui è parola nell'art. 1372 cod. civ.²¹⁷.

Nella fase di pendenza, il creditore *sub termine* (di efficacia) e/o *sub condizione* (sospensiva) non sarebbe quindi titolare di un vero e proprio diritto. La sua posizione nella fase di pendenza non sarebbe però del tutto irrilevante, ma assumerebbe i connotati di una situazione di aspettativa ("*Anwartschaft*"), destinata peraltro a convertirsi in effetto pieno ("*Vollwirkung*") al verificarsi dell'evento condizionale e/o alla scadenza²¹⁸.

L'esistenza di una siffatta situazione non consentirebbe, in definitiva, di affermare l'inesistenza dell'atto posto in essere dalle parti: il valido perfezionamento, segnando "il momento cronologico in cui si determina il passaggio dalla fase programmatica a quella realizzativa, attesta infatti l'avvenuta trasposizione, in forma giuridicamente rilevante, degli interessi che le parti hanno di comune accordo deciso di perseguire con lo strumento negoziale e, quindi, l'attualità degli stessi pur in attesa del verificarsi di un evento futuro"²¹⁹.

²¹⁵ È appena il caso di notare che nulla impedisce in realtà alle parti di differire nel tempo solo taluni degli effetti negoziali. In tal caso, non sussisterebbe a ben vedere nessun dubbio in relazione all'immediata rilevanza della violazione dei doveri immediatamente esigibili sin dal momento della scadenza.

²¹⁶ D. CARUSI, *Condizione e termini*, cit., 269, 331.

²¹⁷ D. CARUSI, *Condizione e termini*, cit., 269; R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, cit., 81 s.

²¹⁸ G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 214, il quale parla di un'aspettativa di diritto, accompagnata da un interesse alla conservazione del futuro negozio. Un analogo interesse sarebbe riscontrabile, inoltre, nei negozi relativi a beni futuri, nonché in quelli relativi a soggetti non ancora esistenti, così come – naturalmente – nel rapporto preparatorio (v. p. 213). V. p. 215, dove l'A. sottolinea che vi sarebbe un'affinità del caso in esame anche con quelle ipotesi in cui si verifica un semplice avvio di contatti in vista dell'eventuale formazione di un negozio.

²¹⁹ A. VENTURELLI, *Rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 134, 136, 138, 143, 242; P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., 256, nota n. 8, secondo il quale secondo il quale prima del verificarsi dell'evento condizionale il dovere di prestazione oggetto dell'obbligazione non solo non sarebbe ancora esigibile, ma sarebbe addirittura dubbio che lo possa mai diventare: sino a quel momento il soggetto passivo si troverebbe quindi in una situazione di mera soggezione all'accadimento dell'evento.

Il riscontro di una situazione di aspettativa giuridicamente rilevante non permetterebbe neppure di negare rilievo agli interessi di colui che ne è titolare, il quale non si troverebbe allora in una situazione di mera attesa fino alla scadenza del termine o al verificarsi dell'evento dedotto in condizione, ma avrebbe la possibilità di opporre il proprio titolo di acquisto ai terzi, così come di reagire di fronte ad atti e fatti tali da porre in pericolo il futuro conseguimento del diritto e da pregiudicare la sua aspettativa²²⁰.

La rilevanza della fase precedente al verificarsi dell'evento condizionale cui è subordinata l'efficacia del negozio, si deduce, ad esempio, dall'art. 1356 cod. civ., il quale attribuisce all'acquirente sotto condizione sospensiva il diritto di compiere atti conservativi del suo diritto (futuro)²²¹, così come dal successivo art. 1357 cod. civ., ai sensi del quale nulla impedisce al titolare dell'aspettativa di disporre di tale diritto; ferma restando, naturalmente, la produzione degli effetti degli atti posti in essere al verificarsi dell'evento condizionale.

A sostegno della tesi che nega l'inefficacia dell'atto in mancanza della produzione degli effetti definitivi, deporrebbe altresì la disposizione dell'art. 1358 cod. civ., ai sensi del quale colui che, essendo rimasto *medio tempore* nella titolarità del diritto, ha l'obbligo di comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni della controparte²²².

Orbene, le disposizioni sin qui citate, dettate prevalentemente con riguardo alle fattispecie *sub condicione* parrebbero invero poter trovare applicazione – in ragione dell'analogia delle situazioni che le connotano – pure con riferimento alle fattispecie *sub die*²²³.

Trasponibile sarebbe, ad esempio, la regola dell'art. 1356 cod. civ., il quale – come precisato – consente il compimento di atti conservativi in presenza di comportamenti che pregiudichino l'utilità dei futuri effetti contrattuali²²⁴.

²²⁰ V. G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 214, secondo il quale il titolare dell'aspettativa di diritto avrebbe interesse alla conservazione, alla stabilità dell'oggetto e del futuro negozio.

²²¹ L'aspettativa rappresenta, quindi, titolo di per sé sufficiente per la concessione di uno dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui agli artt. 2900 ss. cod. civ. Fra i poteri spettanti al titolare dell'aspettativa rientrerebbero, inoltre, quello del creditore pecuniario *sub condicione* di partecipare all'esecuzione immobiliare, accantonando le somme che eventualmente gli spettino (art. 563 cod. proc. civ.), così come quello, riconosciuto sempre al creditore pecuniario, di essere ammesso alla procedura fallimentare (artt. 55 e 127 l. fall.).

²²² Nel vigore del codice precedente l'art. 1163 recitava, invece, che “se la cosa perita è interamente perita per colpa del debitore, questi è tenuto al risarcimento dei danni verso il creditore”. Il professore ritiene preferibile tale formulazione.

²²³ R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, cit., 82 ss. Cfr. A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., 162, secondo il quale ai crediti soggetti a termine non è applicabile il concetto di pendenza proprio della condizione, nonostante anche al termine si applichi la tutela conservativa e cautelare prevista per la condizione.

²²⁴ R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, cit., 82 ss.

Ma suscettibile di trovare applicazione nelle ipotesi sottoposte a termine di efficacia sarebbe altresì l'art. 1358 cod. civ.²²⁵, il quale – si ribadisce – impone a colui che è titolare del diritto durante la fase di pendenza, di comportarsi secondo buona fede, ponendo in essere precisamente tutti gli atti necessari a mantenere integre le ragioni della controparte.

Anche in caso di differimento nel tempo (non solo dell'esecuzione di un'obbligazione, ma addirittura) di tutti gli effetti dell'atto, opererebbe quindi, sin dal sorgere del vincolo tra le parti, e quindi sin dal momento in cui venga posto in essere l'atto di privata autonomia, un effetto obbligatorio che, pur non coincidendo con quello sospeso, richiederebbe immediato adempimento da parte del soggetto obbligato.

Ciò posto, rimangono da chiarire le conseguenze dell'eventuale violazione del dovere di buona fede, sancito dall'art. 1358 cod. civ., posta in essere nella fase precedente alla scadenza del termine di efficacia.

A tal proposito non è mancato, fra gli interpreti, chi ha sottolineato, evidenziando correttamente la linea di discriminazione tra i due elementi della condizione e del termine, che sarebbe appunto la certezza circa la produzione degli effetti definitivi dell'atto che caratterizza le fattispecie *sub die*, a deporre nel senso di una maggiore intensità della tutela riconosciuta al titolare dell'aspettativa nei negozi sottoposti ad un termine di efficacia, cui spetterebbero quindi mezzi di reazione più incisivi di quelli che lo stesso avrebbe a disposizione nelle ipotesi *sub condicione*, la quale – pare superfluo sottolinearlo – è per sua definizione un avvenimento futuro ed incerto²²⁶.

²²⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 295, secondo il quale per affermare l'attualità del dovere di buona fede prima ancora della scadenza del termine sarebbe peraltro sufficiente interpretare in maniera estensiva l'art. 1375 cod. civ. come disposizione applicabile, nonostante la sua formulazione letterale, sin dal momento della venuta ad esistenza del contratto: sarebbe appunto dalla stipulazione che le parti assumerebbero l'obbligo di fare salve le reciproche ragioni e di rendere possibile la futura efficacia. Cfr. D. CARUSI, *Condizione e termini*, cit., 269.

²²⁶ Con l'apposizione della condizione verrebbe messa in forse la stessa produzione degli effetti del negozio. Nessun dubbio sussisterebbe, di contro, in ordine al verificarsi dell'evento futuro cui è subordinata l'efficacia nelle fattispecie *sub die*: il termine, infatti, può semmai indurre incertezza sul quando, non invece sull'*an* del verificarsi degli effetti. Per le differenze tra termine di efficacia e condizione sospensiva, v. I. FERRETTI, *Il termine di adempimento e la condizione di efficacia: criteri distintivi e conseguenze applicative*, cit., 1799 ss.; D. CARUSI, *Condizione e termini*, cit., 265 ss. L'elemento di diversità che distingue le due ipotesi e trova peraltro conferma sul piano del diritto positivo, dove la certezza dello scadere del termine ha portato all'introduzione di una diversa disciplina in materia di passaggio del rischio (v. art. 1465 cod. civ.) secondo che si tratti di una fattispecie *sub termine* o *sub condicione* (sul punto, si veda A. VENTURELLI, *Rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 133, 154; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 229), non potrebbe invero non influire in modo decisivo sulla disciplina ed, in particolare, sulla tutela dell'aspettativa nelle due ipotesi considerate. Così R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, cit., 83, 84; M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, cit., 132; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 213 ss.

La sicurezza dell'acquisto del diritto da parte del creditore nelle fattispecie sottoposte a termine consentirebbe, in particolare, di affermare che solo nella fase precedente alla scadenza di quest'ultimo e non anche in quella anteriore al verificarsi dell'evento dedotto in condizione, sarebbe dato riscontrare, in presenza di una condotta *lato sensu* antidoverosa del debitore, una situazione di certezza circa la futura violazione della prestazione principale²²⁷.

Non sussistendo dubbi in ordine alla produzione degli effetti alla scadenza del termine, in presenza di un comportamento contrario alla realizzazione del risultato atteso dal creditore, il quale renda addirittura certa l'irrealizzabilità dello scopo perseguito (si pensi, ad esempio, alla distruzione da parte del venditore dell'oggetto del trasferimento costituito da un esemplare unico), non vi sarebbe quindi ragione di limitare la tutela del creditore a quella meramente conservativa, dovendo lo stesso ritenersi legittimato ad esperire senz'altro i rimedi contro l'inadempimento²²⁸, con esclusione unicamente di quello risarcitorio che presupporrebbe – al di fuori dei casi in cui sia dato riscontrare una violazione di un obbligo accessorio (di protezione) – necessariamente l'esaurirsi della fase di pendenza, e della cui attivazione potrebbe dunque decidersi solo a quel tempo²²⁹.

²²⁷ R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, cit., 84 s.

²²⁸ Nel senso che al contraente *sub termine* andrebbero pertanto estesi, oltretutto i poteri attribuiti al titolare dell'aspettativa condizionale, così come quelli spettanti al creditore di un'obbligazione con termine di adempimento, ove compatibili, addirittura quelli azionabili da chi è titolare di un credito immediatamente esigibile, M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, cit., 133.

²²⁹ Così G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 90; A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1313 s.; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 229 s., secondo il quale, nelle fattispecie *sub die*, nonostante la certezza circa il sorgere di una responsabilità alla scadenza stabilita, sarebbe in realtà solo quest'ultima a rappresentare la collocazione temporale dell'interesse della parte alla fruizione della prestazione dovuta; sicché sarebbe solo al verificarsi della medesima che potrebbe misurarsi il danno effettivamente risentito dal titolare dell'aspettativa, potendosi, al limite, arrivare a negare l'esistenza di un pregiudizio qualsiasi, se si provi che prima della scadenza la cosa sarebbe egualmente perita per una causa non imputabile all'alienante. Diversamente, tuttavia, D. CARUSI, *Condizione e termini*, cit., 269. Sennonché, si può qui ripetere quanto già di è detto con riguardo le fattispecie con termine di adempimento, e cioè che, ferma restando la possibilità di pretendere il risarcimento del c.d. danno positivo al solo momento del verificarsi dell'evento condizionale e/o alla scadenza del termine che il creditore potrebbe pretendere il risarcimento del c.d. danno positivo, rapportato cioè all'interesse all'esecuzione del contratto, nessun dubbio sussisterebbe in ordine alla possibilità di pretendere - in caso di violazione prima di tale momento di un dovere accessorio rispetto a quello di prestazione - il ristoro del c.d. interesse negativo. Nel senso che il dovere di cui all'art. 1358 cod. civ. costituirebbe un obbligo afferente alla fase formativa della fattispecie, sicché in caso di sua violazione la parte risponderebbe secondo i principi e nella misura propria della responsabilità precontrattuale. Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 293 ss., spec. 297 s.; D. CARUSI, *Condizione e termini*, cit., 335.

Sulla medesima soluzione, in pendenza del termine di adempimento, v. *supra*. Ma v., tuttavia, l'orientamento prevalente in giurisprudenza, dove si tende ad ammettere anche l'immediata esperibilità del rimedio risarcitorio.

Senonché, prevale in realtà l'opinione secondo la quale non solo il contratto *sub die*, ma anche quello *sub condicione* sia in realtà suscettibile di essere risolto una volta riscontrata la violazione del generale dovere di buona fede, attuale – in virtù dell'art. 1358 cod. civ. – già nella fase di pendenza²³⁰. Anche chi ponga in essere atti contrari alla futura esecuzione della prestazione dovuta in un momento precedente al verificarsi dell'evento condizionale dovrebbe pertanto rispondere senz'altro per inadempimento, con tutte le conseguenze che a tale circostanza si riconnettono, compresa quella di porre fine al contratto mediante la proposizione di una domanda di risoluzione²³¹.

Ammessa l'esperibilità anticipata del rimedio risolutorio anche in pendenza di un termine di efficacia, va peraltro precisato che, al pari di quanto succede nelle obbligazioni sottoposte a termine di adempimento, lo scioglimento immediato del rapporto non rappresenta l'unico strumento di reazione a disposizione della parte che teme una futura violazione contrattuale. Ed anzi, va sottolineata ancora una volta la necessità per il contraente fedele di preferire i mezzi di tutela aventi carattere cautelare e/o conservativo e, fra questi, in particolare, quello dilatorio, onde consentire la prosecuzione del rapporto se ne sussista la possibilità²³².

²³⁰ Diversamente, tuttavia G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 223, secondo il quale l'aspettativa derivante dal negozio condizionato è protetta contro il comportamento del titolare attuale mediante la costituzione di obbligazioni che vietano di esercitare certi poteri o impongono di esercitarli in certo modo piuttosto che in altri; obbligazioni, però, a propria volta subordinate alla medesima condizione.

²³¹ V. tuttavia L. BRUSCUGLIA, *Cessione del contratto, buona fede e condizione sospensiva*, cit., 1368.

²³² Per quanto riguarda, poi, il rimedio risarcitorio, autorevole dottrina (G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 223 ss., testo e note nn. 10, 11, 12) ha osservato che l'incertezza del verificarsi dell'evento condizionale non consentirebbe di decidere sin da subito intorno alla responsabilità risarcitoria dell'alienante: a tal fine sarebbe infatti necessario aspettare che l'evento condizionale si verifichi o comunque manchi definitivamente, ben potendo darsi che, come nel caso di suo mancato avveramento, un obbligo di risarcimento non sorga affatto. Siffatta soluzione apparirebbe conforme, del resto, oltretutto al principio di retroattività della condizione, anche e soprattutto all'esigenza di un equo bilanciamento dei contrapposti interessi. Da un lato, non vi sarebbero infatti dubbi circa la scorrettezza del comportamento posto in essere in pendenza della condizione dalla parte infedele, la quale peraltro, al momento in cui tiene la condotta, non può neppure sapere se l'interesse all'acquisto diventerà o no attuale. Dall'altro lato, sarebbe tuttavia assurdo accordare a chi, in ragione dell'incertezza del verificarsi dell'evento condizionale, potrebbe addirittura non acquistare il diritto perseguito, anche l'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno: per far sorgere una responsabilità di tipo risarcitorio, non basta infatti l'antigiuridicità del contegno, ma occorre appunto, fra l'altro, anche la concreta esistenza di un danno; quest'ultima invero non può che mancare finché non si sia risolta l'incertezza intorno al verificarsi della condizione, essendosi prodotto l'evento condizionante. Diversamente, tuttavia, D. CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 96, secondo il quale la violazione dell'art. 1358 cod. civ. consentirebbe al contraente *in bonis* non solo di agire immediatamente per la risoluzione del contratto e per il "risarcimento del danno «positivo», rapportato all'interesse all'esecuzione del contratto, quando essendosi avverata la condizione, veda consolidarsi la sua pretesa giuridica sul bene nel frattempo perito o deteriorato", ma anche (e, parrebbe, sin da subito) per il "risarcimento del danno da lesione dell'interesse negativo, d'affidamento, a non concludere un contratto inutile". Per maggiori approfondimenti, v. *infra*.

5. RIEPILOGO.

Si è avuto modo di vedere, nel presente capitolo, come anche il sistema italiano preveda in realtà una serie di mezzi di tutela esperibili nella fase *ante diem* ed utili a reagire contro le situazioni in cui appaia probabile o certo il futuro pregiudizio del rapporto.

I presupposti applicativi di tali rimedi sono, tuttavia, diversi da quelli previsti dalle norme internazionali e dai progetti di armonizzazione, così come dai testi normativi di diritto interno che contengono un'esplicita disciplina generale del c.d. inadempimento anticipato.

Ferma restando la diversa e più ampia portata delle eccezioni dilatorie ivi regolate rispetto a quella di cui all'art. 1461 cod. civ., per quanto riguarda, in particolare, lo strumento della risoluzione, le disposizioni inserite nei corpi normativi citati tendono infatti a far dipendere l'operatività dello strumento interruttivo dagli esiti di un giudizio prognostico volto ad accertare la possibilità che il contraente non esegua la prestazione dovuta alla scadenza fissata.

Ne deriva che i connotati dell'inadempimento prima del termine, i quali nell'attuale quadro normativo italiano non possono che essere individuati nella violazione (attuale) di doveri accessori, non coincidono in realtà del tutto con quelli ricavabili dalle norme internazionali, le quali ammettono lo scioglimento immediato del contratto sol che risulti, anche a prescindere dall'esistenza di un inadempimento già in atto, la certezza che il contraente non adempirà alla scadenza.

Nonostante la pluralità dei rimedi di tutela preventiva predisposti, il nostro sistema parrebbe essere, quindi, soprattutto se comparato con quelli stranieri nonché con quello sovranazionale, lacunoso sotto il profilo della disciplina della tutela contro il pericolo del futuro inadempimento²³³.

²³³ F. PADOVINI, *L'inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, cit., 95 ss., il quale precisa come il problema dell'inadempimento anticipato non possa essere in realtà risolto sulla base della semplice circostanza che esistono, nel nostro ordinamento singole norme capaci di soddisfare almeno in parte le esigenze che stanno alla base della normativa contenuta nei testi di matrice europea. Sia l'art. 1564 cod. civ., in tema di somministrazione, che gli artt. 1662 e 2224 cod. civ., dettati rispettivamente in materia di contratto d'appalto e di contratto d'opera operano, infatti, in presenza di puntuali presupposti e determinano effetti specifici, giacché l'art. 1564 cod. civ. postula pur sempre un inadempimento, mentre le seconde esigono una preventiva diffida, cui segue, secondo i casi, la risoluzione automatica dell'appalto o la nascita, in capo al committente, di un diritto di recesso per giusta causa dal contratto d'opera. Cfr. F.P. PATTI, *Risoluzione per inadempimento anteriore alla scadenza del termine*, cit., 2; R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 551.

Secondo parte della dottrina, la rilevata diversità non risulterebbe in realtà insuperabile; ed anzi, si è detto, nulla osterebbe ad un'interpretazione evolutiva della disciplina interna alla luce dei principi di diritto internazionale ed europeo comune²³⁴.

Pur conducendo a risultati apprezzabili, siffatta operazione ermeneutica pone tuttavia – come già si è accennato e come si avrà modo di dimostrare nel prossimo capitolo – una serie di problemi in ordine alla sua giustificazione, non essendo rinvenibile alcuna chiara direttiva nel senso dell'utilizzabilità del criterio interpretativo basato sulla necessaria comunanza di soluzioni all'interno di sistemi normativi diversi.

²³⁴ R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 551, 554; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 561 ss.; ID., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., 152 ss.; A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., *passim*; ID., *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, cit., 148 ss.

CAPITOLO V
TENTATIVO DI UNA RICOSTRUZIONE
SISTEMATICA DEL PROBLEMA:
PROSPETTIVE DI DIRITTO ITALIANO

1. (In)adeguatezza della tutela offerta dal sistema normativo italiano attuale. - 2. Tentativi di una ricostruzione in via interpretativa del problema dell'inadempimento anticipato. - 2.1. Ricorso immediato al rimedio dello scioglimento prima del termine e residualità dello strumento risolutorio. - 2.2. Rimedio risarcitorio e problemi connessi alla sua esperibilità nella fase di pendenza. - 2.3. Ostacoli ad una compiuta ricostruzione, in via interpretativa, di una disciplina generale del pericolo del futuro inadempimento. - 2.4. Diverso livello di tutela dell'inadempimento anticipato: sistemi giuridici a confronto. - 2.5. Segue: disciplina vigente nell'ordinamento tedesco. Profili innovativi e problemi applicativi. - 3. Lacunosità della disciplina italiana. Prospettive *de iure condendo*. - 3.1. Modelli di riferimento fra diritto sovranazionale e proposte dottrinali. - 3.1.1. Segue: opportunità di importare nell'ordinamento interno le regole predisposte dalla legge uniforme. - 3.1.2. Segue: meccanismo comunicatorio *ex art. 72*, comma 2°, CISG quale regola suscettibile di estensione a tutti i casi di pericolo del futuro inadempimento. - 3.1.3. Segue: ambito di applicazione della tutela dilatoria ed utilità di un suo collegamento con il rimedio risolutorio. - 3.1.4. Segue: proposta di una regolamentazione dell'inadempimento anticipato come combinazione di diverse discipline. - 4. Autonomia contrattuale come mezzo per la gestione delle patologie nel rapporto. - 4.1. Aperture ad un'estensione pattizia della tutela *ante diem* e limiti all'autonomia contrattuale. - 5. Riepilogo.

1. (IN)ADEGUATEZZA DELLA TUTELA OFFERTA DAL SISTEMA NORMATIVO ITALIANO ATTUALE.

Riassunti i termini del dibattito relativo al problema dell'inadempimento prima della scadenza nella Convenzione di Vienna, nel sistema tedesco e nell'ordinamento italiano, si tratta a questo punto di riprendere il quesito iniziale e capire, quindi, se il quadro normativo vigente in Italia si presti o no ad una ricostruzione compiuta della fattispecie oggetto della presente analisi.

Scopo di quest'ultimo capitolo è pertanto di stabilire se una disciplina del fenomeno dell'inadempimento *ante diem* sia individuabile già oggi a partire dagli indici normativi esistenti, eventualmente interpretati alla luce delle indicazioni provenienti dal diritto sovranazionale ed interno di altri sistemi normativi (problema che si ricollega a quello dei limiti dell'attività ermeneutica ed, in particolare, del ruolo creativo della giurisprudenza¹); o se, riscontrata l'impossibilità di ricostruire esclusivamente in via

¹ In generale, sul ruolo svolto dalla giurisprudenza ed, in particolare, sulla creazione giurisprudenziale del diritto, intesa come prodotto di "un lavoro di sintesi del dibattito giuridico e sociale, che vede il giudice come dialettico rielaboratore finale degli apporti forniti da tutti gli operatori del diritto, pratici e teorici", si veda G. MERUZZI, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, 41 ss., 55 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali. Per il ruolo fondamentale della dottrina nella elaborazione delle soluzioni ermeneutiche, v. L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*,

interpretativa la disciplina dell'istituto in esame², sia da ritenersi utile alla luce delle esigenze che emergono dalla pratica, l'introduzione di un'apposita regolamentazione della figura, cui procedere attraverso uno specifico intervento legislativo³.

Concludendo in quest'ultimo senso, si tratterà poi di ricercare, fra i diversi modelli elaborati a livello europeo (e non), quello che, in un'ottica *de iure condendo*, meglio si attagli alle caratteristiche del sistema italiano e che più si presti a garantire un equilibrio fra le contrapposte esigenze ed istanze di tutela delle parti: di quella *in bonis*, interessata, a seconda del caso, a svincolarsi immediatamente dal contratto (senza il rischio di essere considerata a sua volta inadempiente), o ad ottenere, nei limiti in cui ciò risulti ancora possibile, l'adempimento dell'obbligazione promessa⁴; e di quella presunta inadempiente, il cui interesse può tendere, a sua volta, in due direzioni distinte: precisamente, verso una violazione e quindi un'interruzione efficiente del rapporto contrattuale⁵ o, nonostante le sopravvenute difficoltà, ad una conservazione dello stesso, tale da consentirle la liberazione piena (senza cioè strascichi risarcitori) dal vincolo instaurato con la stipula del negozio⁶.

in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 13, 18. Per le differenze tra attività ermeneutica dottrinale e giurisprudenziale, v. M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2005, 207 ss., spec. 219. Sul ruolo dell'interprete e sui limiti che questi incontra nella propria attività ermeneutica, v. L. MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 11 ss. Cfr. altresì, sul rapporto tra creazione ed interpretazione del diritto, R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 259 ss.

² In tal senso F. PADOVINI, *Inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, in *Crisi finanziari e categorie civilistiche*, a cura di G. ALPA e E. NAVARRETTA, Milano, 2015, 95 ss. Cfr. M. DELLA CHIESA, *La risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di P. PARDOLESI, Bari, 2011, 389 s., il quale sottolinea, appunto, come non esistano “a livello legislativo [...] norme che siano in grado di regolamentare e risolvere con compiutezza l'ipotesi in cui, in presenza di prestazioni non ancora esigibili [...], il debitore abbia manifestato di non voler tenere fede all'impegno assunto ovvero abbia compiuto atti incompatibili con l'adempimento medesimo”.

³ Sul punto, si veda F. PADOVINI, *Inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, in *Crisi finanziari e categorie civilistiche*, a cura di G. ALPA e E. NAVARRETTA, cit., 95 ss., il quale sottolinea come nell'odierna situazione economica siano “assai più frequenti che nel passato gli inadempimenti, non soltanto frutto di crisi finanziarie, bensì spesso dipendenti da altre cause, in vario modo collegate alle condizioni economiche dell'impresa o del mercato”. L'A. adduce l'esempio degli eventi politici e bellici, ma anche di quelli climatici ed atmosferici, i quali non sono senza ricadute sul piano commerciale e su quello produttivo.

⁴ Si è visto, infatti, che soprattutto nei casi in cui la prestazione risulti ancora possibile, il creditore potrebbe essere interessato non già a svincolarsi dal contratto, ma ad insistere per ottenere quanto promessogli da controparte all'atto della stipula. In particolare, è quanto potrebbe accadere di fronte ad una prestazione debitoria infungibile: in tal caso l'alternativa di svincolarsi immediatamente dal contratto non consentirebbe infatti alla parte *in bonis* di ottenere altrove quanto l'altro contraente non pare più disposta a prestargli.

⁵ Come sottolinea F. ASTONE, *Anticipatory breach e termini di pagamento della parte non inadempiente, tra clausole generali e interpretazione letterale del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015, 1524, nota n. 11, spesso il debitore che tega un comportamento incompatibile con l'adempimento sta già valutando “l'opportunità di un inadempimento efficiente”. Non è raro, dunque, che l'inadempimento c.d. anticipato dipenda da un ripensamento di una delle parti, la quale reputi la violazione contrattuale più vantaggiosa dell'adempimento.

⁶ Se è vero, infatti, che non pare configurabile nel nostro sistema un vero e proprio diritto del debitore ad adempiere, è altresì vero che attraverso la predisposizione di specifiche norme il codice civile mostra di

Si coglierà così l'occasione per valutare la tenuta delle regole elaborate in altri sistemi, mettendo in luce i problemi che la disciplina predisposta da talune disposizioni di diritto sovranazionale nonché da quelle inserite, di recente, all'interno di taluni testi normativi nazionali pongono per il giurista, chiamato ad applicare le stesse al caso pratico (e a stabilire, quindi, in via preliminare, la sussistenza nella fattispecie concreta dei presupposti che legittimano l'invocabilità dei rimedi ivi previsti)⁷.

Al riguardo, si può sin da subito precisare, come l'attribuzione al creditore di uno strumento capace di provocare l'immediato scioglimento del contratto in presenza di una situazione di evidenza di una violazione contrattuale non ancora in atto⁸, lungi dal risolvere *in toto* il problema dell'inadempimento prima del termine, pare di contro sollevare una serie di difficoltà connesse al conseguimento *ex ante* dell'evidenza di una situazione non ancora in essere⁹; difficoltà cui in taluni casi si è cercato di ovviare mediante la predisposizione di un procedimento comunicatorio volto a provocare bensì artificiosamente, ma allo stesso tempo – si ritiene – opportunamente una situazione di irreversibilità tale da non lasciare dubbi in ordine alla possibilità di procedere, senza rischi, alla dichiarazione di scioglimento (v. art. 72, comma 2°, CISG)¹⁰; difficoltà che permangono invece negli ordinamenti in cui il compito di individuare i connotati della situazione di evidenza della futura violazione (che – stante l'impossibilità di affermare una certezza ora per allora – non può che coincidere con un più o meno elevato grado di probabilità dell'inadempimento alla scadenza¹¹), è lasciato agli interpreti, i quali tendono a far dipendere il raggiungimento del necessario grado di pericolo della violazione in

voler tutelare l'interesse debitorio ad eseguire la prestazione dovuta. È in tale prospettiva che vanno intesi gli artt. 1206 ss. cod. civ., dettati in materia di mora del creditore, secondo i quali il debitore può liberarsi a prescindere dalla volontà di controparte. L'ordinamento tutela, inoltre, l'interesse del debitore ad adempiere personalmente per motivi che possono essere di prestigio o di onore; o comunque per dimostrare la propria affidabilità o solvibilità. È appunto per tali motivi che è consentito al debitore di rifiutare la remissione del debito (art. 1236 cod. civ.), così come di opporsi all'adempimento del terzo (art. 1180 cod. civ.).

⁷ Sull'attività del giurista come interprete si veda, in generale, M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, cit., 207 ss., spec. 220 per la distinzione tra interpretazione in astratto ed interpretazione in concreto all'interno dell'interpretazione giudiziale, quale attività funzionale all'applicazione di una norma generale ed astratta al caso concreto.

⁸ Cfr. § 323, comma 4°, BGB; § 62 della legge sulla vendita finlandese e svedese; § 348 del codice del commercio slovacco; art. 348 del codice del commercio ceco; art. 107 della legge sul diritto delle obbligazioni slovena; § 6:151 del codice civile ungherese; art. 6:80 del codice civile olandese; art. 72 CISG; art. 9:304 PECL; art. 7.3.3. dei Principi UNIDROIT; art. III. – 3:504 DCFR.

⁹ V. *infra*.

¹⁰ Così anche: il § 117 della legge sul diritto delle obbligazioni estone; l'art. 348 del codice del commercio ceco; il § 348 del codice del commercio slovacco. Cfr. art. 6:80 del codice civile olandese; § 62 della legge sulla vendita finlandese e svedese.

¹¹ V., fra i tanti, P. SCHLECHTRIEM, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, in *Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. Und 20. November 1984*, herausgegeben von Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, Zürich, 1985, 151 (in particolare, nota n. 3).

divenire dagli esiti, inevitabilmente incerti, di un giudizio prognostico, peraltro tutto da definire¹².

2. TENTATIVI DI UNA RICOSTRUZIONE IN VIA INTERPRETATIVA DEL PROBLEMA DELL'INADEMPIMENTO ANTICIPATO.

La prima questione da affrontare è quella relativa all'adeguatezza e sufficienza delle disposizioni di diritto interno a regolare il complesso fenomeno dell'inadempimento prima del termine.

Come si è avuto modo di vedere, gli interpreti italiani si sono ad oggi in diversi modi sforzati per risolvere la pluralità dei casi di minaccia della futura inattuazione del rapporto.

Pur a fronte di un indirizzo meno recente, tendente a negare rilievo giuridico ad una situazione di pericolo del futuro inadempimento dovuta, ad esempio, ad un comportamento antidoveroso del debitore¹³, si va affermando da tempo, anche in Italia, un'impostazione ermeneutica favorevole, viceversa, ad ammettere la configurabilità e l'autonoma rilevanza di una situazione sopravvenuta nella fase *medio tempore* e a riconoscere alla parte *in bonis* l'immediata esperibilità dei rimedi predisposti contro l'inadempimento (o il pericolo dello stesso) anche in mancanza dei presupposti di legge¹⁴ e – secondo alcuni – addirittura al di fuori degli istituti processuali all'uopo previsti¹⁵.

¹² Al riguardo, si rinvia alle osservazioni svolte *infra*.

¹³ Così, nel vigore del codice del 1865, fra le altre CASS. TORINO, 16.6.1885, n. 361, in *La Giur.*, 1885, 433 ss.; in *Dir. giur.*, 1885, 167; in *Gazz. pret.*, 1886, 83; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 71 ss.; APP. GENOVA, 2.5.1916, n. 440, in *Temi gen.*, 1916, 392 ss.; in *Dir. comm.*, 1916, II, 860 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 109 ss.; APP. GENOVA, 26.5.1916, n. 527, in *Temi gen.*, 1916, 462 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 112 ss.; CASS. FIRENZE, 7.1.1918, n. 2, in *Mon. trib.*, 1918, 407 s.; in *Foro it.*, 1918, I, 267 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 118 ss.; APP. BOLOGNA, 7.1.1924, n. 50, in *Temi emil.*, 1924, I, 139 ss.; CASS., 13.6.1924, n. 1111, in *Rep. Foro it.*, 1924, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 130; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 130 ss.; CASS., 20.10.1924, n. 2198, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 1042 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 133 ss.; CASS., 10.11.1928, n. 4020, in *Rep. Foro it.*, 1928, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 429; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 136 ss.; APP. BOLOGNA, 8.6.1931, n. 503, in *La Giur.*, 1931, 1470 ss.; in *Temi emil.*, 1931, I, 1, 354 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 144 ss. Escludono la possibilità di ravvisare un inadempimento anticipato nella mera dichiarazione di non voler adempiere: F. ROMANO, *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 607, 612; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 163; V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 223 ss.; G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 488.

¹⁴ Nel vigore del codice del 1865, si veda, in tal senso, fra le altre: APP. VENEZIA, 26.6.1913, n. 477, in *Ragg. giur.*, 1913, 498 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 95 ss.; APP. VENEZIA, 2.6.1916, n. 199, in *Ragg. Giur.*, 1916, 554 ss.; in *La tutela sinallagmatica*

«anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive, cit., 115 ss.; CASS., 3.5.1930, n. 1507, in *Rep. Foro it.*, 1930, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 282 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 140 ss.; CASS., 27.7.1933, n. 3173, in *Rep. Foro it.*, 1933, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 250; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 158 ss.; CASS., 15.1.1935, n. 128, in *La Giur.*, 1935, 161 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 163 ss.; CASS., 4.8.1936, n. 3032, in *Rep. Foro it.*, 1936, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 286; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 170 ss.; CASS., 31.7.1939, n. 3109, in *Rep. Foro it.*, 1939, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 385, nonché in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 174. Nel vigore del codice del 1942, v., fra le altre: CASS., 1.2.1950, n. 271, in *Foro it.*, 1950, I, 1032 ss.; in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, II, 37 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 224 ss.; CASS., 7.7.1952, n. 2060, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 262; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 234 ss.; CASS., 13.5.1954, n. 1516, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1107 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 237 ss.; CASS., 9.6.1956, n. 1994, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 309; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 249 ss.; CASS., 30.6.1959, n. 2064, in *Rep. Foro it.*, 1959, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 203; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 256 ss.; CASS., 29.2.1960, n. 364, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 35 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 259 ss.; CASS., 20.12.1960, n. 3291, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 284 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 264 ss.; CASS., 27.6.1961, n. 1542, in *Cal. giud.*, 1961, 517 ss.; in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 336; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 268 ss.; CASS., 18.7.1962, n. 1919, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Obbligazioni e contratti*, 276 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 275 ss.; CASS., 6.10.1962, n. 2858, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 275; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 278 ss.; CASS., 8.10.1963, n. 2677, in *Giust. civ.*, 1964, I, 651 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 281 ss.; CASS., 18.2.1965, n. 265, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 329; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 292 ss.; APP. FIRENZE, 10.3.1968, n. 348, in *Giur. tosc.*, 1968, 403 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 298 s.; CASS., 4.3.1970, n. 529, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 261 ss.; in *Rep. Foro it.*, 1970, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 265; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 302 ss.; CASS., 27.7.1973, n. 2210, in *Foro it.*, 1974, I, 1769 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 308 ss.; CASS., 29.10.1973, n. 2818, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 20; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 313 ss.; CASS., 22.2.1974, n. 535, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Obbligazioni in genere*, n. 32; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 316 ss.; CASS., 12.12.1975, n. 4089, in *Foro it.*, 1976, I, 1613 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 324 ss.; CASS., 7.9.1977, n. 3900, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Obbligazioni in genere*, n. 38; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 329 ss.; CASS., 4.4.1979, n. 1950, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Contratto in genere*, nn. 348 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 335 ss.; CASS., 17.3.1982, n. 1721, in *Foro it.*, 1982, I, 2524 ss.; in *Giust. civ.*, 1983, I, 1306 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 338 ss.; CASS., 28.11.1984, n. 6196, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratto in genere*, n. 264; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 344 ss.; CASS., 10.4.1986, n. 2500, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 501 ss.; in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, 155 ss.; in *Riv. not.*, 1986, 787 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 348 ss.; CASS., 10.12.1986, n. 7318, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Obbligazioni in genere*, n. 12; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 352 ss.; CASS., 9.6.1993, n. 6441, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Contratto in genere*, n. 475; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 355 ss.; CASS., 19.4.1996, n. 3713, in *Foro it.*, 1996, I, 2389 ss.; in *Giust. civ.*, 1997, I, 778 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 359 ss.; CASS., 9.1.1997, n. 97, in *Danno e resp.*, 1997, 727 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 365 ss.; CASS., 16.7.2001, n. 9637, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 471; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 369 ss.; CASS., 14.3.2003, n. 3787, in *Contratti*, 2004, 446 ss.; in *Giust. civ.*, 2004, I, 458 ss.; in *Gius.*, 2003, 1570; in *Impr.*, 2003, 876; in *Arch. civ.*, 2004, 94; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 375 ss.; CASS., 4.11.2003, n. 16530, in *Orient.*

Va quindi diffondendosi l'idea secondo la quale l'inesigibilità della prestazione minacciata, se da un lato può eventualmente costituire un limite alla possibilità di pretenderne senz'altro (e salvi i casi di decadenza di cui all'art. 1186 cod. civ.) l'esecuzione prima ancora della scadenza del termine (v. art. 1185 cod. civ), dall'altro lato non rappresenta di per sé un ostacolo ad una possibile rottura anticipata del rapporto che non può a ben vedere restare priva di conseguenze sul piano rimediabile. In particolare, se sufficientemente grave, tale rottura non potrebbe non legittimare la parte che si trovi a doverla subire a risolvere il contratto; o comunque a rifiutare l'esecuzione della prestazione dovuta, sollevando l'eccezione dilatoria.

Diversi sono, come si è avuto modo di vedere, gli argomenti impiegati per giustificare la rilevanza, sul piano rimediabile, del c.d. inadempimento prima del termine. Due sono state, precisamente, le strade seguite per giungere ad una soluzione positiva del problema relativo alla compatibilità di un siffatto inadempimento con il sistema.

Un primo orientamento ha tentato, così, di estendere la portata delle disposizioni esistenti oltre i confini della formulazione letterale impiegata dal legislatore del 1942¹⁶,

Giur. lav., 2003, I, 966 ss.; in *Arch. civ.*, 2004, 1078; in *Gius.*, 2004, 940 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 378 ss.; CASS., 21.12.2012, n. 23823, in *Contratti*, 2013, 553 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 383 ss.; CASS., 22.5.2015, n. 10546, in *Corr. giur.*, 2015, 1518 ss. Con riguardo alle fattispecie sotto condizione, si veda CASS., 20.7.1971, n. 2335, in *Foro it.*, 1971, I, 2485 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 305 ss.; CASS., 10.10.1975, n. 3229, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Contratto in genere*, n. 181; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 320 ss. Si rinvia, ancora una volta, alla raccolta giurisprudenziale a cura di A. VENTURELLI, in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., passim, per ulteriori indicazioni giurisprudenziali. In dottrina: L. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, 35 ss.; A. ZACCARIA, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 123; ID., *Obligatio est iuris vinculum... Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Torino, 2015, 52; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1979, 15; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 163 ss., secondo il quale, pur non potendo ravvisarci un inadempimento anticipato nella dichiarazione del debitore di non voler adempiere, una violazione con conseguente esperibilità dei rimedi contro l'inadempimento si configurerebbe a ben vede ogniqualvolta fosse leso, prima ancor della scadenza, un obbligo accessorio. Così anche V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., passim. Cfr. G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 488 ss. Nel senso che anche una dichiarazione del debitore di non voler adempiere integrerebbe in realtà una lesione di obblighi accessori, v., ad esempio, G. MURARO, *L'inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, I, 272. Parrebbero attribuire carattere immediatamente lesivo al rifiuto, seppur sulla base di argomentazioni non sempre coincidenti, anche A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, passim; F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, V, *I rimedi*, Milano, 2006, 428 ss.; L. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 35 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 179.

¹⁵ V. la proposta ricostruttiva di M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 559 ss.

¹⁶ Così, seppur con riguardo a disposizioni diverse, A. ZACCARIA, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, cit., 123; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 15; A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., passim; V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione*

onde consentire l'affermazione di una sostanziale equiparazione od equiparabilità fra i casi di inadempimento vero e proprio e quelli di c.d. inadempimento anticipato¹⁷.

Sulla scia interpretativa che ritiene di poter ravvisare un'assimilazione fra le due ipotesi si pone anche chi, disinteressato al problema della ricerca del corretto fondamento normativo della medesima, giustifica la stessa sulla base di mere ragioni di equità o comunque di opportunità e convenienza¹⁸.

Altri interpreti, negando la possibilità di procedere ad un accostamento fra i casi di inadempimento dopo la scadenza del termine ed in pendenza dello stesso in mancanza di un appiglio normativo che autorizzi ad argomentare in tal senso, ma rigettando altresì l'idea di un'applicazione analogica delle regole vigenti, fanno leva, di contro, per giungere ad una soluzione non dissimile, sulla struttura complessa del rapporto obbligatorio¹⁹.

2.1. RICORSO IMMEDIATO AL RIMEDIO DELLO SCIoglimento PRIMA DEL TERMINE E RESIDUALITÀ DELLO STRUMENTO RISOLUTORIO.

Per quanto riguarda, in particolare, il primo indirizzo interpretativo, fra gli autori favorevoli ad un'interpretazione ampia degli indici ricavabili dal quadro normativo esistente, vi è stato, ad esempio, chi ha ritenuto di poter procedere ad un accostamento fra i casi di inadempimento prima del termine e quelli di inadempimento vero e proprio, argomentando dall'art. 1186 cod. civ., relativo alla decadenza dal beneficio del termine²⁰.

anticipata del contratto, cit., *passim*; F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, *passim*. In giurisprudenza, v. CASS., 14.3.2003, n. 3787, cit.; CASS., 19.4.1996, n. 3713, cit.; CASS., 9.6.1993, n. 6441, cit.; CASS., 28.11.1984, n. 6196, cit.; CASS., 4.4.1979, n. 1950, cit.; CASS., 6.10.1962, n. 2858, cit.

¹⁷ Nel senso che l'inadempimento prima del termine (ed, in particolare, la dichiarazione anticipata di non voler adempiere) sarebbe equiparabile ad un inadempimento vero e proprio, v.: CASS., 18.2.1965, n. 265, cit., secondo la quale "il rifiuto del debitore di adempiere la sua prestazione, manifestato prima della scadenza dell'obbligazione, equivale" appunto "ad inadempimento". Negli stessi termini, CASS., 8.10.1963, cit. In dottrina, v.: F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, XXI, 2, Milano, 1987, 900 s.

¹⁸ SACCO, R., in SACCO R. e DE NOVA G., *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2004, 629 s.

¹⁹ U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 97 s.; ID, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1991, 597; G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi*, 2, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, 90; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 166; G. MURARO, *L'inadempimento prima del termine*, cit., 272. Ma v. anche C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 14. In giurisprudenza, si vedano, ad esempio: CASS., 21.12.2012, n. 23823, cit.; CASS., 10.4.1986, n. 2500, cit.

²⁰ Così, in particolare, A. ZACCARIA, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, cit., 123; ID., *Obligatio est iuris vinculum... Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, cit., 52; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 15.

A tal riguardo si è notato che nulla impedirebbe di ravvisare nell'articolo citato una regola di portata più ampia rispetto a quella ricavabile dalla lettera della legge. La disposizione sarebbe così destinata a trovare applicazione, ad esempio, anche in presenza di un anticipato rifiuto (scritto) del debitore di adempiere alla scadenza fissata (arg. *ex art.* 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ.)²¹; così come, più in generale, in presenza di una situazione nella quale sia comunque chiaro che al momento fissato il debitore non adempirà²².

Nei casi citati, la decadenza farebbe venir meno l'inesigibilità della prestazione e consentirebbe di ritenere senz'altro dovuta l'esecuzione della medesima. Il creditore potrebbe, quindi, esigerla immediatamente e, nel caso di mancata reazione del debitore, ritenere il medesimo inadempiente, con conseguente esperibilità dei rimedi predisposti contro la definitiva inattuazione del rapporto.

Senonché, anche chi non ritiene di poter aderire alla tesi che sostiene la possibilità di un'applicazione analogica della norma sulla decadenza dal beneficio del termine, negando altresì che all'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ. possano attribuirsi un significato ed una portata diversi da quelli ricavabili dalla sua formulazione letterale²³, precisa come una soluzione positiva del problema dell'inadempimento *ante diem* sia in realtà possibile qualora si ritenga di poter aderire all'oramai pacifica concezione della struttura articolata e complessa dell'obbligazione.

È appunto portando a coerenti sviluppi tale assunto che la dottrina e la giurisprudenza recenti tendono – come si è visto – ad estendere il contenuto della nozione di inadempimento, ritenuta idonea a ricomprendere ogni condotta che, per quanto posta in

²¹ C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 15. Cfr. CASS., 6.10.1962, n. 2858, cit., così massimata: “a norma dell'art. 1219, n. 2, c.c., deve ritenersi che sussista l'inadempimento del debitore quando questi abbia comunque manifestato la volontà di non adempiere e quando dal suo comportamento risulti con certezza che egli non possa adempiere nel termine”. Così anche: CASS., 17.3.1982, n. 1721, cit., secondo la quale “la dichiarazione scritta dell'editore di non poter pubblicare l'opera, accompagnata dalla cessazione dell'attività preparatoria necessaria [...], equivale a manifestazione dell'intento definitivo di non adempiere e quindi determina, a norma del combinato disposto degli artt. 1183 e 1219 c.c., la risoluzione del contratto per inadempimento prima della scadenza”. Dalle due pronunce emerge, comunque, come i giudici non abbiano in realtà inteso attribuire rilevanza al rifiuto in sé, ma all'insieme degli atti che allo stesso si accompagnano, attribuendo allo stesso i connotati di un inadempimento. Ma v., tuttavia, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 363 s.

²² A. ZACCARIA, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, cit., 123; ID., *Obligatio est iuris vinculum... Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, cit., 52.

²³ V., ad esempio, M. DELLA CHIESA, *La risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, cit., 390, nota n. 3.

essere nella fase *ante diem*, risulti lesiva di uno degli obblighi che compongono (dal lato passivo) il rapporto e pregiudichi pertanto l'attuabilità del programma alla base²⁴.

A siffatta conclusione si ritiene di poter pervenire, precisamente, argomentando nel senso dell'autonomia ed attualità del dovere preparatorio leso che, al pari di quelli di protezione, importerebbe – se violato – la possibilità per il creditore di fare ricorso ai necessari mezzi di difesa²⁵. Fra questi vi sarebbe senz'altro la risoluzione del contratto, ma anche (eventualmente) l'azione di esecuzione in forma specifica *ex art.* 2932 cod. civ., come affermato da una recente sentenza della Corte di Cassazione che ne ha ammesso l'esperibilità ancor prima della scadenza del termine previsto per la stipula del contratto definitivo²⁶.

Al creditore spetterebbe, poi, secondo taluno, anche il diritto di domandare che venga inibito alla controparte il comportamento antidoveroso, incompatibile con la possibilità di esecuzione della prestazione dovuta e, quindi, con la realizzabilità del risultato promesso²⁷.

Sia la sentenza citata così come pure l'indirizzo dottrinale che argomenta nel senso dell'esperibilità della tutela inibitoria, dimostrano, fra l'altro, come lo strumento di reazione concesso al creditore nella fase *ante diem*, soprattutto in costanza di possibilità della prestazione, non sia sempre e necessariamente quello della risoluzione immediata del rapporto.

²⁴ Così, fra le tante: CASS., 22.5.2015, n. 10546, cit.; CASS., 21.12.2012, n. 23823, cit.; CASS., 10.12.1986, cit.; CASS., 10.4.1986, n. 2500, cit., secondo la quale, essendo le parti tenute, nella fase di esecuzione del contratto, a comportarsi secondo buona fede, “anche la mera inerzia nell'esecuzione delle attività indispensabili all'adempimento equivale ad inadempimento” (così, con riguardo alle ipotesi sub condicione, CASS., 20.7.1971, n. 2335, cit.). Nel senso che l'inadempimento potrebbe sussistere anche prima del decorso del termine, “ove il comportamento del debitore lasci sicuramente desumere, o comunque fondatamente presagire, la mancata esecuzione della prestazione al tempo pattuito”, v. CASS., 7.9.1977, n. 3900, cit. Attribuisce rilevanza, ai fini della configurabilità di un inadempimento contro il quale reagire con il rimedio risolutorio, ai soli atti positivi, con i quali il contraente manifesti la sua intenzione di non adempiere, fra le altre, CASS., 4.3.1970, n. 529, cit.; CASS., 7.7.1952, n. 2060, cit.

²⁵ Così, in particolare, F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 166. Anche se, come si è avuto modo di precisare, non pare che a soluzioni dissimili si possa addivenire pure negando, come fa peraltro autorevole dottrina, senza tuttavia negare la possibilità di reazione ad una sua violazione, l'autonoma coercibilità del dovere funzionalmente strumentale a quello principale di prestazione. Nella dottrina inglese, per la definizione dell'inadempimento anticipato in termini di violazione attuale di un obbligo accessorio, consistente nel dovere della parte di impegnarsi per preservare la futura attuazione del rapporto, J. BEATSON, *Anson's Law of Contract*, Oxford, 2002, 571 ss. (nonché l'edizione successiva: J. BEATSON, A. BORROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, Oxford, 2010, 571 s.). Cfr. H.W. BALLANTINE, *Anticipatory Breach and the Enforcement of Contractual Duties*, in *Mich. L. Rev.*, (22) 1923-24, 341; R. GOODE, *Commercial Law*, London, 2004, 126. In giurisprudenza, si veda *Frost v. Knight* (1872) LR 7 Ex 111.

²⁶ Così CASS., 22.5.2015, n. 10546, cit.

²⁷ L. GATT, *La tutela inibitoria del diritto al contratto*, negli *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006, 305.

Ed anzi, il principio di conservazione e quello del primato dell'adempimento in natura²⁸, che ispirano il nostro ordinamento, impongono di ritenere, soprattutto in assenza di disposizioni in senso contrario, che il creditore, posto di fronte ad un pericolo di inadempimento, ancorché derivante dalla violazione (attuale) di un dovere accessorio, dovrebbe sempre accordare preferenza ai c.d. rimedi conservativi e/o cautelari²⁹.

Fra questi rientrerebbe, accanto ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (artt. 2900 ss. cod. civ.) e alla decadenza dal beneficio del termine (art. 1186 cod. civ.), nonché ai rimedi specifici previsti nell'ambito della disciplina dei singoli contratti (v., ad esempio, gli artt. 1662, comma 1°; 1481 cod. civ.), anche lo strumento della sospensione *ex art.* 1461 cod. civ., rimedio che – si è visto – coincide, quantomeno sul piano degli effetti, con quelli disciplinati nei testi e progetti di disciplina uniforme nonché con quello di cui al § 321 BGB, dai quali si distingue tuttavia sotto il profilo dei presupposti che ne legittimano l'invocabilità³⁰.

Come si è avuto modo di vedere, diversi sono stati ad oggi i tentativi volti ad ampliare la portata della disposizione citata, ispirata – non si è mancato di notare – ad una visione ormai superata dei rapporti economici, e ad integrarla – anche alla luce delle disposizioni di diritto sovranazionale – sì da consentirne un'utilizzazione più estesa³¹.

²⁸ Al riguardo, si rinvia alle osservazioni svolte nel capitolo I.

²⁹ In tal senso, espressamente, V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 224 s., secondo il quale il contraente *in bonis* sarebbe tenuto, nella fase di pendenza, a “far ricorso agli strumenti di natura cautelare, sospendendo la propria prestazione e richiedendo idonee garanzie in ordine all'assolvimento degli impegni assunti”. Nella suddetta fase del rapporto sarebbero quindi i rimedi dilatori ad apparire come “i più adatti a reagire contro le [...] situazioni di incertezza [...], per cui sarà solo là dove detta situazione si protragga oltre un ragionevole spazio di tempo [...] e dunque dia certezza circa il futuro grave inadempimento, che potrà trovare ingresso il rimedio risolutorio”. In giurisprudenza, v., ad esempio, CASS., 9.1.1997, n. 97, cit., secondo la quale “la dichiarazione di non voler adempiere l'obbligazione, manifestata anche prima della scadenza o della fissazione del termine dell'adempimento, può porsi a fondamento della risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive, purché l'inadempimento sia di non scarsa importanza, tenuto conto dell'interesse dell'altra parte”.

³⁰ V. *supra*.

³¹ Per un tale tentativo, in dottrina, in particolare: F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., *passim*, spec. 160 ss.; ID., *Le eccezioni dilatorie*, cit., 424 ss.; ID., *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2008, 1 ss., nonché in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di M.V. DE GIORGI, S. DELLE MONACHE, G. DE CRISTOFARO, Padova, 2010, 21 ss. Ma v. già L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 58 s, nota n. 50; ID., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974, 50 ss. In giurisprudenza, v., in particolare, Cass., 19.4.1996, n. 3713, cit., secondo la quale la *ratio* dell'art. 1461 cod. civ. “deve essere ravvisata nell'esistenza di un pericolo attuale d'inadempimento riconducibile alla sfera dell'obbligato e tale da pregiudicare l'equilibrio sinallagmatico del contratto”. Pacifica sembra, inoltre, in giurisprudenza, l'applicabilità della citata disposizione ai casi di pericolo preesistente alla conclusione del contratto, divenuti tuttavia riconoscibili solo in un momento successivo alla stipulazione medesima.

2.2. RIMEDIO RISARCITORIO E PROBLEMI CONNESSI ALLA SUA ESPERIBILITÀ NELLA FASE DI PENDENZA.

Quanto, poi, alla possibilità di domandare sin da subito il risarcimento del danno, gli interpreti si dividono, come precisato, fra quelli che ritengono di dover ammettere senz'altro la possibilità di agire anche per il ristoro dei danni derivanti dall'inadempimento riscontrato nella fase di pendenza (del termine o della condizione, a seconda del caso)³², e quelli che, viceversa, pur ammettendo la risarcibilità immediata del c.d. interesse negativo in caso di lesione, in qualsiasi tempo, degli obblighi di protezione³³, escludono – correttamente, si ritiene – siffatta possibilità nei casi di violazione di un dovere preparatorio: non solo per la ritenuta mancanza di una sua coercibilità autonoma rispetto all'obbligo primario³⁴, ma anche e soprattutto in considerazione dell'incertezza circa il verificarsi di un danno nelle fattispecie *sub condicione*³⁵; o comunque la difficoltà di procedere ad una sua quantificazione prima ancora della scadenza del termine in quelle *sub die*³⁶. In quest'ultima ipotesi l'inadempimento è bensì idoneo a legittimare il creditore a proporre domanda risarcitoria qualora, allo spirare del termine, risulti certo il *quantum* del danno dalla medesima subito. La suddetta pretesa non può tuttavia essere avanzata *ante diem*.

Lo stesso può dirsi peraltro anche per le fattispecie *sub condicione*: nell'ipotesi in cui le parti abbiano sottoposto l'efficacia del contratto al verificarsi di un evento condizionale sarebbe infatti necessario attendere per vedere se quell'evento si sarebbe avverato al fine di stabilire se l'ammontare del danno possa essere commisurato all'interesse positivo³⁷.

³² Così, ad esempio, M. DELLACASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008, 22, secondo il quale, a frode di una dichiarazione di controparte di non voler più adempiere, il contraente in bonis potrebbe chiedere e conseguire la risoluzione ed il risarcimento del danno commisurato all'interesse positivo. V. anche p. 109. Con riguardo alle fattispecie *sub condicione*, per la possibilità di ottenere, seppur solo a seguito della risoluzione del contratto, anche il risarcimento del danno (dell'interesse positivo o di quello negativo, a seconda del caso), v. M. FACCIOLI, *La responsabilità dell'alienante sotto condizione sospensiva*, in *Resp. civ.*, 2007, 353 ss. Per la ricostruzione proposta dall'A., v. *infra*.

³³ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 293 ss., spec. 297 s. Diversamente G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 229 s.

³⁴ Sul punto, v. *supra*.

³⁵ Così, ma limitatamente alla “pretesa risarcitoria fondata sulla violazione dell'art. 1358 c.c. ed isolatamente proposta prima dell'avveramento della condizione”, M. FACCIOLI, *La responsabilità dell'alienante sotto condizione sospensiva*, cit., 353.

³⁶ G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 230.

³⁷ Così V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011, 594. Per una diversa proposta ricostruttiva, si veda, tuttavia, M. FACCIOLI, *La responsabilità dell'alienante sotto condizione sospensiva*, cit., 353 s., il quale, dopo aver negato la possibilità, in pendenza della condizione, di proporre una domanda risarcitoria fondata sull'art. 1358 cod. civ., precisa che a ad una conclusione diversa si potrebbe in realtà giungere “quando si prenda in considerazione la situazione in cui il

Si potrebbe, invero, obiettare che già prima di tale momento ed, in particolare, nei casi in cui il contratto venga anticipatamente risolto, la parte contrattuale potrebbe pur sempre agire per chiedere ed ottenere il c.d. interesse negativo³⁸.

Senonché, sussisterebbe una ragione ostativa alla pretesa rivolta a conseguire quest'ultimo, giacché, nell'ipotesi in cui la condizione venisse a mancare, il ristoro conseguito potrebbe risultare privo di fondamento; e ciò appunto in quanto, anche qualora il contraente infedele si fosse impegnato in direzione dello scopo (e non avesse quindi violato il dovere di cui all'art. 1358 cod. civ.), il contratto condizionato sarebbe risultato egualmente "inutile". Sicché, se si volesse ammettere il risarcimento dell'interesse negativo prima ancora di sapere se l'evento dedotto in condizione si sarebbe o no verificato, allora si dovrebbe concludere – il che non è – che quell'interesse sia

titolare dell'aspettativa condizionale viene a trovarsi dopo la pronuncia di risoluzione" (anticipata) "del contratto condizionato". In tal caso egli "non può certo affermare di avere subito il danno costituito dalle perdite che avrebbe evitato e dai vantaggi economici che avrebbe conseguito se la controparte avesse regolarmente adempiuto l'impegno negoziale programmato per il caso di avveramento della condizione"; pregiudizio, quest'ultimo, la cui sussistenza verrebbe, del resto, definitivamente preclusa a seguito dello scioglimento del contratto. Senonché, aggiunge l'A., "ciò non esclude [...] che il risolvente abbia sofferto, a causa dello scioglimento del rapporto contrattuale pendente, tutta una serie di altre ripercussioni patrimoniali negative". Innanzitutto, potrebbe venire in rilievo "il risarcimento dell'interesse (anch'esso) positivo all'adempimento – non dell'obbligazione nascente in caso di avveramento della condizione, ma – del dovere di comportamento secondo buona fede ex art. 1358 c.c.: un danno che dovrebbe risultare, allora, dal confronto tra la situazione patrimoniale in cui il contraente fedele si trova in seguito alla risoluzione del contratto condizionato e quella in cui egli si sarebbe trovato se la controparte si sarebbe trovata se la controparte avesse, per l'appunto, correttamente adempiuto il dovere suddetto. Un danno siffatto" potrebbe consistere, precisa ancora l'A., "nella perdita dell'aspettativa condizionale", la quale costituirebbe "una *species* di quel più ampio *genus* rappresentato dalla chance di acquisire un'utilità economica futura", considerata quale valore economico costituente una posta attiva del patrimonio del suo titolare, la cui perdita, derivante da fatto illecito (contrattuale o extracontrattuale) altrui, deve essere senz'altro risarcita – ricorrendo ad una valutazione equitativa ex art. 1226 c.c. – nonostante l'incertezza sul fatto che la chance medesima si sarebbe o meno trasformata nell'utilità finale" (ma v., sulla perdita di *chance* intesa come lucro cessante, risarcibile solo in sede contrattuale, C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 1 ss.; ID., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 315 ss.). Aggiunge ancora l'A. che, "sempre nell'ambito del risarcimento del danno rapportato all'interesse positivo sembra poi, che debba essere riconosciuto il ristoro degli ulteriori pregiudizi" che potrebbero essere conseguiti "all'estinzione dell'aspettativa". Al riguardo, viene citata, quale esempio, l'ipotesi in cui la parte fedele abbia concluso un altro contratto per procurarsi altrove l'aspettativa all'acquisto di un bene equivalente a quello "perduto" ad un prezzo, tuttavia, maggiore di quello dovuto in forza del contratto risolto.

³⁸ Così ancora M. FACCIOLI, *La responsabilità dell'alienante sotto condizione sospensiva*, cit., 355, secondo il quale non solo il risarcimento del danno rapportato all'interesse positivo (v. *supra*), ma anche quello "rapportato all'interesse negativo derivante dalla risoluzione del contratto condizionato, infine, non sembra trovare ostacolo in alcuna particolare ragione". A tale titolo, la parte delusa, potrà ad esempio chiedere (in alternativa ai pregiudizi di cui sopra) il ristoro "delle spese sostenute in vista della stipulazione del contratto risolto nonché dei sacrifici sofferti al fine di adempiere al dovere di «conservare i mezzi economici necessari all'adempimento dell'impegno [...] finché non si sia sciolta l'incertezza intorno al verificarsi dell'evento condizionante»" (il riferimento è qui a A. BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 199, il quale ritiene appunto configurabile un siffatto dovere).

richiedibile in realtà in ogni caso in cui la condizione non si verifichi anche per causa non imputabile a nessuna delle parti.

Il problema relativo alla possibilità di domandare il risarcimento del danno derivante da un inadempimento prima del termine si è posto, come si è avuto modo di vedere, anche in Germania, dove esso continua a far discutere pure a seguito della riforma del 2002.

Il nuovo § 323, comma 4°, BGB prevede infatti, a differenza delle disposizioni di egual tenore predisposte da altri legislatori nazionali, la sola possibilità di dichiarare il recesso immediato dal contratto, ancorché non sia ancora scaduto il termine per la sua attuazione.

Una previsione analoga a quella citata manca, invece, nell'ambito della disciplina risarcitoria³⁹: nel silenzio della legge sul punto, non sembrerebbe peraltro potersi estendere all'ordinamento tedesco la regola che parrebbe invece applicabile alle fattispecie sottoposte alla CISG, dalla cui lettura – si è detto – emergere la regola, secondo la quale l'esercizio dell'azione risarcitoria deve ritenersi ammesso purché una delle parti abbia dichiarato lo scioglimento del contratto⁴⁰.

Pur in assenza di una previsione che ammetta espressamente la possibilità di far valere la pretesa risarcitoria prima del termine, gli interpreti d'oltralpe tendono comunque a riconoscere la possibilità per la parte *in bonis* di agire anche per il ristoro dei danni subiti in conseguenza dell'inadempimento (anticipato) di controparte (arg. *ex* § 281,

³⁹ La possibilità di domandare il risarcimento del danno in caso di inadempimento anticipato è prevista, invece, espressamente dall'art. 107 dell'OZ sloveno. Cfr. altresì il § 6:151 del (nuovo) codice civile ungherese, ai sensi del quale, in caso di certezza del futuro inadempimento il contraente ha la possibilità di esperire (tutti) i rimedi contro il ritardo o il difetto di conformità (e fra questi, quindi, anche il risarcimento del danno). Per il testo e la traduzione delle due disposizioni, v. capitolo I.

⁴⁰ L'art. 77 ULIS attribuiva espressamente alla arte che avesse dichiarato lo scioglimento del contratto prima del termine (ai sensi dell'art. 76 ULIS) la possibilità di domandare, altresì, il risarcimento del danno. Una previsione analoga non è stata riprodotta dai redattori della CISG. Si ritiene, tuttavia, che la possibilità di chiedere ed ottenere il risarcimento dei danni in caso di inadempimento anticipato possa essere ricavata, nel sistema della legge uniforme, dalle regole generali, le quali consentono di far valere la pretesa risarcitoria, volta ad ottenere il ristoro dei danni derivanti dalla mancata esecuzione del contratto (*Nichterfüllungsschaden*) non appena il contratto sia stato risolto. Sul punto, v. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch. Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2008, 204, testo e nota n. 202. Per i problemi connessi al calcolo dell'ammontare dei danni in caso di inadempimento anticipato, si v. P. SCHLECHTRIEM, *Calculation of damages in the event of anticipatory breach under the CISG*, consultabile sul sito www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem20.html#*. Una soluzione analoga a quella a quella offerta dalla CISG è predicabile anche con riguardo ai PECL. Si veda, sul punto, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, I und II, herausgegeben von C. VON BAR, R. ZIMMERMANN, München, 2002, *sub* art. 9:304, 505 s. Nel senso che la possibilità di chiedere ed ottenere il risarcimento del danno prima della scadenza sarebbe estendibile, in forza dell'equiparazione fra i casi di inadempimento anticipato e quelli di inadempimento alla scadenza, anche ai Principi UNIDROIT, v. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 207 s.

commi 1° e 2°, BGB o *ex* § 323, comma 4°, BGB); peraltro anche prima della scadenza del termine originariamente previsto per l'esecuzione della prestazione dovuta⁴¹.

Tale era, del resto, la soluzione prevalente anche nel vigore della disciplina previgente. In particolare, si riteneva, prima della riforma del 2002, che la possibilità per il creditore di domandare il risarcimento del danno da inadempimento prima ancora della scadenza del termine potesse ricavarsi in via analogica dal § 326, comma 1°, BGB: il creditore che avesse scelto di dichiarare il contratto anticipatamente risolto, avrebbe quindi potuto domandare ed ottenere il ristoro di tutti i danni derivatigli dall'inadempimento del contratto⁴², chiedendo di essere posto nella medesima posizione in cui si sarebbe trovato nell'ipotesi in cui il contratto fosse stato eseguito⁴³.

Analoga è altresì la soluzione nel diritto inglese, dove è diffusa (soprattutto in giurisprudenza) l'opinione, secondo la quale il creditore può agire per il risarcimento dei danni (e più precisamente del c.d. interesse positivo) anche prima della scadenza del termine previsto per l'adempimento, purché la parte *in bonis* abbia dichiarato lo scioglimento del contratto⁴⁴.

La conclusione, tuttavia, non convince. Se è vero, infatti, che un risarcimento del danno può essere domandato, come ormai pacificamente riconosciuto nel nostro ordinamento, e come peraltro espressamente stabilito dal § 282 BGB, in caso di violazione di uno o più obblighi di protezione, ancorché posta in essere prima della scadenza, è quantomeno dubbio che la medesima soluzione possa essere accolta con

⁴¹ Sul punto, approfonditamente H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 201 ss. V., tuttavia, p. 209, dove l'A. sottolinea l'opportunità di introdurre nel BGB un'apposita disposizione, volta a consentire la proponibilità di una domanda risarcitoria nei casi di recesso anticipato dal contratto conseguente ad un rifiuto di adempiere di controparte, reso prima della scadenza, così come nelle ipotesi in cui, a prescindere dall'esercizio del recesso, è certo che una pretesa risarcitoria sarebbe sorta: "*Denkbar ist die Einführung eines Absatzes, der im Falle eines vorzeitigen Rücktritts nach § 323 Abs. 4 BGB die Schadensersatzhaftung anordnet, wenn der Rücktritt aufgrund einer endgültigen Erfüllungsverweigerung erfolgte oder eine Schadensersatzpflicht auch ohne den Rücktritt sicher eintreten wäre*". Sottolinea l'A. come eccessiva sarebbe invece l'introduzione anche in materia risarcitoria di una disposizione analoga a quella del § 323, comma 4°, BGB, volta a consentire l'esperimento del rimedio sulla base della mera evidenza del subentro in futuro dei presupposti che ne legittimano l'esercizio. Non si potrebbe infatti concludere per una responsabilità del debitore basata su una valutazione prognostica. Di contro, ciò che sarebbe richiesto sarebbe la certezza del verificarsi di una violazione futura: "*Eine Regelung entsprechend § 323 Abs. 4 BGB, die auf die Offensichtlichkeit des Eintritts der Schadensersatzvoraussetzungen abstellt, würde zu weit gehen. Der Schuldner würde sonst bereits auf der Grundlage einer Prognose haften. Voraussetzung für eine Haftung muss aber sein, dass die Pflichtverletzung mit Sicherheit eintritt*". A tali osservazioni si potrebbe, in realtà obiettare che un evento futuro non è mai prevedibile in termini di assoluta certezza; sicché prima della scadenza non si potrebbe mai affermare con sicurezza che la violazione sia destinata a verificarsi. Sul punto, v. *infra*. Per i problemi connessi alla violazione alla determinazione del danno da inadempimento anticipato e per le diverse soluzioni, si veda ancora pp. 212 ss.

⁴² Sul punto, si rinvia alle osservazioni svolte nel capitolo III.

⁴³ Il risarcimento del danno da inadempimento non avrebbe potuto essere domandato, invece, nell'ipotesi in cui il creditore avesse scelto di insistere per l'adempimento dell'obbligazione.

⁴⁴ Si veda, fra tutte, *Hochster v. De La Tour* (1953) 2 El & Bl, 691; 118 ER 927.

riguardo alle ipotesi in cui, in assenza di una siffatta violazione, la certezza del futuro inadempimento (la quale consente di dichiarare lo scioglimento del contratto) dipenda, ad esempio, dal mancato compimento di attività preparatorie all'adempimento o, addirittura, prescindendo del tutto da una condotta, anche solo omissiva, del debitore.

In entrambi i casi mancherebbe, infatti, anzitutto, il presupposto fondamentale dell'esigibilità (ed autonoma coercibilità) della prestazione, esplicitamente richiesto non solo in Italia, ma anche in Germania, dal § 281 BGB quale requisito indefettibile (al di fuori dei casi di cui al § 282 BGB) per poter attivare la pretesa risarcitoria.

Ma anche a voler dare un'interpretazione ampia della nozione di "prestazione" di cui alla citata disposizione, intendendo come tale non solo quella principale oggetto dell'obbligazione, ma anche quella accessoria, coincidente con il dovere di prepararsi all'adempimento, dubbi sussisterebbero in ordine alla possibilità di richiedere il ristoro dei danni derivanti dalla condotta (inerte) del debitore che non ponga in essere quanto necessario per il soddisfacimento del credito, violando in tal modo il dovere preparatorio sullo stesso gravante di attivarsi ed impegnarsi in direzione dello scopo: in tal caso si porrebbe, infatti, per quanto riguarda le fattispecie sottoposte a termine, lo stesso problema in ordine alla quantificazione *ex ante* del danno che, secondo attenta dottrina, impedisce di argomentare nel senso dell'immediata attivazione della pretesa risarcitoria nel nostro ordinamento⁴⁵.

Si potrebbe in realtà ritenere che l'impossibilità di quantificare, ora per allora, l'ammontare del danno risarcibile non impedisca invero al giudice di procedere alla liquidazione equitativa del danno⁴⁶, né alla parte di chiedere ed ottenere, ad esempio, una c.d. condanna generica⁴⁷.

Senonché, si è obiettato, oltre alle difficoltà connesse alla quantificazione del danno futuro, nelle fattispecie *sub termine* sussisterebbe in realtà un altro ostacolo che impedirebbe di chiedere ed ottenere quantomeno una condanna generica o la liquidazione equitativa del danno: come è stato autorevolmente osservato, anche nei negozi sottoposti a termine, al pari di quanto succede in quelli condizionati, il danno non solo non sarebbe

⁴⁵ G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 230.

⁴⁶ Siffatta possibilità è prevista espressamente dall'art. 1226 cod. civ., ai sensi del quale "se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa".

⁴⁷ Com'è noto, infatti, se è già accertata la sussistenza di un diritto, ma è ancora controversa la quantità della prestazione dovuta, il giudice può limitarsi a pronunciare una condanna generica alla prestazione, disponendo che il processo consegua per la liquidazione. Il giudice può altresì condannare il debitore al pagamento di una provvisoria, nei limiti della quantità per cui viene raggiunta la prova. In tal senso, si veda l'art. 278 cod. proc. civ.

quantificabile, prima della scadenza, nel suo preciso ammontare, ma sussisterebbe altresì il dubbio circa il suo effettivo verificarsi: provando, ad esempio, che la prestazione sarebbe divenuta egualmente impossibile per causa non imputabile al debitore prima della scadenza, si potrebbe infatti arrivare addirittura a negare l'esistenza di un qualsiasi pregiudizio risarcibile⁴⁸.

Alla luce di quanto sin qui detto, si ritiene dunque di poter concludere, concordando con chi, pur non negando la risarcibilità del danno conseguente alla violazione di un dovere anche diverso da quello di protezione, sottolinea tuttavia come il risarcimento di tale danno richieda pur sempre di attendere la scadenza, essendo appunto solo quello il momento in cui è dato stabilire con precisione non solo il *quantum*, ma anche l'*an* del pregiudizio subito dalla parte *in bonis*.

2.3. OSTACOLI AD UNA COMPIUTA RICOSTRUZIONE, IN VIA INTERPRETATIVA, DI UNA DISCIPLINA GENERALE DEL PERICOLO DEL FUTURO INADEMPIMENTO.

Manifestata la preferenza, quantomeno per quanto riguarda il sistema italiano, per la tesi che tende a negare la possibilità per la parte *in bonis* di agire immediatamente per il risarcimento del danno in pendenza del termine (e, a maggior ragione, in pendenza di una condizione sospensiva), si possono a questo punto formulare alcune osservazioni critiche in ordine alle argomentazioni svolte dai sostenitori delle diverse impostazioni ermeneutiche favorevoli ad ammettere rilevanza, anche nel nostro ordinamento, del c.d. inadempimento anticipato e a riconoscere al contraente fedele la possibilità di ricorrere ai due rimedi – risolutorio e dilatorio – prima ancora della scadenza del termine e a prescindere dalla natura cause del pericolo di un futuro inadempimento.

A tal riguardo vanno senz'altro apprezzati gli sforzi compiuti dagli interpreti, soprattutto perché volti ad estendere anche al nostro ordinamento una disciplina che presenta caratteri di forte innovazione e che risponde altresì ad innegabili esigenze pratiche⁴⁹.

Da condividere è, nella maggior parte dei casi, anche l'approccio metodologico prescelto dagli interpreti: se è vero, infatti, che non manca chi ritiene – in modo assai poco condivisibile – di poter affermare senz'altro l'operatività nell'ordinamento interno

⁴⁸ G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 230.

⁴⁹ Così M. DELLA CHIESA, *La risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, cit., 401, 431.

di soluzioni elaborate in contesti diversi da quello italiano⁵⁰, nella maggior parte dei casi dottrina e giurisprudenza hanno tentato di dare una soluzione al problema dell'inadempimento prima del termine procedendo mediante una ricostruzione sistematica delle indicazioni provenienti dalla normativa esistente⁵¹. Trattasi di un modo di operare senz'altro degno di approvazione, il quale – come è stato autorevolmente osservato – dovrebbe essere a ben vedere preliminare ad ogni interrogativo sulle eventuali prospettive di riforma, la quale ben può essere evitata se risulti che il diritto, inteso come *law in action*, sia ancora ricostruibile sistematicamente a partire dalle disposizioni del codice civile e dai principi dallo stesso ricavabili⁵².

Il tentativo di elaborare una disciplina del fenomeno dell'inadempimento prima del termine sulla base degli indici provenienti dal diritto positivo corrisponde, quindi, ad un *modus operandi* dogmaticamente corretto⁵³. Sennonché, va notato come in taluni casi il suddetto tentativo di ricostruzione sia avvenuto in realtà mediante il ricorso ad un'interpretazione antiletterale o tale da risultare quantomeno forzata (e quindi discutibile) alla luce della formulazione oltreché della *ratio* delle disposizioni legislative invocate.

Si è obiettato, così, che le ipotesi elencate dall'art. 1186 cod. civ. non sarebbero meramente esemplificative, ma costituirebbero un elenco tassativo dei casi di decadenza dal beneficio del termine. Tale conclusione risulterebbe dovuta non solo in considerazione della *ratio* giustificatrice della norma, sulla quale si potrebbe discutere⁵⁴, ma soprattutto in ragione del carattere eccezionale della previsione che, in deroga alla regola di cui all'art. 1185 cod. civ. sull'inesigibilità della prestazione prima del decorso del termine stabilito a favore del debitore (o di entrambe le parti), consente al creditore di

⁵⁰ Nel senso che nulla osterebbe ad un'interpretazione evolutiva della disciplina interna anche alla luce di quelli che sono i principi di diritto internazionale ed europeo comune, v., ad esempio, R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, I, Milano, 2013, 551, 554. In realtà, come si è avuto modo di notare, la tendenza a richiamare le disposizioni di diritto sovranazionale, a partire a quelle contenute nella CISG, e le disposizioni predisposte dal altri legislatori europei è una tendenza presente nella maggior parte delle opere dedicate al tema dell'inadempimento ante diem. Al contempo, si deve però anche notare che la maggior parte degli autori, consci dell'impossibilità di basare una soluzione di un problema che è anche e soprattutto del diritto interno sulla base di elementi normativi diversi da quelli rinvenibili nei testi legislativi nazionali, cercano in definitiva di argomentare le proprie tesi con ragionamenti fondati principalmente sugli indici positivi interni.

⁵¹ Così, in definitiva, anche R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 515 ss.

⁵² L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 507.

⁵³ Sul significato della nozione *dogmatica* (*giuridica*) e sugli usi incostanti ed equivoci cui essa è soggetta nel comune linguaggio dei giuristi, v. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 14, nota n. 51.

⁵⁴ V. A. ZACCARIA, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 123.

esigere la prestazione anche se il termine previsto per la sua esecuzione non sia ancora scaduto. Il carattere eccezionale della disposizione escluderebbe di per sé la possibilità di un'applicazione in via analogica della regola⁵⁵.

Discutibile appare inoltre la tesi che, argomentando *ex art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ.*, ritiene che la decadenza potrebbe operare, nel nostro ordinamento, oltretutto in presenza di una delle situazioni espressamente previste dall'art. 1186 cod. civ., quantomeno anche nell'ipotesi in cui il debitore abbia già manifestato in forma scritta la volontà di non adempiere alla scadenza. A tal riguardo si è infatti rilevato che l'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ., nel ricollegare alla dichiarazione scritta del debitore di non voler eseguire la prestazione il mero esonero dalla intimazione, di regola necessaria ai fini della costituzione in mora, peraltro ai soli fini di quest'ultima, confermerebbe come l'atto abdicativo possa avere effetti giuridici, precisamente quelli individuati dalla disposizione di legge, esclusivamente nella misura in cui risulti manifestato per iscritto e si accompagni ad un ritardo nell'adempimento, il quale rappresenta presupposto necessario ai fini dell'operatività della norma, inidonea pertanto ad essere di qualche utilità per l'interprete nei casi in cui non si sia ancora verificato un inadempimento dell'obbligazione principale⁵⁶.

Di dubbia opportunità risulta, ancora, il richiamo alle norme di diritto sovranazionale ed a quelle introdotte nei testi normativi interni di diversi ordinamenti continentali. L'evoluzione del diritto, cui si è assistito in altri sistemi, induce bensì l'interprete a valutare la tenuta delle regole elaborate in contesti diversi da quello nazionale ed a sviluppare critiche in ordine al quadro normativo interno, la soluzione di problemi di diritto italiano non è però possibile invocando semplicemente gli argomenti sviluppati in ambiti diversi da quello nazionale, governati da principi non sempre

⁵⁵ Sui limiti dell'interpretazione analogica e sulle differenze rispetto a quella estensiva, v. ancora R. GUASTALLA, *Interpretazione dei documenti normativi*, cit., 192 ss. Un'interpretazione restrittiva della disposizione sulla decadenza pare essere prevalsa, in definitiva, anche in Francia. Cfr. al riguardo il nuovo art. 1305-4 *Code civil*. Nel riformulare la disciplina delle obbligazioni e dei contratti, contenuta nel *Code*, il legislatore francese non solo ha rinunciato ad introdurre nell'impianto codicistico una disposizione espressa, volta a riconoscere la possibilità di procedere alla risoluzione anticipata del contratto in presenza di un inadempimento riscontrato prima della scadenza del termine, ma ha altresì ommesso di estendere la portata della regola sulla decadenza dal beneficio del termine a tutti i casi in cui vi sia pericolo di un futuro inadempimento. Ed anzi, con una scelta non del tutto comprensibile, egli ha addirittura ritenuto di limitare l'operatività del nuovo art. 1305-4 *Code civil* (vedi le versioni precedenti) ai soli casi in cui il debitore non abbia fornito le assicurazioni richieste o abbia diminuito quelle già date. Non figura, invece, fra le ipotesi di decadenza del debitore dal beneficio del termine quella dell'insolvenza, espressamente contemplata dal nostro art. 1186 cod. civ. che, sotto tale profilo, parrebbe avere quindi una portata più ampia della disposizione francese.

⁵⁶ Si veda, ad esempio, in termini meramente ricognitivi, M. DELLA CHIESA, *La risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, cit., 398, cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

coincidenti con quelli vigenti nel nostro sistema civilistico, e facendo leva sulla portata espansiva di regole che, se approvate da altri legislatori europei, non hanno ad oggi trovato accettazione (se non in ambiti specifici, qual è quello della vendita internazionale) da parte del legislatore italiano⁵⁷.

Né si ritiene che possa giungersi ad una soluzione diversa facendo leva sul ruolo creativo della giurisprudenza. L'attività interpretativa dei giudici che – è vero – racchiude in sé ineliminabili momenti di creazione del diritto, trova infatti un limite invalicabile nel principio della soggezione degli stessi (v. art. 101 Cost.)⁵⁸. Del resto, come autorevolmente affermato, la giurisprudenza può bensì “esprimere un vincolo autoritativo di applicazione a casi futuri”, ma unicamente “a condizione che sia trasformabile in una regola dogmatica sulla base di un accordo intersoggettivo che ne garantisca la coerenza con la razionalità dell'ordinamento positivo”⁵⁹.

Esclusa la possibilità di un'interpretazione (eccessivamente) ampia delle norme di legge predisposte dal codice del 1942, anche alla luce delle evoluzioni del diritto di matrice europea e non, *de iure condito* l'unica alternativa coerente sotto il profilo dogmatico-sistematico per affermare, alla luce dei principi che governano il nostro ordinamento⁶⁰, l'immediato ricorso ai rimedi contro l'inadempimento (e, fra questi, a quello risolutorio) parrebbe allora quella di riscontrare, nella fase *medio tempore*, una violazione attuale e già sufficientemente grave, ai sensi dell'art. 1455 cod. civ., di un obbligo scaturente dal generale principio di buona fede⁶¹ ed inevitabilmente diverso da

⁵⁷ Non pare peraltro potersi condividere l'opinione di chi, interpretando in senso ampio l'art. 12 delle Preleggi, ritiene di poter procedere ad un'applicazione analogica di norme di altri ordinamenti ogniqualvolta manchi in quello interno una regola specifica e non si possa neppure procedere ad un'applicazione analogica di altre norme di diritto interno. In tal senso, cfr. P.G. MONATERI, A. SOMMA, «*Alien in Rome*». *L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro it.*, 1999, V, 50.

⁵⁸ V. A. TORRENTE, *Il giudice e il diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1261 ss. Ma v. tuttavia, S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creativa di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1 ss.

⁵⁹ Così L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, 445.

⁶⁰ Per il rapporto di interazione tra i due momenti, quello ermeneutico e quello dogmatico-sistematico, si v. L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, cit., 13. Sottolinea l'opportunità per il giudice di optare, fra le diverse interpretazioni, quella “più aderente al complessivo quadro sistematico ed ai valori espressi dall'ordinamento” anche G. MERUZZI, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., 43 s., il quale aggiunge come la dottrina intervenga, inoltre, “*a posteriori*, conferendo ai precedenti una dimensione sistematica in cui giocano un ruolo essenziale la pubblicazione, l'analisi critica e l'individuazione tra essi dei *leading cases*”.

⁶¹ La clausola generale di buona fede si presta, così, ad accentuare, entro certi limiti, il potere creativo del giudice che può attribuire rilevanza, sul piano rimediabile, alla violazione di obblighi non previsti espressamente dalle parti, ma scaturenti appunto dal dovere di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. Sul ruolo delle clausole generali, G. MERUZZI, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., 1 ss. V., in particolare p. 53, dove l'A. sottolinea, come “una teoria organica sulle clausole generali” debba “acquisire la consapevolezza che il principio espresso dall'art. 101 cpv. Cost. [...] deve essere inteso nel

quello di prestazione, il quale rimarrebbe invece inesigibile, con sua conseguente inviolabilità, lungo tutta la fase di pendenza del termine⁶². Diversamente, ove questo non fosse possibile, la parte *in bonis* avrebbe a disposizione i soli strumenti c.d. conservativi e/o cautelari, i quali però dipendono, a loro volta, dal riscontro di specifici presupposti e non sembrano poter essere applicati, considerato il loro carattere eccezionale⁶³, *sic et simpliciter* ad ipotesi di pericolo di un futuro pregiudizio del diritto creditorio diverse da quelle espressamente contemplate.

2.4. DIVERSO LIVELLO DI TUTELA DELL'INADEMPIMENTO ANTICIPATO: SISTEMI GIURIDICA CONFRONTO.

Alla luce di quanto sin qui detto, appare evidente la differenza nello standard di tutela predisposto dal nostro ordinamento rispetto a quello offerto da altri sistemi.

In Italia, la possibilità di risolvere anticipatamente il contratto non parrebbe poter prescindere, in assenza di una disposizione esplicita in tal senso, dal riscontro di una violazione attuale⁶⁴, mentre l'eccezione dilatoria sembrerebbe, salve forzature ermeneutiche, sollevabile, al di fuori dei casi in cui sia possibile riscontrare un inadempimento (v. art. 1460 cod. civ.)⁶⁵, solo se la causa del pericolo di una futura violazione contrattuale sia individuabile in un mutamento delle condizioni patrimoniali della controparte.

senso di soggezione del medesimo non alle sole norme positive, bensì anche a alle norme di diritto effettivo create dal giudice di legittimità in sede di concretizzazione delle clausole generali”.

⁶² V. *supra*.

⁶³ Sul punto, v. *supra*. Ma v. anche le ulteriori osservazioni che verranno svolte *infra*.

⁶⁴ Conservano attualità, a ben vedere, le osservazioni di L. DEVOTO, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, Padova, 1943, 315, secondo il quale il creditore (di un contratto ad esecuzione continuata, ma – si ritiene di poter aggiungere – anche di quello che l'A. chiama ad esecuzione semplice), il quale ragionevolmente tema dell'adempimento, non può chiedere la risoluzione del contratto “sulla base di questo suo timore puro e semplice, sia pure ragionevole”. Infatti, “l'insicurezza del futuro inadempimento in sé e per sé non può essere motivo e fondamento per la risoluzione di un contratto [a e. c.]. Solo l'inadempienza [di una rata] autorizza il creditore adempiente a chiedere la risoluzione del rapporto, quando ricorrono gli altri estremi sui quali abbiamo più volte insistito, perché solo l'inadempienza è l'evento cui l'ordine giuridico ricollega l'effetto della risoluzione del rapporto”.

⁶⁵ Ma per la possibilità di sollevare l'eccezione dilatoria anche nei casi di una dichiarazione di non voler adempiere che, almeno nella ricostruzione che si ritiene di dover preferire, non parrebbe costituire un inadempimento attuale, v. CASS., 14.3.2003, n. 3783, cit., secondo la quale l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 cod. civ. sarebbe opponibile in realtà anche alla parte che debba adempiere entro un termine diverso e successivo, oltretutto nei casi in cui questa abbia dichiarato di non voler adempiere, anche ove “solo” “certo o altamente probabile che essa non sia in grado di adempiere, indipendentemente dall'imputabilità dell'inadempimento”. Così anche CASS., 9.6.1993, n. 6441, cit.; CASS., 28.11.1984, n. 6196, secondo le quali l'art. 1460 cod. civ. “è opponibile anche alla parte che debba adempiere entro un termine diverso e successivo, a fronte di un evidente pericolo di perderne la controprestazione, avendo essa già dimostrato di non essere in grado di provvedere ai propri obblighi”. Cfr. anche, in termini analoghi, CASS., 4.4.1979, n. 1950. V., per la possibilità di sollevare l'eccezione di pericolo anche in mancanza dei presupposti di cui all'art. 1461 cod. civ., CASS., 19.4.1996, n. 3713, cit.

È dubbio peraltro, se ad una soluzione positiva circa la possibilità di esperire il rimedio risolutorio prima del termine si possa pervenire, come pure si è ritenuto di poter affermare in dottrina ed in giurisprudenza, facendo leva semplicemente sulla portata integrativa della buona fede, e quindi sulla sua funzione di arricchire il rapporto con obblighi diversi da quello principale ed allo stesso accessori⁶⁶.

Più precisamente, la questione che si pone è se, ferma restando la possibilità di ravvisare la violazione di uno di tali obblighi anche nella fase di pendenza del termine, si possa aderire alla tesi che ammette la facoltà, per chi la subisca, di reagire alla stessa, ponendo anticipatamente fine al vincolo mediante il ricorso al rimedio risolutorio; indipendentemente dalla diversa natura – protettiva o preparatoria – dell’obbligo violato.

Se non vi è ragione di dubitare in ordine all’autonomia e quindi alla coercibilità degli obblighi di protezione, la cui inattuazione ben può legittimare il creditore a chiedere, oltre al risarcimento del danno, anche la risoluzione del contratto, ove ne sussistano i presupposti di legge (cfr. § 282 e 324 BGB), analoga conclusione non è infatti altrettanto pacifica nei casi in cui l’obbligo violato abbia carattere preparatorio, considerata l’esistenza di un orientamento, tutt’altro che isolato, che tende a negare autonomia allo stesso, affermandone la strumentalità rispetto a quello principale di prestazione.

Invero, il codice prevede, come si è visto, talune eccezioni al principio per cui la violazione dei doveri preparatori resterebbe priva di mezzi di tutela fino alla scadenza del termine⁶⁷. Basti pensare, a tal proposito, alle disposizioni dettate in materia di contratto d’appalto e di opera (artt. 1662 e 2224 cod. civ.) la cui applicazione parrebbe appunto legata alla violazione, non necessariamente grave, di un dovere meramente preparatorio che grava rispettivamente sull’appaltatore ed il prestatore d’opera⁶⁸.

Si potrebbe allora ritenere che la soluzione elaborata dal legislatore con riguardo ai due tipi contrattuali di cui sopra possa essere esportata anche ad altre fattispecie negoziali, le quali richiedano parimenti lo svolgimento di un’attività preparatoria e risultino, di conseguenza, accostabili a quelle citate⁶⁹.

⁶⁶ Sul punto, v. *supra*.

⁶⁷ Sul punto, si veda L. MENGONI, *Obbligazioni di “risultato” e obbligazioni di “mezzi”, IV*, in *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 231.

⁶⁸ V. *supra*.

⁶⁹ V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 97 s. Cfr. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell’adempimento*, cit., 205; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 574 s.

Ma si tratta di un'operazione ermeneutica che, ancorché ragionevole, incontra ancora una volta un limite nell'eccezionalità delle due disposizioni le quali, in deroga alla regola che richiede, quale presupposto per la risoluzione, un inadempimento attuale (v. artt. 1453 ss. cod. civ.) prevedono, in ambiti specifici, la possibilità di attivare un meccanismo volto a provocare lo scioglimento anticipato del contratto.

Anche l'estensione del rimedio dilatorio, che taluni ritengono di poter operare⁷⁰, appare tutt'altro che condivisibile. È ben vero, infatti, che il mezzo di tutela della sospensione trova talune concretizzazioni all'interno di discipline dedicate a singoli contratti tipici, nei quali i presupposti per la sua esperibilità sono in parte diversi da quelli individuati dall'art. 1461 cod. civ. (v., ad esempio, l'art. 1481 cod. civ.). Si potrebbe allora pensare che un'interpretazione combinata di tali disposizioni, lette altresì alla luce dell'art. 71 CISG, possa in qualche modo giustificare un'applicazione della norma generale al di là dei confini dalla stessa tracciati, e cioè, da un lato, anche ai casi in cui il pericolo di inadempimento non dipenda da un mutamento nelle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti; e, dall'altro, a prescindere dall'esistenza già al momento della conclusione del contratto delle circostanze che denotano il suddetto pericolo, a condizione – si badi – che le stesse si siano manifestate solo in un momento successivo⁷¹.

Ma se le regole speciali, contenute nella disciplina dei singoli contratti tipici, consentono certamente di affermare che il principio alla base della regola di cui all'art. 1461 cod. civ. è suscettibile di portata espansiva, prestandosi ad operare, con riferimento alle fattispecie individuate dal legislatore, anche in casi di pericolo diversi da quello dipendente da un mutamento nelle condizioni patrimoniali di controparte, va notato anche che la specialità del rimedio di autotutela⁷² mal si attaglia, in assenza di un'esplicita previsione legislativa o anche solo pattizia in tal senso, ad una sua incondizionata applicazione al di fuori dei limiti di legge.

È quanto emergerebbe, del resto, anche dalla scelta compiuta dal legislatore tedesco che, dopo aver riscontrato il carattere obsoleto del vecchio § 321 BGB,

⁷⁰ V. *supra*.

⁷¹ F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., *passim*, spec. 160 ss.; ID., *Le eccezioni dilatorie*, cit., 424 ss.; ID., *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2008, 1 ss., nonché in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di M.V. DE GIORGI, S. DELLE MONACHE, G. DE CRISTOFARO, Padova, 2010, 21 ss.

⁷² Così A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali (Artt. 1460-1461)*, in *Il codice civile commentato*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2011, *sub* art. 1461, 92 s., il quale precisa che, al pari dell'eccezione di inadempimento, "l'eccezione di pericolo [...] non può essere utilizzata fuori dall'ambito contrattuale, poiché insuscettibile – in quanto rimedio di autotutela e, come tale eccezionale – di essere oggetto di applicazioni estensive o analogiche".

corrispondente in sostanza al nostro art. 1461 cod. civ., ha ritenuto di dover procedere ad una sua riscrittura, sì da rendere il rimedio dallo stesso previsto applicabile anche nei casi in cui la minaccia dell'inesecuzione della controprestazione sia dovuta a cause di incapacità del debitore di adempiere diverse da quella del peggioramento delle sue condizioni patrimoniali ed esistenti già al momento della stipulazione, purché divenute riconoscibili in un momento successivo⁷³.

L'esigenza di intervenire, ampliando i presupposti applicativi della disposizione e procedendo altresì ad un collegamento del mezzo di tutela dalla stessa offerto con quello interruttivo-estintivo del recesso, sempre possibile ove – a seguito della sospensione e di apposita richiesta – non venga garantita la possibilità del conseguimento della prestazione dovuta, parrebbe appunto dimostrare come il legislatore della riforma abbia ravvisato nella sostituzione della vecchia disposizione la soluzione migliore per superare le forzature ermeneutiche cui la sua precedente formulazione aveva dato adito.

Al pari degli interpreti italiani, anche quelli tedeschi ante-riforma tendevano a dare una lettura ampia del § 321 BGB. In particolare, per giustificare il ricorso al rimedio dilatorio anche in presenza di situazioni di pericolo non derivanti da un peggioramento (necessariamente successivo alla conclusione del contratto) della situazione patrimoniale di controparte, dottrina e giurisprudenza tedesche facevano leva sulla regola generale di buona fede di cui al § 242 BGB: la parte contrattuale, la quale avesse messo in pericolo l'attuazione del rapporto mediante una propria dichiarazione od un proprio comportamento antidoveroso non avrebbe potuto pretendere, se non violando il dovere di correttezza, l'esecuzione della controprestazione⁷⁴.

Tuttavia, tale soluzione non si prestava a trovare applicazione nei casi in cui la minaccia della futura violazione fosse indipendente da una condotta del debitore e fosse legata quindi a fattori allo stesso estranei.

Anche se, taluni interpreti si sono in realtà spinti fino al punto di ritenere la medesima applicabile in tutti i casi di pericolo, anche se dovuto a cause non imputabili

⁷³ V. *supra*.

⁷⁴ J. GERNHUBER, *Die endgültige Erfüllungsverweigerung*, in *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag*, a cura di V. BEUTHIEN, M. FUCHS, H. ROTH, G. SCHIEMANN e A. WACKE, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, 155; U. HUBER, *Leistungsstörungen*, I, *Die allgemeinen Grundlagen – Der Tatbestand des Schuldnerverzugs – Die vom Schuldner zu vertretende Umstände*, in *Handbuch des Schuldrechts*, herausgegeben von J. GERNHUBER, IX/1, Tübingen, 1999, 383, secondo il quale, se si ritiene di dover consentire alla parte *in bonis* destinataria di un rifiuto di sciogliere il contratto e di agire per il risarcimento del danno, si deve altresì consentire alla medesima di avvalersi del diverso e meno grave rimedio dilatorio. In giurisprudenza, v. BGH, 8.7.1983, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)*, 88, 1984, 96

alla parte contrattuale. Del resto, si osservava in dottrina, sarebbe stato poco sensato riconoscere alla parte *in bonis* la possibilità di dichiarare anticipatamente lo scioglimento del contratto, precludendole invece l'esperibilità del meno drastico rimedio dilatorio⁷⁵. Soluzione, questa, che sarebbe risultata inoltre in contrasto con i principi fondanti l'ordinamento tedesco, il quale pure sembra attribuire preferenza alla conservazione del vincolo ed in cui vige il principio del primato dell'adempimento in natura che impone di considerare innanzitutto la possibilità di dare attuazione al rapporto, limitando l'estinzione dello stesso (con eventuale *perpetuatio* nei casi in cui sussistano i presupposti per l'operatività del rimedio risarcitorio) alle sole ipotesi di impossibilità della prestazione dovuta o a quelli espressamente previsti dalla legge quali eccezioni alla regola che induce a tentare, *in primis*, l'attuazione, anche coattiva, del credito⁷⁶.

Senonché, tutt'altro che pacifica appariva, nel sistema tedesco, non solo l'estensione della portata del § 321 BGB, ma anche e soprattutto la giustificazione del ricorso al rimedio dello scioglimento anticipato del rapporto.

Ed anzi, per come formulate, le disposizioni che regolavano la materia della responsabilità e dei rimedi contrattuali, ponevano una serie di problemi in ordine al corretto inquadramento della figura dell'inadempimento prima del termine e all'individuazione dei rimedi contro lo stesso esperibili.

Analogo problema sollevava anche la giustificazione, nell'impianto originario del BGB, di altre "turbative" dell'adempimento diverse da quella della violazione anticipata del contratto. Il legislatore tedesco del 1900 non aveva infatti previsto una categoria generale di inadempimento, limitandosi a regolamentare le conseguenze delle sole figure dell'impossibilità e del ritardo: di conseguenza, non poteva che risultare problematica l'individuazione dell'esatta qualificazione da dare alle violazioni del rapporto non definibili né in termini di impossibilità né in quelli di ritardo⁷⁷.

Di fronte a tale lacunosità del sistema, gli interpreti ritenevano prevalentemente di poter ricondurre le violazioni non espressamente regolate e, fra queste, anche quella dell'inadempimento anticipato (in particolare nella sua forma paradigmatica del rifiuto), alla categoria di elaborazione dottrinal-giurisprudenziale delle "pVV" o violazioni positive del contratto, idonea a ricomprendere tutte quelle ipotesi in cui fosse dato registrare una qualsiasi divergenza rispetto al regolamento negoziale. Sul piano rimediabile,

⁷⁵ U. HUBER, *Leistungsstörungen*, I, cit., 383.

⁷⁶ V. *supra*.

⁷⁷ V. ancora *supra*.

il riscontro di una siffatta divergenza consentiva, poi, alla parte fedele di recedere con effetto immediato dal contratto ed a pretendere il risarcimento del danno (*ex* §§ 280, 286, 325 s. BGB)⁷⁸.

La tesi delle “*pVV*” si esponeva, tuttavia, ad una serie di critiche, giacché (come la stessa aggettivazione “positive” dimostra) la figura si prestava a comprendere i soli comportamenti “positivi”, mentre non pareva potersi ritenere “anticontrattuale”, con conseguente esclusione dell’esperibilità dei relativi rimedi, una condotta omissiva⁷⁹, nonostante una siffatta condotta ben avrebbe potuto determinare, al pari di quelle attive, un pregiudizio al rapporto fra le parti.

Ne derivava, allora, che il contegno omissivo del debitore che non si fosse impegnato nella direzione dello scopo, omettendo di attivarsi per l’approntamento di quanto necessario ai fini dell’assolvimento del debito, era destinata a rimanere priva di conseguenze immediate.

Similmente a quanto succede tuttora in Italia, dove si continua a discutere circa la rilevanza di una condotta del debitore che consista in una mera omissione degli atti preparatori necessari ai fini della corretta esecuzione della prestazione⁸⁰, nel sistema originario del BGB una siffatta condotta non pareva quindi idonea ad integrare alcuna violazione del contratto, con conseguente esclusione della possibilità per la parte fedele di reagire all’inerzia dell’altra; e la necessità per la stessa di attendere la scadenza per valutare se quel comportamento inerte si sarebbe trasformato in ritardo o in impossibilità della prestazione.

Non solo. In mancanza di una previsione volta a disciplinare le conseguenze dell’inadempimento (inteso come figura generale cui ricondurre tutte le violazioni di obblighi poste in essere dalle parti del rapporto) e di fronte all’impossibilità di inquadrare

⁷⁸ In dottrina, H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, traduzione a cura di G. VARANESE, Napoli, 2001, 85 ss.; J. GERNHUBER, *Die endgültige Erfüllungsverweigerung*, cit., 149; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1987, 365 s. In giurisprudenza, per la riconduzione del rifiuto anticipato alla fattispecie delle lesioni positive del contratto, v.: RG, 23.2.1904, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen (RGZ)*, Leipzig, 1904, 57, 113 s.; RG, 17.9.1918, *ivi*, 1918, 93, 285 s.; RG, 2.2.1922, *ivi*, 1922, 104, 278. Nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, v.: BGH, 20.1.1969, in *MDR*, 1969, 385, n. 32; BGH, 10.12.1975, in *WM*, 1976, 76, nonché in *JR*, 1976, 283; BGH, 21.3.1974, in *NJW*, 1974, 1080 s. In tal senso anche OLG FRANKFURT, 27.4.1976, in *NJW*, 1976, 1015 s.

⁷⁹ V., tuttavia, C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss., 129, il quale sottolinea come anche condotte negative fossero in realtà suscettibili ad essere ricondotte alle “*pVV*”.

⁸⁰ In senso positivo F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, XXI, 2, Milano, 1987, 901, nota n. 518, secondo il quale dall’inerzia del debitore, il quale venga meno al dovere di attivarsi “per il tempestivo approntamento di quanto necessario per l’assolvimento del debito”, il creditore può “trarre il convincimento che egli non vuole o che non è in grado di adempiere e di conseguenza già da quel momento trattarlo come inadempiente al contratto”.

le condotte omissive all'interno della figura delle "pVV", il sistema tedesco non lasciava agli interpreti molte alternative per attribuire rilevanza alla violazione degli obblighi preparatori poste in essere mediante un *non facere*; rilevanza che, seppur non pacificamente riconosciuta dagli interpreti italiani, tende comunque ad essere ammessa, da una parte della dottrina e della giurisprudenza⁸¹, proprio attraverso un'interpretazione ampia della nozione (generale) di inadempimento di cui agli artt. 1218 e 1453 cod. civ. e la conseguente estensione dei rimedi contro lo stesso previsti a tutte le fattispecie ad esso astrattamente riconducibili. Nella sua versione originaria, il BGB poneva, quindi, l'interprete, interessato ad inquadrare taluni comportamenti pregiudizievoli del rapporto, di fronte a problemi addirittura maggiori rispetto a quelli che si trova a dover affrontare il giurista nel sistema italiano attuale.

2.5. *SEGUE: DISCIPLINA VIGENTE NELL'ORDINAMENTO TEDESCO. PROFILI INNOVATIVI E PROBLEMI APPLICATIVI.*

Ebbene, a differenza di quanto accade nel nostro ordinamento, dove gli interpreti sono costretti tuttora ad estrapolare le soluzioni al problema esaminato da un quadro normativo lacunoso (qual è appunto quello vigente), in Germania il dibattito sulla configurabilità di un inadempimento prima del termine ha trovato un punto di approdo importante con l'espressa regolamentazione del fenomeno in occasione della riforma del 2002⁸².

Con tale intervento il legislatore non solo ha completamente riscritto il § 321 BGB, sostituendo la precedente eccezione di peggioramento con quella, ben più ampia e moderna, di pericolo o insicurezza, ma ha ritenuto altresì di prevedere la possibilità per la parte contrattuale fedele di determinare senz'altro lo scioglimento anticipato del contratto mediante l'esercizio del rimedio del recesso sulla base del presupposto della mera evidenza del futuro subentro delle condizioni che ne legittimano l'esperimento (v. § 323, comma 4°, BGB). Ne consegue che, a differenza di quanto accade nel nostro ordinamento, in quello tedesco la possibilità per il contraente *in bonis* di svincolarsi anticipatamente dal contratto non dipende più (necessariamente) dalla previa violazione di un dovere accessorio. Di contro, lo scioglimento del rapporto è oggi possibile sol che vi sia certezza circa un futuro inadempimento: certezza che può derivare da condotte

⁸¹ F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, XXI, 2, Milano, 1987, 901, nota n. 518. In giurisprudenza, v., in particolare, CASS., 10.4.1986, n. 2500, cit.

⁸² V. *supra*.

positive del debitore dirette a porre in pericolo l'esecuzione della prestazione dovuta; o dal mancato compimento di attività necessarie all'adempimento, e quindi dalla lesione di obblighi aventi carattere preparatorio; certezza che ben potrebbe conseguire, tuttavia, anche a circostanze del tutto indipendenti da una condotta del debitore o ad una sua dichiarazione di non voler più adempiere, sulla cui idoneità ad integrare una violazione di un dovere diverso da quello di prestazione, ed attuale già nella fase della pendenza, si potrebbe quantomeno discutere.

Il legislatore tedesco non contempla in realtà espressamente il rifiuto debitorio fra i presupposti per l'esperibilità del rimedio dello scioglimento anticipato. Gli interpreti sono tuttavia concordi, anche sulla base di quanto è dato ricavare dai lavori preparatori, che il § 323, comma 4°, BGB è oggi destinato ad operare soprattutto nei casi in cui una delle parti abbia manifestato *ante diem* la sua volontà di non dare esecuzione alla prestazione dovuta⁸³.

Priva di effettivi riscontri pratici risulta peraltro, alla luce della nuova normativa, la discussione in ordine alla possibilità o meno di ravvisare in un siffatto rifiuto la lesione di un dovere concreto, attuale già nella fase *medio tempore*: come precisato, il riscontro di siffatta violazione non è necessario, ai sensi del nuovo § 323, comma 4°, BGB, ai fini dell'invocabilità del rimedio del "*Rücktritt*" prima ancora della scadenza del termine originariamente fissato per l'attuazione dello scambio. Di contro, ciò che si richiede e che è altresì sufficiente a tal fine è la sola possibilità di affermare, con certezza, che un inadempimento si verificherà in futuro. Ne deriva, allora, l'inutilità di una discussione intorno al carattere (lesivo o no di un obbligo accessorio) della dichiarazione oppositiva della parte infedele.

Senonché, va ora precisato, dai commenti dottrinali ai nuovi §§ 321 e 323, comma 4°, BGB emerge come il rifiuto non sempre risulti tale da determinare una situazione di evidenza di una futura violazione contrattuale, idonea a legittimare la parte *in bonis* ad esercitare il recesso immediato dal rapporto. Diversamente, e nonostante la formulazione letterale del § 321 BGB che, a ben guardare, parrebbe applicabile ai soli casi di incapacità d'adempire del debitore e non invece a quelli in cui lo stesso manifesti una volontà contraria all'attuazione del rapporto, l'atto abdicativo, soprattutto se tale da lasciar permanere nel creditore residui dubbi in ordine alla possibilità del conseguimento

⁸³ H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 51 ss.

della controprestazione, non impedirebbe allo stesso di sollevare, anzitutto, l'eccezione dilatoria *ex* § 321 BGB⁸⁴.

Ci si potrebbe chiedere, peraltro, quando il rifiuto si possa considerare tale da ingenerare nella parte che ne sia destinataria la convinzione assoluta circa la futura inesecuzione della prestazione promessa e a legittimare pertanto la stessa a recedere immediatamente dal contratto prima ancora della scadenza; e quando, invece, sia più opportuno procedere ad una mera sospensione dell'esecuzione della prestazione dovuta in attesa che l'altra parte fornisca adeguate garanzie di adempimento.

Trattasi di una questione che continua ad occupare gli interpreti tedeschi i quali, al pari di quelli italiani, si interrogano quindi in ordine alle caratteristiche che deve rivestire la manifestazione debitoria contraria all'adempimento affinché possa assumere rilevanza ai fini dello scioglimento immediato del contratto.

La tendenza è, come si è visto, a riconoscere rilievo al solo rifiuto che risulti altresì serio e definitivo: nulla sembrerebbe invero escludere la possibilità di riscontrare tali caratteri anche nella mera dichiarazione orale del debitore di non adempiere. Tuttavia, pare inevitabile concludere che i suddetti connotati saranno più frequentemente presenti nei casi in cui la dichiarazione del debitore si accompagni ad una sua condotta antidoverosa, idonea ad escludere il futuro adempimento. Condotta che potrebbe invero assumere rilevanza, ai sensi del § 323, comma 4°, BGB, anche ove non accompagnata da una dichiarazione espressa del debitore, assumendo così i caratteri di un rifiuto tacito.

Anche a prescindere dall'annosa questione dell'idoneità della manifestazione oppositiva a legittimare la parte contrattuale fedele a recedere senz'altro dal contratto, problemi si pongono poi – come anticipato – con riguardo all'esatta interpretazione del termine “certezza” od “evidenza”, impiegato dal § 323, comma 4°, BGB: dal testo di tale disposizione risulta, infatti, che il subentro (futuro) dei presupposti per l'esercizio del recesso deve risultare evidente o “*offensichtlich*”. Senonché, rilevata l'inammissibilità di una tesi che ritenga di poter considerare tale una situazione non ancora venuta in essere, ed appurato che – salvi i casi di impossibilità anticipata della prestazione – la sussistenza delle condizioni per l'esercizio del recesso può essere valutata prima della scadenza del termine previsto per l'attuazione del rapporto in termini di mera probabilità, si precisa fra gli autori che, per evitare una sostanziale abrogazione della disposizione (la quale finirebbe per risultare inapplicabile se si ritenesse di dare un'interpretazione rigida del

⁸⁴ H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 162, 166.

termine “evidenza” dalla stessa impiegato), sia necessario estenderne il campo di operatività, con conseguente possibilità dell’esercizio immediato del recesso, a tutti i casi in cui il futuro inadempimento appaia prevedibile con un certo grado di probabilità.

Si discute, tuttavia, in ordine al preciso livello di plausibilità della futura inattuazione dello scambio richiesto ai fini dell’applicazione del § 323, comma 4°, BGB⁸⁵.

Trattasi peraltro di un problema che si ripresenta anche con riguardo all’interpretazione delle analoghe disposizioni contenute nei progetti di diritto uniforme, nonché in alcuni altri ordinamenti nazionali, la cui formulazione coincide a ben vedere con quella della disposizione contenuta nel BGB.

Le tesi elaborate dagli interpreti (tedeschi e non) in ordine al preciso grado di pericolo del futuro inadempimento, il cui riscontro è necessario ai fini della dichiarazione di scioglimento anticipato, sono molteplici. Taluno ha ritenuto, ad esempio, che per la dichiarazione di risoluzione sia indispensabile la sussistenza di una probabilità vicina alla certezza in ordine al verificarsi della situazione non ancora in essere. Altri hanno obiettato che sarebbe, di contro, “sufficiente” anche una mera probabilità, seppur molto elevata di una futura violazione contrattuale. Diversamente, si è precisato, una probabilità “solo” elevata consentirebbe semmai di sollevare l’eccezione dilatoria, ma mai sarebbe sufficiente a legittimare l’immediata risoluzione del contratto.

Si capisce come tale pluralità di opinioni, unitamente alla difficoltà di stabilire in via preventiva se nel caso concreto la probabilità del futuro inadempimento possa dirsi elevata, molto elevata o, addirittura, vicina alla certezza (posto che una linea di discriminare fra i diversi livelli di probabilità possa di fatto essere tracciata), oltre ad incrementare le possibilità di un uso arbitrario dello strumento, non agevoli neppure chi, interessato a svincolarsi dal contratto prima della scadenza, voglia capire se possa o no procedere ad una dichiarazione immediata di scioglimento senza il rischio di vedersi successivamente contestato l’esercizio del rimedio in assenza dei presupposti⁸⁶. Ne deriva che il risultato finale non potrà che essere, ancora una volta, nonostante il contrario obiettivo preso di mira dagli interpreti, la disapplicazione della norma sul recesso anticipato, con

⁸⁵ Sul punto, v. H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 131.

⁸⁶ Su tale rischio, v. A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Commentario coordinato da C.M. BIANCA, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, sub art. 72, 292; V. PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 131; G. CONTE, *L’uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell’anticipatory breach dei contratti*, cit., 487; *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, I und II, herausgegeben von C. VON BAR, R. ZIMMERMANN, München, 2002, sub art. 8:105, 447 s.

conseguente sempre più frequente ricorso al meno drastico rimedio dilatorio⁸⁷, riconosciuto in taluni dei testi sopra citati a prescindere dalla causa che dia motivo di temere l'inattuazione del credito⁸⁸.

Evidenziati in tal modo i problemi connessi alla formulazione letterale della regola del § 323, comma 4°, BGB così come delle analoghe disposizioni inserite sia nei progetti di diritto uniforme che in alcuni ordinamenti nazionali⁸⁹, risulta allora evidente che, ove ritenuta necessaria in considerazione dell'insufficienza delle disposizioni esistenti nell'attuale sistema codicistico, una riforma del diritto italiano sul modello di quella occorsa, ad esempio, in Germania non consentirebbe affatto di eliminare la pluralità di questioni che il fenomeno dell'inadempimento *ante diem* ed il suo riconoscimento nel nostro ordinamento pongono. Ed anzi, l'introduzione di una norma quale quella di cui al nuovo § 323, comma 4°, BGB, che fonda il ricorso al rimedio dello scioglimento anticipato sul solo riscontro di una non meglio definita "chiarezza" della futura inattuazione del rapporto, solleverebbe anche nel sistema italiano una serie di questioni che l'ancoraggio della risoluzione al previo riscontro di una violazione attuale e sufficientemente grave di un obbligo accessorio, seppur non del tutto appagante, consente di evitare almeno in parte.

3. LACUNOSITÀ DELLA DISCIPLINA ITALIANA. PROSPETTIVE DE IURE CONDENDO.

L'inidoneità delle regole analizzate nel precedente paragrafo a fungere da modello per una regolamentazione duttile del fenomeno dell'inadempimento *ante diem*, non consente tuttavia di concludere per l'inutilità di un intervento volto a risolvere, una volta per tutte, i residui problemi che nel nostro ordinamento si pongono con riguardo al riconoscimento del rimedio risolutorio *ante diem*.

Come si è avuto modo di vedere, al fine di regolare i casi di pericolo del futuro inadempimento, la giurisprudenza si è trovata spesso a dover forzare il dato normativo, sì da far rientrare nell'ambito di applicazione delle disposizioni esistenti fattispecie che, a

⁸⁷ V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 131 che osserva come al fine di evitare il rischio di dover subire gli effetti conseguenti ad una dichiarazione di risoluzione infondata il creditore si troverebbe inevitabilmente a preferire di avvalersi del potere di sospensione. Così anche G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 487, secondo il quale l'art. 71 CISG avrebbe di conseguenza un ambito di applicabilità ben più ampio.

⁸⁸ Cfr. art. 1220 *Code civil*; art. 9:201, comma 2°, PECL e art. 8:105 PECL; art. 7.3.4. dei Principi UNIDROIT; art. 3:401 DCFR.

⁸⁹ Cfr. § 323, comma 4°, BGB; art. 107 della legge sul diritto delle obbligazioni slovena; § 6:151 del codice civile ungherese; art. 6:80 del codice civile olandese; art. 9:304 PECL; art. 7.3.3. dei Principi UNIDROIT; art. III. – 3:504 DCFR.

ben vedere, mancano dei presupposti dalle medesime richiesti ai fini della loro operatività.

Così, ad esempio, si è ritenuto di poter riconoscere al contraente la possibilità di esperire, anche prima della scadenza del termine, il rimedio risolutorio sulla base di una situazione di (una non meglio definita) certezza del futuro inadempimento, non corroborata da alcuna violazione attuale (ancorché riferita ad un dovere accessorio)⁹⁰; o in presenza di violazioni di obblighi meramente preparatori, privi (quantomeno secondo parte della dottrina) di quel carattere di autonomia che è necessario per giustificare un'immediata reazione di fronte alla loro lesione posta in essere nella fase *medio tempore*⁹¹.

Sulla stessa linea si è ritenuto di poter giustificare l'opponibilità dell'eccezione di cui all'art. 1460 cod. civ. anche alla parte tenuta ad adempiere entro un termine diverso e successivo, in ipotesi nelle quali fosse evidente il pericolo di un suo inadempimento, avendo, ad esempio, essa già dimostrato, seppur attraverso un comportamento meramente inerte, di non essere in grado di provvedere all'adempimento dei propri obblighi; o, ancora, avendo essa già dichiarato di non voler eseguire la prestazione dovuta⁹².

È chiaro, però, che una tale conclusione costituisce una forzatura della lettera dell'art. 1460 cod. civ., il quale non solo richiede, ai fini della propria operatività, che le parti siano tenute ad adempiere contemporaneamente, ma che non sembra poter trovare applicazione, in particolare, qualora non vi sia stato ancora inadempimento, com'è appunto nei casi in cui una parte abbia "semplicemente" dichiarato di non voler adempiere⁹³ o abbia in altro modo dimostrato di non avere intenzione o di non essere in grado di dare attuazione agli impegni assunti⁹⁴.

⁹⁰ Così, ad esempio, CASS., 10.12.1986, n. 7318, cit., la quale ha ritenuto sussistere un inadempimento del commissionario, il quale, in presenza, di un impegno di vendita nell'anno di un determinato numero di prodotti del committente, nel primo semestre ne aveva venduti una quantità di molto inferiore, rendendo in tal modo "inverosimile il raggiungimento del traguardo annuale". Ebbene, stando a quanto affermato dalla Corte, anche a fronte di una difficoltà, per vero non imputabile al debitore, ma tale da rendergli più difficile la vendita dei prodotti, la sola circostanza dell'inverosimiglianza del conseguimento del risultato, consentirebbe al creditore di svincolarsi dal rapporto.

⁹¹ Si veda, fra le altre, CASS., 7.9.1977, n. 3900, cit.; CASS., 4.3.1970, n. 529, cit. Nel senso che anche la mera inerzia nell'esecuzione di attività indispensabili all'adempimento equivale ad inadempimento, v. CASS., 10.4.1986, n. 2500.

⁹² In tal senso, si vedano, ad esempio: CASS., 14.3.2003, n. 3787, cit.; CASS., 9.6.1993, n.6441, cit.; CASS., 28.11.1984, n. 6196.

⁹³ Come più volte si è avuto modo di osservare, non sembra, infatti, che, al contrario di quanto afferma la giurisprudenza maggioritaria e parte della dottrina italiana, la dichiarazione debitoria contraria alla volontà di adempiere costituisca di per sé inadempimento, neppure di un obbligo meramente accessorio.

⁹⁴ Si pensi, ad esempio, al debitore che si limiti a manifestare una situazione di difficoltà di adempiere alla scadenza, ad esempio, a causa di una crisi finanziaria o economica sopravvenuta alla stipula del contratto:

Per superare l'ostacolo, rappresentato dalla lettera dell'art. 1460 cod. civ., in altre pronunce il fondamento dell'operatività della tutela dilatoria *ante diem* è stato individuato nell'art. 1461 cod. civ., la cui *ratio* – si è detto – sarebbe da ravvisare “nell'esistenza di un pericolo attuale d'inadempimento riconducibile alla sfera dell'obbligato e tale da pregiudicare l'equilibrio sinallagmatico del contratto”, a prescindere dalla circostanza che un tale pericolo origini o meno da un mutamento *in peius* delle condizioni patrimoniali di controparte⁹⁵.

Si tratta, tuttavia, ancora una volta, di un tentativo volto a risolvere il problema della lacunosità della disciplina codicistica non del tutto coerente con i “tradizionali” criteri ermeneutici, i quali, com'è noto, vietano di procedere ad un'applicazione analogica – quale parrebbe essere quella che giustifica l'opponibilità dell'eccezione *ex art.* 1461 cod. civ. in presenza, ad esempio, di un rifiuto debitorio – delle norme che – come appunto l'art. 1461 cod. civ. – presentano carattere di eccezionalità (cfr. art. 14 delle Preleggi).

A fronte della pluralità di problemi che la disciplina attuale lascia quindi inevitabilmente irrisolti e i quali non risultano, anzi, risolvibili, se non attraverso un (non consentito) intervento creativo dell'interprete⁹⁶, non pare, dunque, che la strada da seguire sia quella per la quale ha optato il legislatore francese in occasione della recente riforma che, pur avendo inciso in maniera profonda sull'impianto del *Code*, ha infine rinunciato all'inserimento nel testo di legge di una disposizione diretta a consentire alla parte fedele di risolvere il contratto prima ancora della scadenza del termine previsto per l'adempimento. La scelta del legislatore francese risulta poco comprensibile alla luce dell'intento enunciato dai redattori della riforma di modernizzare il sistema normativo interno anche alla luce delle indicazioni provenienti dai testi e progetti di diritto sovranazionale⁹⁷, nei quali l'istituto dell'inadempimento anticipato ed il rimedio della risoluzione prima del termine come mezzo di reazione allo stesso trovano, si è visto, costante regolamentazione.

in tal caso non può certo dirsi che il comportamento del debitore, seppur idoneo a far presagire un futuro inadempimento, sia idoneo ad integrarlo già di per se stesso.

⁹⁵ Si veda CASS., 19.4.1996, n. 3713, cit., secondo la quale può giustificare la sospensione della prestazione da parte *ex art.* 1461 cod. civ. anche il rifiuto di un contraente comunicato all'altro di non voler adempiere la propria obbligazione.

⁹⁶ Sul punto, v. gli autori citati *supra*.

⁹⁷ Sull'influenza del diritto uniforme sui diversi progetti di riforma elaborati in Francia, s. veda B. FAUVARQUE-COSSON, *The French Contract Law Reform in a European Context*, in *Elte Law Journal*, 2014, 59 ss.

La soluzione francese appare comunque isolata nel panorama europeo, dove regole apposite, le quali mirano a disciplinare il fenomeno della violazione anticipata del contratto e a prevedere la possibilità di uno scioglimento prima della scadenza sono state contemplate dalla (quasi) totalità dei legislatori che hanno avuto modo di intervenire di recente sul sistema del diritto delle obbligazioni e dei contratti nazionale, o che comunque si apprestano a farlo⁹⁸.

Si ritiene, dunque, che una riforma del quadro normativo interno, se sufficientemente meditata e tale dunque da provvedere ad un adeguato contemperamento dei diversi interessi in gioco, sarebbe in realtà auspicabile anche in Italia, dove l'assenza di una norma che disciplini espressamente il rimedio della risoluzione anticipata e la formulazione attuale dell'art. 1461 cod. civ. continuano – come si è visto – a sollevare una pluralità di dubbi interpretativi; e dove un intervento legislativo contribuirebbe pertanto al raggiungimento di una maggiore certezza del diritto, oltretutto ad un adattamento del sistema alle tendenze emergenti a livello sovranazionale.

Pare pertanto condivisibile l'auspicio espresso in dottrina di procedere ad una revisione del sistema attuale, onde superare altresì quella dicotomia che è dato oggi riscontrare tra il c.d. "diritto comune" e quello "della crisi d'impresa", dove il legislatore ha provveduto, di contro, a dettare esplicite disposizioni che, combinando fra di loro le alternative dello scioglimento, della sospensione e della continuazione del rapporto, si prestano, come giustamente si è notato, ad una gestione flessibile dell'inadempimento, la quale consente il raggiungimento di un adeguato equilibrio tra le diverse esigenze e i diversi interessi coinvolti⁹⁹.

Una novella potrebbe, ad esempio, contribuire al superamento delle difficoltà connesse all'indiscriminata ammissibilità del rimedio della risoluzione anticipata in presenza di una violazione di quei doveri che, in quanto meramente preparatori, tendono ad essere ritenuti da taluni privi dell'autonomia che connota, invece, gli obblighi di protezione, legittimando un'immediata reazione alla loro violazione.

Una riforma, purché frutto di adeguata riflessione, sarebbe auspicabile anche per attribuire rilevanza a quelle ipotesi, nelle quali, pur in assenza della violazione di qualsiasi obbligo, sussista tuttavia il pericolo che, a fronte di circostanze non necessariamente imputabili al debitore, questi non adempia alla scadenza prefissata. Il

⁹⁸ Al riguardo, si rinvia alle osservazioni svolte nel capitolo I.

⁹⁹ F. PADOVINI, *Inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, in *Crisi finanziari e categorie civilistiche*, a cura di G. ALPA e E. NAVARRETTA, cit., 95 ss.

riferimento è a quei casi, nei quali, pur non essendo ancora riscontrabile un'impossibilità attuale della prestazione promessa, sia tuttavia altamente probabile un suo subentro futuro (a prescindere peraltro dalla situazione patrimoniale del debitore).

Orbene, se sotto il primo profilo un modello non può essere ricercato nella formulazione del § 323, comma 4°, BGB, il quale, oltre a prestarsi ad evidenti abusi da parte del creditore, non pare al contempo attribuire adeguata attenzione all'esigenza dello stesso di evitare dichiarazioni di scioglimento infondate, per quanto riguarda il secondo profilo non sembra che la soluzione da "importare" sia quella offerta dal nuovo art. 1220 *Code civil*. Tale disposizione attribuisce infatti rilevanza, ai fini della sospensione dell'esecuzione della prestazione, ad ogni situazione in cui risulti manifesto che l'altra parte non adempirà e sia dato altresì ritenere che le conseguenze del suo presunto inadempimento siano destinate ad essere gravi. Al contempo, essa si limita però a prevedere la necessità per colui che invochi l'eccezione di sospensione di darne notizia all'altra parte. Nulla è stabilito, invece, circa la possibilità di quest'ultima di evitare la sospensione mediante l'offerta o la prestazione di adeguate garanzie (cfr. art. 1461 cod. civ.) né tantomeno in ordine alla facoltà per il contraente *in bonis* di procedere allo scioglimento del contratto e di porre in tal modo fine all'inutile e svantaggiosa situazione di stasi (nella quale deve pur sempre mantenersi in grado di adempiere), qualora il debitore non presti assicurazioni relativamente alla propria capacità e/o volontà di adempiere (§ 321 BGB).

3.1. MODELLI DI RIFERIMENTO FRA DIRITTO SOVRANAZIONALE E PROPOSTE DOTTRINALI.

Esclusa così l'opportunità di adottare nell'ordinamento interno le soluzioni sopra descritte, si tratta a questo punto di capire, in quale direzione debba muoversi l'interprete italiano nel suggerire soluzioni di riforma, e, soprattutto, di stabilire se esistano, già oggi, in sistemi diversi dal nostro, dei modelli di disciplina che si prestino ad essere utilizzati anche da noi.

La risposta appare a questo punto intuitiva: l'attività interpretativa, così come, ove ritenuta opportuna, una possibile riforma, dovrebbero trarre spunto, quantomeno relativamente alla regolamentazione del rimedio risolutorio *ante diem*, dalla regola dell'art. 72 CISG.

Tale disposizione parrebbe a prima vista far dipendere, al pari del § 323, comma 4°, BGB, l'immediata dichiarazione di scioglimento dal riscontro di una situazione di

certezza del futuro inadempimento (v. art. 72, comma 1°, CISG), con la conseguenza che si porrebbe, ancora una volta, il problema relativo all'esatta definizione da dare alla suddetta nozione, stante – come si è visto – l'impossibilità di intenderla in senso letterale.

Ebbene, molti interpreti, soffermandosi sul solo primo comma della citata disposizione, continuano appunto a discutere intorno all'esatto livello di probabilità richiesto ai fini dell'applicabilità del rimedio di cui all'art. 72 CISG¹⁰⁰ e a ricercare, invano, l'esatta linea di discriminazione fra il campo di operatività dello stesso e di quello dilatorio di cui all'art. 71 CISG.

Essi trascurano, tuttavia, un dato di fondamentale importanza; e cioè, che, a differenza del § 323, comma 4°, BGB e di altre disposizioni inserite nei progetti di diritto uniforme (ed in alcuni testi di diritto interno) che attribuiscono al contraente fedele il diritto di sciogliersi anticipatamente dal contratto, l'art. 72 CISG non si limita a prevedere la necessità di riscontrare, quale presupposto indispensabile per procedere alla risoluzione *ante diem*, una (di per sé, per vero, irraggiungibile) situazione di certezza circa il futuro inadempimento.

Di contro, come si è visto, la norma contenuta nel testo della legge uniforme detta un articolato procedimento, la cui attivazione mira proprio a consentire alla parte contrattuale fedele, interessata a svincolarsi dal contratto in presenza di una situazione che faccia presumere l'inadempimento dell'altro contraente, il raggiungimento della certezza circa il verificarsi della violazione temuta: così, “se vi è tempo sufficiente, la parte che intende dichiarare il contratto risolto deve darne notizia all'altra in modo tale da permetterle di provvedere ad un'adeguata garanzia dell'adempimento delle sue obbligazioni” (art. 72, comma 2°, CISG).

Va da sé che la certezza richiesta dall'art. 72, comma 1°, CISG ai fini della dichiarazione dello scioglimento può dirsi conseguita solo quando, nonostante l'attivazione del descritto procedimento, il contraente (presunto) infedele non presti la garanzia richiesta. Viceversa, qualora adeguate assicurazioni vengano dallo stesso offerte, la possibilità di procedere alla risoluzione rimane inevitabilmente preclusa.

La disposizione del comma 2° non trova in realtà applicazione se la parte infedele abbia anticipatamente dichiarato la volontà di non eseguire la prestazione promessa (art. 72, comma 3°, CISG). Il legislatore internazionale potrebbe aver così voluto risolvere la

¹⁰⁰ V. *supra*.

questione che continua, di contro, a tormentare gli interpreti italiani circa l'idoneità dell'atto abdicativo a determinare di per sé la certezza del futuro inadempimento¹⁰¹.

Rimane, tuttavia, il dubbio circa la possibilità di estendere l'art. 72, comma 3°, CISG ad ogni ipotesi di rifiuto del debitore e, quindi, anche ai casi in cui esso si risolva in una mera dichiarazione orale della parte di non voler adempiere¹⁰²; o, addirittura, in una dichiarazione che, ancorché scritta, non corrisponda tuttavia al reale intento della parte, la quale continua, anzi, a prepararsi in vista dell'adempimento¹⁰³.

L'art. 72, comma 3°, CISG, limitandosi a fare riferimento, quale presupposto per l'immediato scioglimento, ad una non meglio definita dichiarazione debitoria, non fornisce indicazioni chiare ed univoche ai fini di una soluzione del problema.

Parte degli interpreti ritiene così che la dichiarazione, soprattutto se non sufficientemente seria e definitiva, legittimerebbe pur sempre la parte fedele ad attivare il

¹⁰¹ Come anticipato, la giurisprudenza parrebbe favorevole, stando alle massime delle sentenze che sono intervenute sul punto, ad attribuire alla dichiarazione di non voler adempiere resa prima della scadenza del termine, un carattere di immediata illegittimità e a ricollegare, di conseguenza, alla medesima la possibilità per il contraente *in bonis* di procedere senz'altro all'esperimento dei rimedi contro l'inadempimento. Così, ad esempio: CASS., 14.3.2003, n. 3787, cit., la quale ha ammesso l'opponibilità dell'eccezione di cui all'art. 1460 cod. civ., fra l'altro, anche alla parte non è ancora tenuta ad adempiere, ma che ha già dichiarato di non volerlo fare. Cfr. CASS., 27.7.1973, n. 2210, cit. Si è osservato, fra gli interpreti, che a ben vedere le pronunce citate non avrebbero in realtà attribuito rilevanza alla dichiarazione in sé: nella maggior parte dei casi decisi dai giudici, la manifestazione oppositiva del debitore risultava, infatti, accompagnata dal compimento da parte del dichiarante di una serie di atti incompatibili con la volontà di adempiere o comunque dal mancato compimento dei necessari atti preparatori. In dottrina, per tali osservazioni: F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 168 s.; M. FRAGALI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 244 s.; R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Napoli, 2012, 124 ss.; G. MURARO, *L'inadempimento prima del termine*, cit., 258 s. Si veda, ad esempio, CASS., 17.3.1982, n. 1721, cit., nella quale i giudici della Suprema Corte hanno precisato che determina la risoluzione per inadempimento a norma del combinato disposto degli artt. 1183 e 1219 cod. civ. anche la dichiarazione scritta dell'editore di non poter più pubblicare il lavoro. Tuttavia, parrebbe emergere dalla pronuncia che siffatta dichiarazione rilevi, equivalendo a manifestazione dell'intento definitivo di non adempiere solo ove accompagnata dalla cessazione dell'attività preparatoria che risulta necessaria per la pubblicazione. V., tuttavia, l'attenta analisi di A. VENTURELLI, *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 14 ss., secondo il quale un'attenta analisi giurisprudenziale dimostrerebbe, in realtà, come in diverse occasioni i giudici abbiano ritenuto di accogliere la domanda di risoluzione anticipata, dichiarando lo scioglimento prima del termine, per effetto del solo rifiuto reso da una delle parti nella fase di pendenza. Cfr. CASS., 4.3.1070, n. 529, cit., la quale ha precisato, appunto, che la risoluzione prima della scadenza del termine può verificarsi quando uno dei contraenti abbia manifestato, con atti positivi, la sua intenzione di non adempiere. Nel senso che la dichiarazione di non adempiere giustificerebbe il ricorso al rimedio dilatorio *ex art.* 1461 cod. civ., CASS., 19.4.1996, n. 3713, cit.

¹⁰² In senso affermativo, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 364, nota n. 176, secondo il quale la possibilità di considerare l'art. 72, comma 3°, CISG applicabile anche ai casi di un rifiuto che non sia reso in forma scritta segnerebbe l'unica differenza tra la regolamentazione del nostro codice civile (cfr. art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ.) ed il disposto dell'art. 72, comma 3°, CISG.

¹⁰³ Pone in evidenza tale eventualità G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 488 s., che sottolinea come la dichiarazione del debitore potrebbe nascondere semplicemente "un gusto un po' gradasso del dichiarante di pavoneggiarsi agli occhi dei terzi".

meccanismo di cui al comma 2° dell'art. 72 CISG o, se lo preferisca, a sospendere semplicemente l'esecuzione della prestazione dovuta ai sensi dell'art. 71 CISG¹⁰⁴.

Senonché, anche a prescindere dalla lettera dell'art. 71 CISG, il quale pare attribuire rilevanza ai soli casi di incapacità del debitore di eseguire la prestazione dovuta o non si prepari adeguatamente a dare esecuzione al contratto oppure non lo esegua (con la conseguenza che – a rigore – esso non dovrebbe ritenersi applicabile alle ipotesi di assenza di una volontà diretta all'adempimento derivante da una mera dichiarazione debitoria¹⁰⁵), è chiaro che per l'impostazione ermeneutica citata, il comma 3° dell'art. 72 CISG sarebbe destinato, in sostanza, a non trovare quasi mai applicazione, stante la difficoltà di definire con precisione i connotati di un rifiuto serio e definitivo e quelli dell'atto abdicativo che tale invece non sia¹⁰⁶.

Per evitare una simile interpretazione abrogante, e facendo leva sulla sola formulazione letterale dell'art. 72, comma 3°, CISG, il quale – come si è detto – non descrive con precisione i connotati della dichiarazione idonea a costituirne il presupposto applicativo, si potrebbe allora forse concludere, pur nella consapevolezza dei difetti intrinseci ad una siffatta soluzione, che, nella Convenzione di Vienna, il rifiuto, e precisamente la (sola) dichiarazione (esplicita¹⁰⁷) del debitore di non adempiere, sarebbe

¹⁰⁴ P. SCHLECHTRIEM, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, cit., 151, secondo il quale la dichiarazione del debitore di non voler adempiere potrebbe talvolta essere considerata anche come ipotesi legittimante l'esperimento del rimedio dilatorio di cui all'art. 71 CISG. Cfr. altresì p. 157, nota n. 17, dove si sottolinea che in presenza di un'univoca dichiarazione del debitore di non voler adempiere il creditore potrebbe risolvere immediatamente il contratto ex art. 72, comma 3°, CISG, ovvero sollevare l'eccezione dilatoria di cui all'art. 71 CISG.

¹⁰⁵ Che, come precisato, non necessariamente esclude che il dichiarante si stia preparando all'adempimento.

¹⁰⁶ Lo rileva V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 131 che osserva come al fine di evitare il rischio di dover subire gli effetti conseguenti ad una dichiarazione di risoluzione infondata il creditore si troverebbe inevitabilmente a preferire di avvalersi del potere di sospensione. Così anche G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 487, secondo il quale l'art. 71 CISG avrebbe di conseguenza un ambito di applicabilità ben più ampio. C. VON BAR, R. ZIMMERMANN, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht, Teile I und II*, München, 2002, sub art. 9:201, 491, dove si osserva che nell'ipotesi in cui vi sia chiarezza in ordine al futuro adempimento, la parte *in bonis* ha sì diritto a risolvere il contratto per inadempimento anticipato; essa preferirà, tuttavia, nella maggior parte dei casi sospendere (innanzitutto) l'esecuzione della prestazione dovuta sì da permettere alla controparte di adempiere e di soddisfare così l'interesse preso di mira con la conclusione del contratto: “[...] hat die [...] Partei zwar das Recht, den Vertrag wegen antizipierter Nichterfüllung nach Artikel 9:304 aufzuheben, jedoch mag sie es vorziehen, den Vertrag für die Erfüllung offenzuhalten”. Come si avrà modo di vedere, nonostante i rischi connessi alla risoluzione, talvolta la risoluzione sembrerebbe comunque costituire l'unica alternativa per la parte *in bonis* che volesse evitare di vedersi contestata successivamente la violazione dell'art. 77 CISG, il quale impone appunto al creditore di limitare i danni da inadempimento.

¹⁰⁷ Si potrebbe invece estendere l'ambito di applicazione dell'art. 72, comma 3°, CISG anche alle c.d. dichiarazioni tacite, e cioè ai comportamenti concludenti del debitore idonei ad indicare in maniera non equivoca l'assenza della volontà del debitore di adempiere. Con la precisazione che come tali potrebbero essere intesi solo quegli atti che non lascerebbero residuare alcun dubbio in ordine al futuro adempimento, quali ad esempio l'alienazione del bene ad un soggetto terzo che ne acquisti il possesso in buona fede (cfr.

– in assenza di ulteriori indicazioni legislative al riguardo – sempre e comunque tale da legittimare, ed anzi, da indurre il creditore all'immediato scioglimento del contratto. Con la conseguenza che l'attivazione del meccanismo procedimentale, il quale subordina la risoluzione del contratto alla mancata prestazione di adeguate garanzie nell'ipotesi in cui siano invece ravvisabili i presupposti del comma 3° dell'art. 72 CISG si tradurrebbe, a ben vedere, in una pretesa di una prestazione ulteriore rispetto a quella oggetto dell'obbligazione, come tale illegittima, in quanto volta ad ottenere dal debitore più di quanto questi sia tenuto a dare¹⁰⁸. Di fronte ad una richiesta di ulteriori assicurazioni in caso di un suo rifiuto, il dichiarante potrebbe allora obiettare che, avendo manifestato l'assenza della sua volontà di adempiere, egli abbia fatto legittimo affidamento sull'immediato esercizio da parte del creditore del rimedio risolutorio. Sicché la richiesta di ulteriori garanzie, non solo dovrebbe ritenersi superflua, ma anche ed addirittura contraria al disposto dell'art. 72, comma 3°, CISG¹⁰⁹ che – è bene notarlo – costituirebbe allora una chiara deroga alla generale preferenza accordata dalla Convenzione alla

art. 1153 cod. civ.); o la sua distruzione da parte dell'alienante; ipotesi che peraltro sarebbero idonee ad assumere addirittura i connotati di un'impossibilità, con conseguente applicazione del comma 2°, prima parte dell'art. 72 CISG. Non si ritiene, invece, che una dichiarazione tacita di non adempiere riconducibile all'art. 72, comma 3°, CISG sia ravvisabile semplicemente nel mancato compimento di atti preparatori all'adempimento, comportamento che, ove non risulti tale da determinare l'impossibilità del futuro adempimento (con conseguente applicazione della prima parte del comma 2° dell'art. 72 CISG), non sarebbe di per sé idoneo ad escludere l'esecuzione della prestazione e, quindi, il soddisfacimento dell'interesse creditorio al momento dovuto.

¹⁰⁸ Ora, è ben vero che in base al generale principio di buona fede (o di ragionevolezza, che nella legge uniforme sostituisce quello della correttezza) potrebbe ritenersi che le parti siano tenute al compimento anche di tutti quegli atti che, pur non espressamente previsti, si rendano tuttavia necessari per proteggere l'utilità o comunque l'interesse dell'altra parte. Considerato che le garanzie, che ai sensi dell'art. 72, comma 2°, CISG, il debitore deve prestare per impedire la risoluzione del contratto possono consistere anche in una mera dimostrazione da parte del contraente della propria capacità di adempiere (e non vanno pertanto intese in senso tecnico: sul punto v. *supra*), si potrebbe allora ritenere che l'applicazione dell'art. 72, comma 2°, CISG nei casi in cui il debitore abbia già dichiarato di non adempiere in futuro sia del tutto giustificata, sulla base del criterio della buona fede-ragionevolezza; e non sia neppure necessariamente volta ad ottenere dal debitore prestazioni ulteriori a quelle dedotte in contratto. Sennonché, come stiamo per vedere, la necessità di dichiarare immediatamente la risoluzione del rapporto in presenza di una dichiarazione anticipata parrebbe emergere (nell'ambito della CISG) anche da quella disposizione che impone alla parte fedele di prendere le misure ragionevoli in relazione alle circostanze per limitare il danno risultante dall'inadempimento (v. art. 77 CISG). Ne deriva che la parte contrattuale fedele che, di fronte alla dichiarazione dell'altra di non adempiere, non dichiara immediatamente risolto il contratto, come previsto espressamente dall'art. 73, comma 3°, CISG, non potrebbe successivamente domandare alla controparte il risarcimento di quei danni che non avrebbe subito se avesse sciolto il vincolo senza ulteriori indugi.

¹⁰⁹ Il dichiarante potrebbe obiettare, precisamente, che, manifestando anticipatamente la propria volontà di non adempiere (legittimando così il creditore all'immediato scioglimento del contratto), egli ha posto la controparte "nella condizioni migliori per cercare altrove la prestazione voluta e diminuire i danni derivanti dall'inattuazione del rapporto obbligatorio" (così A. VENTURELLI, *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato, Atti del X Incontro Nazionale*, Firenze, 25.-26.1.2008, a cura di G. COLLURA, Milano, 2009, 154).

conservazione del contratto ed al connesso principio della residualità del rimedio risolutorio¹¹⁰.

È ben vero che, a fronte di una dichiarazione del debitore contraria alla volontà di adempiere, il creditore potrebbe anche decidere di attendere inerte la scadenza del termine fissato per l'adempimento: se da un lato, la richiesta di ulteriori assicurazioni ai sensi dell'art. 72, comma 2°, CISG da parte del contraente interessato alla risoluzione potrebbe risultare illegittima, dall'altro lato, e stante il carattere potestativo del diritto allo scioglimento, non si potrebbe infatti precludere allo stesso di esercitare il diritto che la legge gli attribuisce e di preferire perciò di aspettare fino a quando, divenuta esigibile la prestazione debitoria, risultasse definitivo l'inadempimento di controparte.

Tuttavia, si potrebbe obiettare, una siffatta attesa si presterebbe a determinare un incremento dei danni derivanti dall'eventuale futuro inadempimento; danni che il creditore ben avrebbe potuto evitare esercitando il diritto che la legge gli riconosce e quindi dichiarando sin da subito lo scioglimento dal contratto. Si potrebbe allora forse ritenere, pur nella consapevolezza del carattere potestativo che caratterizza il diritto alla risoluzione, che la parte destinataria di una dichiarazione debitoria di non adempiere sia quantomeno incentivata a sciogliere immediatamente il contratto (o addirittura "onerata" dal farlo), onde evitare un aumento esponenziale dei danni derivanti dall'inadempimento ed incorrere, di conseguenza, nella violazione del dovere sulla stessa gravante di contenere i suddetti pregiudizi, considerata l'irrisarcibilità degli stessi qualora risulti che essa avrebbe potuto impedirli con l'ordinaria diligenza o, *rectius*, prendendo le "misure ragionevoli in relazione alle circostanze" (cfr. art. 77 CISG e l'art. 1227 cod. civ.)¹¹¹.

3.1.1. *SEGUE: OPPORTUNITÀ DI IMPORTARE NELL'ORDINAMENTO INTERNO LE REGOLE PREDISPOSTE DALLA LEGGE UNIFORME.*

Ma se una soluzione quale quella prospettata nel paragrafo precedente (peraltro non condivisa dalla maggioranza degli interpreti della legge uniforme) potrebbe essere forse ricavata dalla formulazione dell'art. 72 CISG, essa non deve essere per forza accolta dall'interprete interno, chiamato a risolvere il problema dell'inadempimento anticipato nel nostro ordinamento e a suggerire al legislatore soluzioni applicabili alle fattispecie soggette alla disciplina codicistica italiana.

¹¹⁰ Sul punto, si vedano, in particolare, M. TORSELLO, A. FRIGNANI, *Il contratto internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, 2010, 503 ss.

¹¹¹ Cfr. A. VENTURELLI, *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato, Atti del X Incontro Nazionale, Firenze, 25.-26.1.2008*, cit., 154.

L'art. 72 CISG è una buona norma e come tale si presta senz'altro a fungere da modello per un'eventuale rielaborazione del diritto interno¹¹². Sennonché, proprio perché destinata ad essere trasposta in un ambito diverso da quello in cui è dettata, la sua formulazione ben si presta ad una rivisitazione, tale da rendere la stessa maggiormente compatibile con i principi generali del nostro ordinamento, il quale (al pari della CISG, peraltro¹¹³) pare pur sempre attribuire preferenza alla conservazione del vincolo¹¹⁴ e che, nel considerare l'adempimento alla stregua di un atto dovuto, non sembra lasciare spazio, sotto tale profilo, all'operatività della teoria del c.d. inadempimento efficiente¹¹⁵, la quale solo imporrebbe di tutelare anche l'interesse del debitore che, pur in grado di eseguire la prestazione dovuta, ritenga più conveniente rifiutarla per rivolgersi nuovamente al mercato.

La preferenza per la conservazione del vincolo, la doverosità dell'atto solutorio, ma anche la primazia dell'adempimento in natura¹¹⁶, come pure i rischi connessi ad una domanda di risoluzione presentata in assenza dei presupposti¹¹⁷, inducono pertanto a ritenere che la via migliore per conciliare il rispetto dei principi con l'esigenza di predisporre adeguati strumenti a tutela della parte, interessata – a fronte di un presunto inadempimento di controparte – a svincolarsi dal contratto, sia quella tracciata dal combinato disposto dei primi due commi dell'art. 72 CISG, i quali soltanto potrebbero, eventualmente, essere importati nell'ordinamento interno, mentre da rigettare sarebbe il recepimento di una regola quale quella di cui all'art. 72, comma 3°, CISG, affatto scevra di dubbi interpretativi nella misura in cui attribuisce rilevanza, ai fini dell'immediato

¹¹² Del resto, è proprio a tale disposizione che sembrano essersi ispirati i legislatori estone svedese e finlandese. V. *supra*.

¹¹³ V. *supra*.

¹¹⁴ Espressione di tale principio è, ad esempio, l'art. 1367 cod. civ., relativo all'interpretazione del contratto e delle sue clausole. In questo senso sembrano doversi leggere anche le disposizioni dedicate alla nullità parziale e alla conversione del contratto nullo. Ancora, e per quanto qui maggiormente interessa, la preferenza dell'ordinamento per la conservazione del vincolo emergerebbe anche dall'art. 1372 cod. civ., il quale prevede appunto che il contratto ha forza di legge fra le parti e non può essere sciolto che per mutuo consenso (o dissenso) e negli altri casi previsti dalla legge. Volto a preservare il contratto è, poi, altresì l'art. 1455 cod. civ., il quale subordina la possibilità di domandare ed ottenere la risoluzione del contratto al riscontro del presupposto della gravità dell'inadempimento.

¹¹⁵ Sul quale si rinvia alle osservazioni svolte nel capitolo I.

¹¹⁶ Che, come si è avuto modo di notare, emergerebbe dall'art. 1218 cod. civ.

¹¹⁷ Si veda, ad esempio, A. VESSICHELLI, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., sub art. 72, 292; C. VON BAR, R. ZIMMERMANN, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht, Teile I und II*, cit., sub art. 8:105, 447 s. In giurisprudenza, v. CASS., 29.10.1973, n. 2818, cit., dove si legge appunto che “la manifestazione di volontà con la quale uno dei contraenti dichiara di ritenersi sciolto dal vincolo contrattuale per fatti imputabili alla controparte esclude che possa ritenersi sussistente nello stesso tempo la sua volontà di adempiere ed implica l'inadempimento totale del dichiarante, se i motivi adottati risultino infondati”.

scioglimento del vincolo, ad una generica e non meglio definita dichiarazione debitoria contraria alla volontà di adempiere.

Inserita su proposta dei rappresentanti della delegazione statunitense¹¹⁸, la disposizione in esame, derogando in maniera espressa al principio della risoluzione quale *extrema ratio* che permea, per il resto, tutta la disciplina uniforme, parrebbe infatti poggiare su concezioni del rapporto fra le parti estranee al giurista continentale. In particolare, ove intesa in senso letterale, essa consentirebbe al debitore (disinteressato a proseguire nel rapporto) di decidere, mediante una semplice dichiarazione di non voler adempiere, circa le sorti del contratto, precludendo al creditore, ancorché interessato alla prosecuzione del rapporto, di insistere per ottenere la controprestazione e, quindi, l'adempimento, se non rischiando di non poter più pretendere il risarcimento dei danni che avrebbe potuto evitare svincolandosi sin da subito dal contratto¹¹⁹.

L'art. 72, comma 3°, CISG costituirebbe, così, una notevole eccezione al generale disfavore non solo della Convenzione, ma anche della maggior parte degli ordinamenti in cui essa è destinata ad operare, per la dissoluzione del vincolo. Aderendo alla soluzione che parrebbe emergere da un'esegesi basata sulla lettera della legge, ed escludendo quindi non solo l'invocabilità dell'eccezione di sospensione di cui all'art. 71 CISG, ma anche l'operatività del meccanismo di cui all'art. 72, comma 2°, CISG ogniqualvolta la parte dichiarari, in qualsiasi modo, di non voler adempiere, l'unica alternativa all'immediata risoluzione a disposizione del contraente fedele sarebbe, infatti, come si è visto, quella di attendere inerte la scadenza; tuttavia, anche in tal caso, con conseguente inevitabile aumento dei danni che una dichiarazione immediata di scioglimento avrebbe invece consentito di evitare e che proprio in quanto evitabili non sarebbero quindi suscettibili di risarcimento.

È ben vero che la possibilità di uno scioglimento immediato del rapporto potrebbe essere letta quale mezzo attribuito dal sistema soprattutto nell'interesse del creditore; e non è invero escluso che, a seguito di una dichiarazione debitoria, la parte destinataria della stessa abbia appunto interesse a svincolarsi senz'altro dal contratto¹²⁰. Sennonché,

¹¹⁸ V. *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade*, V, New York, 1974, 68.

¹¹⁹ Sono notevoli le similitudini di tale ricostruzione con gli esiti cui conduce un'adesione alla teoria dell'inadempimento efficiente, elaborata dai sostenitori dell'analisi economica del diritto di stampo nordamericano.

¹²⁰ Peraltro, ove il debitore abbia dichiarato di non voler più adempiere, confidando con ciò nella dichiarazione di risoluzione immediata del contratto e nella consapevolezza, peraltro, di dover corrispondere i danni, ritenendo tuttavia il risarcimento (unitamente all'immediata estinzione del vincolo) più conveniente, in quanto idoneo a consentirgli di ritornare prima sul mercato per concludere un nuovo affare più vantaggioso, la dichiarazione – in tal caso sì – conforme alla “proposta” debitoria di risolvere il

quello che parrebbe costituire a prima vista un vantaggio per il contraente fedele del rapporto si presta ad essere letto altresì quale strumento di abuso nelle mani del debitore, il quale potrebbe voler recedere dal contratto per concludere un affare più favorevole, dichiarando di non voler adempiere e “costringendo” in tal modo il creditore, ancorché interessato a conseguire la prestazione dovuta, ancora possibile, ad “accontentarsi” dell’inadempimento di controparte, se non vuole che gli venga contestata la violazione del generale dovere di ridurre i danni causati dall’inadempimento (nell’ordinamento italiano si veda, in tal senso, l’art. 1227 cod. civ., corrispondente, in sostanza, al sopracitato art. 77 CISG).

3.1.2. *SEGUE: MECCANISMO COMUNICATORIO EX ART. 72, COMMA 2°, CISG QUALE REGOLA SUSCETTIBILE DI ESTENSIONE A TUTTI I CASI DI PERICOLO DEL FUTURO INADEMPIMENTO.*

Ferma restando, quindi, la scarsa opportunità di introdurre nell’ordinamento interno una norma del tenore dell’art. 72, comma 3°, CISG, vanno ribadite la ragionevolezza e la duttilità della regola di cui al secondo comma della medesima disposizione, la quale si presterebbe ad essere considerata e valorizzata in un’ottica *de iure condendo* anche nell’ordinamento interno.

In particolare, la regola citata andrebbe estesa anche ai casi che, nell’ambito di applicazione della legge uniforme, rientrano nel campo di operatività del comma 3° dell’art. 72 CISG.

Sul punto va rilevato che la fissazione di un termine per dimostrare la propria capacità e soprattutto volontà di adempiere a colui che abbia già dichiarato di non volerlo fare potrebbe risultare in realtà inutile¹²¹. Si deve tuttavia osservare che spesso la dichiarazione del debitore potrebbe anche non corrispondere ad un suo reale intento ed essere utilizzata, ad esempio, quale strumento di “pressione” per ottenere dalla controparte condizioni contrattuali più vantaggiose¹²². Al contempo, non si può trascurare che una dichiarazione, soprattutto se orale, difficilmente può essere provata dal creditore che, una volta dichiarato lo scioglimento, si veda poi contestato dal debitore l’esercizio

contratto che il creditore manifesterebbe dichiarando di recedere senz’altro dallo stesso, potrebbe forse assumere i connotati di una vera e propria accettazione di una proposta volta a sciogliere il contratto per mutuo dissenso.

¹²¹ Per il dibattito sull’(in)utilità della fissazione di un termine c.d. di grazia in caso di rifiuto dell’adempimento, prima della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni del 2002, v. capitolo III.

¹²² V. ancora G. CONTE, *L’uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell’anticipatory breach dei contratti*, cit., 488 s.

arbitrario del rimedio, in assenza dei presupposti di legge. L'attivazione di un meccanismo simile a quello di cui all'art. 72, comma 2°, CISG, con conseguente comunicazione (preferibilmente scritta) al debitore della propria intenzione di risolvere il contratto e la fissazione allo stesso di un termine per provvedere a prestare adeguate garanzie per l'adempimento, consente quindi al creditore di conseguire quella certezza del futuro inadempimento che deve costituire sempre e comunque il presupposto per dichiarare lo scioglimento (v. art. 72, comma 1°, CISG)¹²³.

Ma l'attivazione del meccanismo comunicatorio, destinato a sfociare in una dichiarazione unilaterale di scioglimento del contratto, si presenta altresì quale ottimo strumento per conciliare l'interesse del creditore a svincolarsi dal rapporto e le esigenze di celerità, che il moderno mercato pone, con il necessario rispetto dei principi del nostro ordinamento, fra i quali quello alla conservazione del contratto e l'assicurazione al debitore della possibilità di liberarsi dal vincolo mediante l'adempimento.

Sottolineata così la "bontà" della regola di cui all'art. 72, comma 2°, CISG, la quale, a differenza del § 323, comma 4°, BGB, ben si presta a fungere da modello, oltretutto per le parti del contratto interessate a regolare in sede pattizia le possibili evoluzioni del proprio rapporto¹²⁴, anche per il nostro legislatore, se questi decidesse di intervenire in materia, non si ritiene, però, che, in assenza di una norma volta a consentire l'immediato scioglimento del contratto prima ancora della scadenza del termine (a prescindere cioè dalla previa attivazione del meccanismo comunicatorio), sarebbe consentito al debitore medesimo di lamentare la violazione dell'art. 1227 cod. civ. nei casi in cui il creditore non dichiarasse senz'altro di volersi svincolare dal rapporto.

L'unica critica che si presterebbe ad essere mossa a tale soluzione, nel caso di un suo recepimento a livello interno, potrebbe essere quella della disparità di trattamento che essa inevitabilmente determinerebbe fra le ipotesi soggette alla disciplina contenuta nella Convenzione di Vienna e quelle cui è applicabile, invece, il diritto interno.

Ma ancorché una soluzione che si discosti (in parte) da quella contenuta nella CISG non appaia forse apprezzabile sotto il profilo dell'auspicata armonizzazione ed unificazione del diritto¹²⁵ a livello europeo e non, si deve considerare che anche

¹²³ V., tuttavia, H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 137 s., 142 ss. e 149, secondo il quale la certezza richiesta ai fini della dichiarazione di recesso non sarebbe invero raggiunta automaticamente, in virtù della semplice mancata prestazione di adeguate garanzie.

¹²⁴ Sul punto, v. *infra*.

¹²⁵ Sull'armonizzazione, intesa come forma debole di unificazione si veda L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 321.

l'esigenza di uniformazione trova pur sempre un limite invalicabile, da un lato, nei principi ispiratori su cui si fondano i singoli ordinamenti e, dall'altro, nell'autonomia del legislatore di operare liberamente all'interno degli ambiti di propria competenza.

Ebbene, sottolineati i “difetti di funzionamento” di una regola quale quella di cui all'art. 72, comma 3°, CISG e rigettata l'opportunità di accogliere la stessa nel nostro sistema, oltreché per i problemi applicativi che essa comporta e per gli abusi cui si presta (soprattutto a fronte del carattere doveroso dell'atto solutorio), anche per la sua incompatibilità con il principio della conservazione del contratto e di quello connesso del primato dell'adempimento (in natura), non pare in definitiva ragionevole la previsione, nel diritto interno, di un trattamento distinto per le ipotesi di minaccia dell'inadempimento derivante da una mera dichiarazione debitoria e quelle in cui i fattori di pericolo siano diversi dalla manifestazione esplicita di non adempiere.

Va anzi notato che, talvolta, una condotta del debitore diversa dalla semplice dichiarazione di non eseguire la prestazione dovuta, integrando una violazione attuale del rapporto, parrebbe addirittura maggiormente idonea a determinare nella parte fedele il sospetto circa un futuro inadempimento. Del resto, non si può concludere, se non aderendo ad una teoria finzionistica, che il rifiuto sia sempre e comunque tale da far apparire assolutamente certo il futuro inadempimento. Soprattutto in costanza della possibilità della prestazione, una dichiarazione del debitore di non voler adempiere, ferma restando l'inidoneità della stessa ad integrare una violazione attuale del rapporto, potrebbe essere infatti predittiva di un futuro inadempimento, ma potrebbe invero perseguire anche fini diversi; sicché essa nulla sarebbe in grado di dire con certezza circa l'inattuazione del rapporto alla scadenza¹²⁶.

¹²⁶ Nel senso che il rifiuto non costituirebbe un inadempimento, idoneo di per sé a legittimare il ricorso al rimedio risolutorio, v. ad esempio, A.M. BENEDETTI, in *Annuario del contratto 2013*, Torino, 2014, 227 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, cit., 51 s.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 220 ss., spec. 222 e 226. G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 90; G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, cit., 488 s.; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 163 s.; V. PUTORTÌ, *La risoluzione anticipata del contratto*, cit., 123 ss.; 215 ss., 153 ss. Diversamente, per l'immediata rilevanza della manifestazione oppositiva del debitore ai fini risolutorio, M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., 561 ss.; ID., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., 111 s., 152 ss.; A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 325, 363 ss., spec. 364, nota n. 176 (dove si afferma che, a differenza di quanto succede nella CISG, nell'ordinamento interno, il rifiuto potrebbe considerarsi immediatamente illegittimo solo ove rivestito della forma di cui all'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ.); ID., *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, cit., 148 ss. Come si è avuto modo di vedere, secondo alcuni autori, la dichiarazione del debitore determinerebbe la decadenza dal beneficio del termine ex art. 1186 cod. civ., con conseguente esperibilità del rimedio risolutorio: A. ZACCARIA, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, cit., 123; ID., *Obligatio est iuris vinculum...*

L'offerta della prestazione successiva ad un precedente rifiuto serio e definitivo, potrebbe essere bensì inquadrata nell'ambito di un comportamento scorretto¹²⁷. Non si ritiene, tuttavia, che un tanto sia sufficiente per ritenere il rifiuto di per sé tale da pregiudicare irrimediabilmente il rapporto e consentire l'immediato ingresso della tutela risolutoria¹²⁸.

La conclusione cui ci sembra allora dover pervenire, con riguardo ad una possibile regolamentazione delle diverse ipotesi riconducibili al fenomeno del c.d. inadempimento anticipato nel nostro ordinamento, è quella che parrebbe peraltro emergere anche da un'attenta lettura degli scritti dei commentatori delle disposizioni della legge uniforme¹²⁹, secondo i quali sia la dichiarazione di non voler adempiere del debitore che il suo comportamento antidoveroso sarebbero entrambi idonei ad ingenerare nel creditore il sospetto circa la futura inesecuzione della controprestazione¹³⁰. Per poter conseguire la certezza necessaria ai fini della risoluzione converrebbe, poi, al creditore attivare, in entrambi i casi, il meccanismo comunicatorio di cui all'art. 72, comma 2°, CISG: solo la mancata reazione del debitore alle sollecitazioni provenienti dal creditore consentirebbe a quest'ultimo di procedere allo scioglimento senza il rischio di vedersi contestata l'infondatezza della dichiarazione di risoluzione stragiudiziale manifestata *ante diem*.

Una siffatta soluzione sarebbe in grado di assicurare un efficace contemperamento dell'interesse della parte a svincolarsi dal contratto prima del termine, da un lato, e di quello dell'ordinamento a privilegiare la conservazione del vincolo ed il primato dell'adempimento (in natura), dall'altro.

Invero, una regola simile a quella espressamente regolata dall'art. 72, comma 2°, CISG tende ad essere applicata anche in Germania, dove il § 323, comma 4°, BGB non la contempla tuttavia espressamente; sicché, nel silenzio della legge, ci si potrebbe domandare se la regola della previa comunicazione dell'intento risolutorio e della richiesta di ulteriori garanzie alla parte presunta inadempiente possa effettivamente essere

Lineamenti di diritto delle obbligazioni, cit., 52. Così, ma solo con riguardo alle ipotesi di rifiuto reso per iscritto, C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 15.

¹²⁷ R. FADDA, *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, cit., 554; A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., *passim*; ID., *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato*, Atti del X incontro nazionale, Firenze 25-26 gennaio 2008, cit., 154 ss.; M. DELLACASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., 109 ss.

¹²⁸ Sul punto, v., in particolare, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 222.

¹²⁹ P. SCHLECHTRIEM, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, cit., 151 (in particolare, nota n. 3).

¹³⁰ Lo stesso varrebbe, inoltre, anche per gli atti e fatti che, seppur non imputabili al debitore (quali, ad esempio, le crisi finanziarie, gli inadempimenti di terzi fornitori, i fenomeni naturali), sarebbero egualmente idonei a porre in pericolo il conseguimento della prestazione da parte del creditore.

desunta dalla lettera dei §§ 281, comma 1° o 323, comma 1°, o ancora 324 BGB, come gli interpreti ritengono di poter affermare; o se, di contro, l'assenza di un'espressa previsione normativa che consenta al creditore di domandare al debitore, presunto inadempiente, ulteriori assicurazioni entro un congruo termine integri, di contro, una pretesa illegittima, in quanto diretta, ancora una volta, ad ottenere dal debitore più di quanto questi sia tenuto a prestare¹³¹.

Ma a prescindere dalle interpretazioni contrastanti cui l'assenza di un'espressa previsione di un meccanismo comunicatorio, collegato alla richiesta di idonee garanzie dell'adempimento, parrebbe dar luogo, ciò che preme sottolineare in questa sede è come la tendenza ad applicare estensivamente la regola di cui all'art. 72, comma 2°, CISG, anche negli ordinamenti in cui la stessa non ha trovato espreso riconoscimento a livello legislativo, si presti ad essere letta come indice della bontà ed efficienza della soluzione offerta dalla legge uniforme.

Tanto premesso, ed evidenziata in tal modo l'opportunità di importare nell'ordinamento interno una regola analoga a quella di cui all'art. 72, comma 2°, CISG, si può a questo punto notare come già oggi il nostro ordinamento offra in realtà degli strumenti che, seppur non del tutto coincidenti con quello di cui alla citata disposizione contenuta nella CISG, presentano con quest'ultimo notevoli similitudini sul piano funzionale.

Il riferimento è non solo o non tanto alle norme che prevedono la possibilità per la parte presunta infedele di porre fine ad una situazione venutasi a creare a seguito di una reazione di controparte, mediante l'offerta di adeguate garanzie (v. art. 1461 cod. civ.), ma anche e soprattutto alle disposizioni, quali l'art. 1454 cod. civ., ed in particolare gli artt. 1662 e 2224 cod. civ., che – come si è visto – attribuiscono alla parte interessata a procedere allo scioglimento la facoltà di diffidare l'altro contraente, fissando allo stesso un termine entro il quale adeguarsi alle condizioni contrattuali o chiarire comunque la propria posizione, decorso inutilmente il quale il contratto s'intende risolto.

Ne deriverebbe allora che un'efficace regolamentazione dell'inadempimento *ante diem* potrebbe avvenire, nel nostro ordinamento, mediante la valorizzazione dello strumento della diffida¹³², già "approvato" dal legislatore quale mezzo utilizzabile per consentire al creditore di acquisire certezza circa la definitività di un inadempimento,

¹³¹ V. *supra*.

¹³² In tal senso anche M. DELLACASA, *Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione «atipica»*, cit., 533.

peraltro anche nella fase precedente alla scadenza del termine, come dimostrano gli artt. 1662 e 2224 cod. civ.

3.1.3. SEGUE: AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA TUTELA DILATORIA ED UTILITÀ DI UN SUO COLLEGAMENTO CON IL RIMEDIO RISOLUTIVO.

Nulla impedirebbe, poi, al creditore interessato a svincolarsi dal contratto, di procedere, in attesa di una reazione debitoria, alla sospensione dell'esecuzione della prestazione dallo stesso dovuta, sollevando l'eccezione dilatoria ove richiesto dalla controparte di adempiere.

Si tratta di una possibilità che sussiste già oggi ai sensi dell'art. 1461 cod. civ., il quale tuttavia, come oramai più volte osservato, limita l'invocabilità dell'eccezione dallo stesso prevista ai casi, nei quali il pericolo dell'inadempimento derivi da un mutamento nelle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti.

Una regola efficiente e conforme alle esigenze del mercato odierno dovrebbe presentare, di contro, un più ampio ambito di applicazione, estendendo il proprio raggio di operatività anche ad ipotesi di pericolo diverse¹³³.

Un modello cui ispirarsi potrebbe essere ancora una volta la Convenzione di Vienna, la quale contempla, all'art. 71 CISG, la possibilità per la parte contrattuale fedele di rifiutare il proprio adempimento, qualora sussista la minaccia di un inadempimento di controparte, dovuta o ad una grave insufficienza nella sua capacità di adempiere o al modo in cui essa si prepari a dare esecuzione o esegua il contratto. A differenza del nostro art. 1461 cod. civ., la disposizione citata attribuisce, quindi, rilevanza anche ad ipotesi di pericolo derivanti da un'incapacità del debitore ad adempiere, indipendente da un peggioramento delle sue condizioni patrimoniali, ma connessa, ad esempio, all'organizzazione o alle modalità di preparazione dello stesso in vista dell'adempimento (ipotesi cui peraltro anche l'art. 1461 cod. civ. potrebbe forse trovare applicazione mediante una sua interpretazione estensiva¹³⁴, la quale non urti con il divieto di analogia

¹³³ Per il carattere superato dell'art. 1461 cod. civ., già G. SANTINI, *La sospensione e la risoluzione anticipata del contratto*, in *La vendita internazionale. La convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 (Atti del Convegno degli Studi di S. Margherita Ligure, 26-28 settembre 1980)*, Milano, 1981, 244 s., nonché, più di recente, F. PADOVINI, *L'eccezione di pericolo di inadempimento (Unsicherheitseinrede)*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Atti del Convegno svoltosi a Ferrara il 7.-8.3.2003, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 276.

¹³⁴ Si veda, ad esempio, A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., sub art. 1461, 102, il quale, dopo aver sottolineato il carattere eccezionale del rimedio di cui all'art. 1461 cod. civ., insuscettibile quindi di applicazione analogica, precisa, tuttavia, come il peggioramento di cui parla la citata disposizione possa investire "non solo le condizioni economiche o patrimoniali in senso stretto, ma anche quelle organizzative

di cui all'art. 14 delle Preleggi). Non pare, tuttavia, che possa farsi rientrare nell'ambito di applicazione della regola la minaccia dell'inattuazione dipendente da una dichiarazione della parte di non voler eseguire la prestazione: una tale dichiarazione – a differenza di quella di non poter adempiere – non è infatti idonea a denotare l'assenza della capacità del dichiarante di tenere fede agli impegni assunti in sede di stipula.

In realtà, gli interpreti tendono ad estendere il campo di applicazione della norma, ammettendone l'operatività anche nei casi in cui il debitore abbia anticipatamente rifiutato l'adempimento dell'obbligazione¹³⁵. Come sopra precisato, si potrebbe quantomeno discutere in ordine alla correttezza di una siffatta impostazione ermeneutica: non solo perché l'art. 71 CISG non pare attribuire rilevanza ai casi di pericolo dovuti ad un'assenza di volontà di provvedere all'esecuzione della prestazione, manifestata *ante diem*, ma anche perché il rifiuto, quantomeno ove manifestato mediante un'apposita dichiarazione, troverebbe esplicita previsione e regolamentazione nell'art. 72, comma 3°, CISG¹³⁶.

Gli stessi "limiti" dell'art. 71 CISG presenterebbe anche il nuovo § 321 BGB, il quale fa a sua volta riferimento ai soli casi di pericolo di inadempimento, derivanti da una situazione di incapacità del debitore a mantenere fede al contratto. Anche in Germania è riscontrabile però una tendenza a ricondurre all'ambito di applicazione della disposizione che regola l'eccezione di pericolo pure le fattispecie, nelle quali, ancorché in grado di adempiere, il debitore abbia semplicemente manifestato la sua volontà di non volerlo o poterlo fare¹³⁷. Non si può, tuttavia, non sottolineare la dubbia opportunità di una tale estensione dell'ambito applicativo del rimedio, la quale urta con la formulazione letterale del § 321 BGB che, al pari dell'art. 71 CISG e a differenza di altre disposizioni contenute nei progetti di diritto uniforme¹³⁸, ma anche di previsioni di recente inserite in taluni testi normativi nazionali¹³⁹, non contempla fra i casi che legittimano l'invocabilità dell'eccezione dilatoria quello del rifiuto di adempiere (comunque manifestato).

Il suddetto orientamento non si espone ad ogni modo alle ulteriori critiche cui si presta l'analoga tendenza interpretativa riscontrata con riguardo all'art. 71 CISG, giacché

e funzionali nella misura in cui rappresentino fattori necessari od importanti ai fini dell'adempimento delle prestazioni dovute all'altra parte".

¹³⁵ P. SCHLECHTRIEM, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, cit., 151.

¹³⁶ V. *supra*.

¹³⁷ H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch*, cit., 162, 166.

¹³⁸ Cfr. art. 9:201, comma 2°, PECL e art. 8:105 PECL; art. 7.3.4. dei Principi UNIDROIT; art. 3:401 DCFR.

¹³⁹ V. art. 1220 *Code civil*.

nel BGB manca non solo una previsione analoga a quella del comma 2° dell'art. 72 CISG, ma anche una regola modellata sulla falsariga del terzo comma della medesima disposizione. Sicché, almeno sotto tale profilo, la scelta degli interpreti tedeschi di ritenere invocabile l'eccezione di insicurezza anche nei casi di rifiuto che non presenti ancora i caratteri della serietà e definitività, tali da denotare l'evidenza della futura violazione, necessaria ai fini dell'immediata dichiarazione di recesso ai sensi del § 323, comma 4°, BGB, risulta se non già condivisibile, quantomeno maggiormente comprensibile.

Da apprezzare sarebbe in ogni caso, come si è osservato, la scelta, compiuta sia dai redattori della Convenzione che dal legislatore tedesco, di ancorare il rimedio dilatorio non già ad un mero fondato timore dell'eccezione di non ricevere la prestazione dovuta dalla controparte, ma ad una situazione di incapacità che risulti oggettivamente valutabile¹⁴⁰. Anche se si ritiene di poter affermare che avrebbe avuto forse maggiore senso introdurre una disposizione, diretta ad attribuire rilevanza, se non già ad una generica situazione di insicurezza, quantomeno ad un più ampio ventaglio di ipotesi di pericolo¹⁴¹, purché fondato e non meramente soggettivo¹⁴².

Tanto premesso, apprezzabile appare, inoltre, in un'ottica *de iure condendo*, il collegamento fra rimedio dilatorio e quello risolutorio, non previsto espressamente nella CISG, per il quale ha invece optato il legislatore tedesco. Se, da un lato, non è quindi da condividere la formulazione del nuovo § 323, comma 4°, BGB, senz'altro degna di attenzione è la disposizione tedesca che regola oggi la c.d. "*Unischerheitseinrede*" o eccezione di insicurezza: oltre al più ampio ambito applicativo rispetto al nostro art. 1461 cod. civ., la disposizione è interessante soprattutto perché volta (al pari dell'art. 72,

¹⁴⁰ V., sul punto, le osservazioni di F. PIRAINO, *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 cod. civ.*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, 395 s., il quale osserva come "in chiave europea, o meglio nella prospettiva della formazione di un diritto comune europeo, il diritto tedesco riformato si presenta come il frutto coerente di un'evoluzione storica, che ha nella Convenzione di Vienna una tappa fondamentale, caratterizzata dall'attribuzione di rilievo alla capacità di adempiere della parte del contratto. Un'evoluzione", precisa l'A., "non colta dai diversi progetti europei di codificazione nonché dal *Draft Common Frame of Reference* prima e dal progetto di *Common European Sales Law* poi: tanto i primi quanto i secondi incentrati, invece, sul fondato timore dell'*excipiens* di non ricevere la controprestazione".

¹⁴¹ Comprendendo nell'ambito di applicazione della disposizione quantomeno anche le ipotesi in cui il debitore abbia manifestato o altrimenti dimostrato l'assenza di una propria volontà di adempiere.

¹⁴² È appena il caso di aggiungere, ma sul punto si avrà modo di ritornare in chiusura del presente capitolo, che, stante l'innegabile impossibilità di prevedere in astratto ed *ex ante* tutti i casi di pericolo del futuro inadempimento configurabili con riguardo alla pluralità di schemi negoziali per i quali possono optare le parti (per una rassegna, si veda A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., sub art. 1461, 103, testo e nota n. 34), nulla sembrerebbe impedire alle medesime di provvedere ad ipotizzare in concreto e di volta in volta, con riguardo alle singole fattispecie contrattuali, ulteriori ipotesi di minaccia; possibilità che sussiste in realtà già oggi e di cui dovrebbe essere anzi auspicato un (maggiore) impiego nella pratica.

comma 2°, CISG) a proceduralizzare l'ingresso del rimedio risolutivo, attribuendo, innanzitutto, alla parte che abbia motivo di temere l'inadempimento dell'altra, la possibilità di sospendere l'esecuzione della propria prestazione e di procedere, in un secondo momento, precisamente in caso di mancata reazione del debitore di fronte della fissazione di un termine, a dichiarare il recesso dal contratto.

Trattasi di un meccanismo singolare che può a ben vedere ricavarsi anche da una lettura combinata degli artt. 71 e 72 CISG, con contestuale o susseguente operatività dei due rimedi, quello dilatorio e quello risolutivo, pure nelle fattispecie soggette all'applicazione della legge uniforme.

È innegabile, tuttavia, che un'espressa disposizione, quale quella del § 321 BGB, che legittimi di concludere senz'altro per l'opportunità di un collegamento fra i due strumenti, risulti maggiormente apprezzabile sotto il profilo della certezza del diritto, cui l'ordinamento dovrebbe in ogni caso tendere.

La combinazione fra le due forme di tutela, con l'ulteriore possibilità per il contraente fedele di attendere (con le conseguenze che possono tuttavia derivarne sul piano risarcitorio) lo spirare del termine fissato per l'adempimento, consentirebbe peraltro, ove introdotta anche nel nostro sistema, di superare la diversità di disciplina che – come oramai più volte ribadito – è dato oggi riscontrare fra il diritto contenuto nel codice civile, e quello c.d. “della crisi d'impresa”, con conseguente accostamento dei due ambiti relativamente alla regolamentazione della gestione dell'inadempimento¹⁴³.

3.1.4. SEGUE: PROPOSTA DI UNA REGOLAMENTAZIONE DELL'INADEMPIMENTO ANTICIPATO COME COMBINAZIONE DI DIVERSE DISCIPLINE.

Si può quindi osservare che la previsione del diritto alla risoluzione anticipata – giudiziale o stragiudiziale che sia¹⁴⁴ – in presenza di una situazione di certezza del futuro inadempimento sarebbe senz'altro auspicabile anche nel nostro ordinamento¹⁴⁵.

¹⁴³ F. PADOVINI, *Inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, in *Crisi finanziari e categorie civilistiche*, cit., 95 ss.

¹⁴⁴ Si capisce che la risoluzione stragiudiziale, dichiarabile sol che il debitore, dopo essere stato sollecitato, non reagisca, prestando adeguate garanzie o eseguendo la prestazione dovuta, risponde meglio alle esigenze di celerità che spingono la parte ad optare per il rimedio dello scioglimento anticipato. Sennonché, nulla sembrerebbe impedire al contraente fedele, di fronte ad un presunto inadempimento futuro di controparte, di agire in giudizio, domandando la risoluzione: si capisce, con le lungaggini che sono proprie ad ogni processo giudiziale. Sul punto, non si può peraltro non osservare come, anche in tal caso, converrebbe comunque al contraente *in bonis* attivare, anzitutto, e cioè prima di proporre la domanda, il meccanismo procedimentale volto a provocare, prima del tempo, l'inadempimento della controparte: solo in tal modo egli potrebbe infatti evitare che il giudice, di fronte ad una situazione ancora inevitabilmente incerta, rigetti la domanda ritenendola infondata.

Non sarebbe, tuttavia, da condividere e quindi da recepire la scelta, per cui ha optato il legislatore tedesco della riforma del 2002, di ancorare l'esercizio di tale rimedio ad una mera situazione di evidenza della futura violazione, il cui accertamento sarebbe in definitiva lasciato al creditore interessato a svincolarsi dal rapporto, con tutti i rischi che da ciò possono derivare (cfr. § 323, comma 4°, BGB).

Viceversa, una regolamentazione del suddetto rimedio non potrebbe prescindere dalla previsione di un meccanismo comunicatorio quale quello di cui all'art. 72, comma 2°, CISG, o altro simile alla nostra diffida ad adempiere, idoneo a garantire il conseguimento, ancor prima della scadenza, della certezza circa il futuro inadempimento; certezza che potrebbe dirsi raggiunta, precisamente, quando, nonostante l'ulteriore *chance* ricevuta, il debitore non reagisse tuttavia al sollecito (preferibilmente scritto) del creditore di adempiere¹⁴⁶.

Ma quello della risoluzione anticipata non potrebbe costituire l'unico rimedio a disposizione della parte fedele di fronte al rischio di un futuro inadempimento dell'altra. Di contro, occorrerebbe riconoscere al contraente *in bonis* la possibilità di sospendere l'adempimento e di eccepire, se richiesto di adempiere, la sospensione dell'esecuzione della propria prestazione, rifiutandola in ragione del pericolo di non conseguire la controprestazione.

Sotto tale profilo, occorrerebbe ampliare l'ambito di operatività della disposizione che nel nostro ordinamento regola il rimedio dilatorio di cui all'art. 1461 cod. civ. Per una sua maggiore idoneità ad operare nell'odierna economia di mercato, la disposizione dovrebbe essere estesa quantomeno fino ai confini di applicabilità delle analoghe disposizioni contenute nella CISG e nel BGB¹⁴⁷; ma, come si è visto, sarebbe forse addirittura auspicabile una sua ancora più ampia applicazione ad ipotesi di pericolo che trovino la propria causa in circostanze diverse da quella dell'incapacità del debitore di adempiere¹⁴⁸.

¹⁴⁵ V. *supra* per le ipotesi, oggi ancora di dubbia soluzione, che la previsione esplicita di un diritto alla risoluzione anticipata consentirebbe di risolvere.

¹⁴⁶ La possibilità di richiedere adeguate garanzie o l'adempimento anticipato a fronte di una situazione di minaccia del futuro inadempimento, derivante da cause oggettivamente valutabili e – legislativamente o pattiziamente – individuate, non costituirebbe – è bene precisarlo, ove legislativamente prevista – una pretesa illegittima, diretta ad ottenere dal debitore prestazioni aggiuntive (e quindi non dovute) rispetto a quelle promesse.

¹⁴⁷ Del resto, come sottolineava G. SANTINI, *La sospensione e la risoluzione anticipate del contratto*, cit., 244 s., “nei tempi moderni, non può dirsi che l'interesse del contraente sia soltanto quello che rimanga intatta la generica garanzia patrimoniale costituita dai beni del debitore”.

¹⁴⁸ In tal senso era, come anticipato, la proposta (poi non accolta) del Prof. Huber. V. *supra*.

Un modello per una regolamentazione del rimedio dilatorio, in combinazione peraltro con quello risolutorio, conforme alle diverse istanze di tutela ed alle esigenze che emergono dalla pratica, potrebbe essere, ad esempio, quello offerto dal § 321 BGB¹⁴⁹ che, oltre a presentare un più ampio campo di applicazione rispetto al nostro art. 1461 cod. civ., tende appunto a collegare i due strumenti di tutela (*i.e.* l'eccezione di sospensione e lo scioglimento anticipato del contratto a seguito della mancata reazione debitoria: cfr. art. 72, comma 2°, CISG), sì da consentire un ingresso graduale del rimedio estintivo-interruttivo il quale viene quindi (opportunamente) relegato ad *extrema ratio*.

4. AUTONOMIA CONTRATTUALE COME MEZZO PER LA GESTIONE DELLE PATOLOGIE NEL RAPPORTO.

Sottolineata l'auspicabilità di una novella volta ad introdurre anche nel nostro sistema un'apposita disciplina del fenomeno dell'inadempimento prima del termine ed individuati altresì i modelli per una regolamentazione efficace del fenomeno dell'inadempimento anticipato, con tutte le sue diverse sfaccettature, si tratta infine di aggiungere alcune ulteriori osservazioni con riguardo al ruolo che può essere eventualmente riconosciuto, nella gestione dei casi di c.d. inadempimento anticipato, all'autonomia dei contraenti e alla facoltà degli stessi di predisporre regole tali da rendere di più estesa applicazione le misure di tutela stabilite dalla legge¹⁵⁰.

Si tratta cioè di capire, se la libertà contrattuale possa già oggi, in attesa di un'auspicata riforma e di fronte all'insufficienza dei (seppur apprezzabili) sforzi interpretativi¹⁵¹, fungere da strumento di implementazione della protezione del contraente fedele nella fase *ante diem*.

La consapevolezza delle lungaggini connesse ad un processo di rivisitazione del diritto interno (il quale peraltro, a differenza di quanto avviene in altri ambiti, non solo non è stato ancora iniziato, ma non pare al momento neppure prioritario agli occhi delle forze politiche, le quali soltanto possono trasformare gli auspici degli interpreti in

¹⁴⁹ Così, appunto, F. PADOVINI, *L'eccezione di pericolo di inadempimento* (Unsicherheitseinrede), cit., 276, secondo il quale "il nuovo testo del § 321 BGB è [...] una buona norma, che può essere un buon modello per il futuro diritto europeo dei contratti".

¹⁵⁰ Per il ruolo dell'autonomia contrattuale nella previsione e regolamentazione di nuovi rimedi e nuove tutele, si veda, ad esempio, G. DE NOVA, *Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 89 ss. Sull'intervento dell'autonomia privata modificativo del sistema legale dei rimedi sinallagmatici e sui suoi limiti, v. G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 22 ss.; F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, passim. Sulle c.d. clausole limitative della responsabilità, si veda, fra tutti, F. PADOVINI, *Limitazioni convenzionali della responsabilità*, in *Violazioni del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003, 53 ss.

¹⁵¹ V. *supra*.

concrete proposte di riforma) spinge infatti a ricercare una via alternativa (o comunque integrativa rispetto ai tentativi compiuti in tal senso dalla dottrina e dalla giurisprudenza) per cui optare al fine di estendere la tutela del contraente che teme la futura inattuazione del rapporto oltre gli intrascurabili limiti del diritto positivo.

Al riguardo, considerati gli ostacoli che si frappongono ad un'interpretazione ampia delle disposizioni di legge rinvenibili all'interno del sistema, un ruolo di non secondaria rilevanza, sotto il profilo dell'integrazione della disciplina esistente, potrebbe appunto assumere l'autonomia dei privati che, attraverso la pattuizione di apposite clausole (risolutive espresse, di recesso convenzionale, di estensione del campo di applicazione dell'art. 1461 cod. civ.¹⁵²), potrebbero così contribuire ad una più estesa applicazione delle regole di legge¹⁵³, provvedendo al contempo ad una più incisiva tutela della parte fedele di fronte alle varie ipotesi di pericolo del futuro inadempimento sopravvenute nella fase che si protrae dalla stipulazione del contratto al momento della sua attuazione¹⁵⁴.

È quanto accade, del resto, già oggi all'interno di talune tipologie contrattuali. Si pensi solo alle c.d. *moral clauses*¹⁵⁵, le quali vengono sempre più spesso inserite nei contratti di sponsorizzazione, attribuendo a ciascuna delle parti il diritto di sciogliersi unilateralmente dal contratto ove l'altro contraente (in genere lo *sponsee* o sponsorizzato) venga coinvolto in episodi negativi¹⁵⁶, potenzialmente pregiudizievoli non solo per la propria immagine, ma anche per quella di controparte (in genere dello *sponsor*); e ciò, a ben vedere, a prescindere dall'inadempimento dell'obbligazione di finanziamento (da

¹⁵² Ci si potrebbe peraltro domandare se sia consentito alle parti inserire nel contratto una condizione risolutiva, non già di inadempimento (sulla quale si veda, fra tutti, G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., *passim*), ma di pericolo di inadempimento.

¹⁵³ Sul punto v. F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, XXI, 2, Milano, 1987, 901, secondo il quale sarebbe proprio mediante la regolamentazione degli eventuali mutamenti che un contratto presenterebbe quella completezza che lo renderebbe sicuramente efficiente.

¹⁵⁴ Sulle possibili direzioni in cui si può muovere l'autonomia dei contraenti, si veda: G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 22 ss., spec. 23.

¹⁵⁵ Talvolta inserite addirittura negli accordi collettivi: si veda, ad esempio, il punto, 13.4 dell'Accordo Collettivo Giocatori Pallacanestro. Su tali clausole e la loro diffusione, v. E. MAGGIO, *I contratti per lo sfruttamento del nome e dell'immagine. Parte speciale: il contratto di endorsement*, in *I Contratti di pubblicità e di sponsorizzazione*, a cura di A.M. GAMBINO, nel *Trattato di diritto commerciale*, diretto da R. COSTI, Torino, 2012, 134 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Cfr. altresì G. FACCI, *Il diritto all'immagine dei giocatori*, in *Contratto e impresa*, 2014, 1093 ss. Sulla predisposizione del regolamento contrattuale e la redazione delle clausole nei contratti di sfruttamento dell'immagine, v. V. BRIANTE, G. SAVORANI, *Il fenomeno "sponsorizzazione" nella dottrina, nella giurisprudenza e nella contrattualistica*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1990, 2, 633 ss.

¹⁵⁶ Quali, ad esempio, gli episodi di *doping*, ma anche le accuse per (altri) fatti penalmente rilevanti.

parte dello *sponsor*) o di quella, facente capo allo *sponsee*, di associare alle proprie attività il nome dell'altra parte (e cioè dello *sponsor*)¹⁵⁷.

Ma è una tendenza che andrebbe incentivata anche in contesti diversi, neppure necessariamente coincidenti con quello dei contratti del commercio internazionale¹⁵⁸, dove tuttavia maggiormente è sentita l'esigenza di regolare il fenomeno¹⁵⁹.

Va nondimeno notato come neppure nella redazione di tali contratti si sia ad oggi data adeguata attenzione alla necessità della predisposizione di clausole apposite, dirette a

¹⁵⁷ Ma v. sul punto G. FACCI, *Il diritto all'immagine dei giocatori*, cit., 1093 ss., secondo il quale, anche "a prescindere dalla previsione espressa di c.d. *morality clauses*, appare comunque evidente che chi ha "investito" nell'altrui immagine, possa legittimamente lamentare l'inadempimento dello *sponsee* o del testimonial quando, durante la vigenza del contratto, quest'ultimo abbia assunto una condotta obiettivamente riprovevole, tale da compromettere la propria immagine e di conseguenza pregiudicare gli interessi della controparte". Prosegue l'A. che gli "accordi di questo genere" sono infatti "contraddistinti da un preponderante carattere fiduciario, in cui l'identità e le qualità anche morali dello *sponsee* o del testimonial sono determinanti del consenso. In questa prospettiva, appare ancor più stringente il dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto: la sovrapposizione di immagine tra le parti che si viene a creare in tali accordi non solo fa rientrare il contratto nella categoria generale caratterizzata dall'*intuitus personae*, ma rende ancor più avvertita l'esigenza che ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio agisca in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. Così facendo, la buona fede viene ad integrare il contratto, a norma dell'art. 1374 c.c., quale contenuto legale, imponendo a ciascuna parte di adeguare i propri comportamenti ad una giusta considerazione anche degli interessi dell'altra parte e di astenersi da condotte che possano rivelarsi pregiudizievoli per quest'ultima" (sulla funzione integrativa della buona fede, v. *supra*). "La commissione, pertanto, di fatti penalmente rilevanti oppure oggettivamente riprovevoli, secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale, possono rappresentare una violazione rispetto al dovere di comportarsi secondo buona fede e, pertanto, giustificare una domanda di risoluzione del contratto" (sul punto ed in particolare sulla rilevanza del dovere di buona fede nei contratti di sponsorizzazione, v., in giurisprudenza, CASS., 29.5.2006, n. 12801, in *Resp. civ.*, 2007, 554; in dottrina, v. M..V. DE GIORGI, *Contratti di sponsorizzazione e doveri di correttezza*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1994, 1020; G. FACCI, *La sponsorizzazione sportiva e la violazione della buona fede: questioni vecchie e nuove*, in *Resp. civ.*, 2011, 529). Senonché, aggiunge l'A., "non rappresenta," ad ogni modo "violazione del dovere di buona fede, l'adozione di scelte di vita che pur essendo del tutto legittime, potrebbero provocare un offuscamento della notorietà davanti ai terzi, come ad esempio nel caso di una relazione sentimentale non approvata dal pubblico oppure nel caso di una separazione matrimoniale, o, ancora, nel caso di professione di un'ideologia controcorrente. Tali comportamenti, infatti, non possono considerarsi inadempimenti di obblighi, anche accessori, derivanti dal contratto concluso, in quanto sono espressione del diritto di autodeterminazione del singolo". Peraltro, precisa l'A., "l'assunzione, al momento della conclusione del contratto, dell'obbligazione di astenersi da condotte di tal genere sarebbe nulla, perché in contrasto con i principi generali – costituzionalmente rilevanti – in tema di diritti fondamentali della persona". Non solo: ben difficilmente lo *sponsor* "che abbia investito nell'immagine di un atleta" potrebbe "lamentare un inadempimento collegato direttamente all'insuccesso od alla deludente partecipazione ad una competizione sportiva, per la quale il contratto è stato stipulato. Il buon esito nella performance sportiva del testimonial, infatti", non rientrerebbe "nell'ambito dell'obbligazione cui è tenuto lo stesso". Si potrebbe allora riconoscere pattiziamente, ad esempio, "un corrispettivo aggiuntivo nell'ipotesi di conseguimento di un determinato obiettivo nella competizione sportiva oppure l'esito negativo nella competizione" potrebbe "rilevare quale condizione risolutiva dell'efficacia dell'accordo". Ancora, sembra di potersi aggiungere, la mancata preparazione dello *sponsee* in vista, ad esempio, di una competizione, potrebbe essere prevista, sempre contrattualmente, attraverso l'inserimento di un'apposita clausola, quale causa legittimante la sospensione dell'erogazione del finanziamento dal parte dello *sponsor*.

¹⁵⁸ Sui quali v., in generale M. TORSELLO, A. FRIGNANI, *Il contratto internazionale*, cit.

¹⁵⁹ P. GALIZZI, V. SARTORELLI, *I Principi Unidroit 2010: verso un diritto "globale" dei contratti commerciali internazionali – Roma 17 – 18 febbraio 2012 – I Principi Unidroit nella pratica dell'arbitrato internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2012, 935 ss.

governare i casi di inadempimento anticipato¹⁶⁰. Circostanza che potrebbe essere giustificata dall'inutilità, quantomeno ove si tratti di contratti soggetti all'applicazione della CISG, della previsione di uno strumento di tutela che discende direttamente dall'applicazione della disciplina uniforme, destinata ad operare salvo l'*opt-out* delle parti¹⁶¹.

Non pare, tuttavia, che siffatto tentativo argomentativo-giustificativo spieghi la scarsa diffusione delle suddette clausole.

La Convenzione di Vienna è infatti uno strumento che, nonostante la sua larga diffusione, spesso non viene considerato, nei suoi contenuti, dalle parti all'atto della stipula; sicché esso tende, in definitiva, ad essere richiamato, per lo più, ma in ogni caso con scarsa frequenza, in sede di soluzione dei problemi sopravvenuti alla conclusione del contratto, precisamente dalla parte che ritiene di potersi avvantaggiare delle disposizioni ivi contenute.

Inoltre, non va trascurato che la legge uniforme ha un campo di applicazione limitato e non trova quindi applicazione a tutti i contratti del commercio internazionale¹⁶².

La mancata regolamentazione dei casi di inadempimento anticipato nei contratti caratterizzati da profili di internazionalità, oltre a non poter trovare giustificazione nella previsione di un'apposita disciplina contenuta nella CISG, sarebbe idonea inoltre a

¹⁶⁰ Il problema è riscontrato da P. GALIZZI, V. SARTORELLI, *I Principi Unidroit 2010: verso un diritto "globale" dei contratti commerciali internazionali – Roma 17 – 18 febbraio 2012 – I Principi Unidroit nella pratica dell'arbitrato internazionale*, cit., 935.

¹⁶¹ V. art. 6 CISG, ai sensi del quale le parti possono escludere l'applicazione della legge uniforme o, salvo l'art. 12, derogare a singole sue disposizioni o modificarne gli effetti.

¹⁶² Si vedano, al riguardo, gli artt. 1-3 CISG. In particolare, ai sensi dell'art. 1 CISG, la Convenzione si applica ai contratti di vendita di beni mobili tra parti le cui sedi d'affari si trovano in Stati differenti: (a) quando tali Stati sono Stati contraenti; (b) quando le norme di diritto internazionale privato portano all'applicazione della legge di uno Stato contraente. Precisa il secondo comma che non si deve tener conto del fatto che le parti hanno le loro sedi d'affari in Stati differenti quando questo fatto non risulta né dal contratto, né dalle trattative intercorse tra le parti, né da informazioni date dalle stesse, in un qualsiasi momento anteriore alla conclusione del contratto o al momento della sua conclusione. Ancora, ai sensi del comma terzo, né la nazionalità delle parti né il carattere civile o commerciale delle parti o del contratto devono esser presi in considerazione ai fini dell'applicazione della Convenzione. Ciò posto, la Convenzione non si applica ad ogni modo alle vendite: (a) di beni mobili acquistati per uso personale, familiare o domestico, a meno che il venditore, in un qualsiasi momento anteriore alla conclusione o al momento della conclusione del contratto, non sapesse né fosse tenuto a sapere che i beni erano acquistati per tale uso; (b) all'asta; (c) effettuate in seguito a pignoramento o ad altro atto giudiziario; (d) di titoli di credito o valuta; (e) di navi, battelli, aeronavi o aeromobili; (f) di energia elettrica. Aggiunge l'art. 3 che si considerano vendite i contratti di fornitura di beni da fabbricare o produrre, a meno che la parte che commissiona i beni non si impegni a fornire una parte sostanziale dei materiali necessari per tale fabbricazione o produzione. Sennonché, la Convenzione non si applica ai contratti nei quali la parte preponderante delle obbligazioni del contraente che fornisce i beni consiste nella fornitura di mano d'opera o di altri servizi (v. comma 2°).

comprovare la scarsa consapevolezza dei contraenti in ordine alla possibilità di rendere operanti le regole di *soft law* contenute, ad esempio, nei Principi Unidroit¹⁶³ (cfr. i PECL).

La prassi dimostra come tali strumenti siano bensì studiati negli ambienti accademici¹⁶⁴, ma al contempo poco conosciuti dagli operatori del diritto che redigono contratti da far sottoscrivere ai propri clienti ed ai loro partner commerciali. Con la conseguenza che l'utilizzo degli stessi nella pratica degli affari risulta meno frequente di quanto si sarebbe indotti a pensare sulla base del loro potenziale ambito di operatività.

Invero, il richiamo pattizio ai Principi di cui sopra, al pari – si può ora aggiungere – dell'inserimento nel contratto di una clausola con la quale venga scelta come legge applicabile quella dei paesi in cui l'inadempimento anticipato riceve un'espressa regolamentazione¹⁶⁵, ben potrebbe contribuire ad agevolare i problemi che si presentano ai contraenti i quali operino in contesti internazionali nei casi in cui le diverse legislazioni interne (ed in particolare quella applicabile) non si prestino a soddisfare le esigenze del commercio moderno. In particolare, per quanto qui interessa, la previsione della risoluzione anticipata quale rimedio contro l'inadempimento che appaia oramai inevitabile (v. art. 7.3.3. dei Principi Unidroit), applicabile in virtù di un rinvio alla

¹⁶³ Sul punto v. P. GALIZZI, V. SARTORELLI, *I Principi Unidroit 2010: verso un diritto "globale" dei contratti commerciali internazionali – Roma 17 – 18 febbraio 2012 – I Principi Unidroit nella pratica dell'arbitrato internazionale*, cit., 935 ss., 936, i quali sottolineano come una possibilità di sopperire alle lacune dei contratti, ma soprattutto delle leggi applicabili potrebbe essere appunto quella di richiamare le regole contenute nei Principi UNIDROIT, "al passo coi tempi ed in linea con l'odierna *lex mercatoria*, in grado di rispondere alle esigenze di un commercio sempre più dinamico ed internazionale". V. ancora G. G. DE NOVA, *Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., 91, secondo il quale la clausola compromissoria con la quale le parti scelgono un arbitrato internazionale consente alle parti anche di determinare le regole applicabili per decidere il merito della controversia. Così, sottolinea l'A., le parti potrebbero scegliere come disciplina applicabile i Principi Unidroit.

¹⁶⁴ Sulle c.d. promesse di *soft law*, in generale, M. BUSSANI, M. INFANTINO, *Diritto europeo dei contratti: un'introduzione*, Torino, 2010, 76 ss. (sui Principi Unidroit, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, nota n. 196).

¹⁶⁵ Come osserva G. DE NOVA, *Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., 90, la scelta di una determinata legge applicabile può rendere addirittura inutile, o comunque non così necessaria, la previsione di una tutela pattizia. Peraltro, precisa l'A., quella medesima scelta può talvolta incidere in maniera non indifferente sulla libertà delle parti di prevedere tutele e rimedi convenzionali. A tal proposito viene fatto l'esempio della pattuizione del trasferimento della proprietà o della titolarità di diritti del debitore a favore del creditore a garanzia dell'obbligo assunto dal primo (patto che – com'è noto – secondo il nostro diritto interno urterebbe con il divieto del patto commissorio). Ebbene, precisa l'A., ove le parti fossero interessate ad inserire nel proprio contratto un patto di tal genere, sarebbe rifuggire dall'applicazione del diritto italiano, rivolgendosi, ad esempio, al diritto francese o tedesco. V. anche p. 91, dove si sottolinea come le parti potrebbero, ad esempio, anziché inserire nel contratto un'apposita clausola di *hardship*, scegliere, quale legge applicabile, il diritto tedesco, giovandosi così del nuovo § 313 BGB. Su tale disposizione, si veda P. RESCIGNO, *La codificazione tedesca della störung der geschäftsgrundlage, in La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Atti del Convegno svoltosi a Ferrara il 7.-8.3.2003, a cura di G. CIAN, cit., 101 ss. Più in generale, v. F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 81. Sulle c.d. clausole di *hardship* si veda anche T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie: struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012, 212 ss.; M. V. CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.

suddetta raccolta di regole, sarebbe senz'altro idonea a consentire una più accurata e dinamica programmazione delle future attività dei contraenti, specialmente di quello *in bonis*, il quale sarebbe in grado di pianificare l'allocazione e l'utilizzo delle proprie risorse, garantendo ai clienti il rispetto dei tempi e l'effettività della fornitura¹⁶⁶.

Ma se il richiamo ai Principi Unidroit potrebbe appunto sopperire, in taluni casi, alle lacune del diritto interno¹⁶⁷, è altresì vero che le regole di *soft law*, per la loro minor elaborazione rispetto ai modelli di cui si è detto sopra, non offrirebbero comunque una soluzione tale da tenere in adeguata considerazione tutti gli interessi coinvolti¹⁶⁸. Sicché al suddetto richiamo andrebbe pur sempre preferita la predisposizione di clausole specifiche, idonee a trovare un punto di equilibrio fra le diverse esigenze di tutela (della parte interessata a svincolarsi dal contratto e di quella il cui interesse è, invece, di mantenere in piedi il rapporto); risultato, questo, che si ritiene potrebbe essere raggiunto formulando le stesse, ancora una volta, sulla falsariga delle regole contenute nella legge uniforme e nel BGB tedesco (cfr. art. 72, commi 1° e 2° e § 321 BGB); naturalmente, con i limiti e le riserve di cui si è detto¹⁶⁹.

4.1. APERTURE AD UN'ESTENSIONE PATTIZIA DELLA TUTELA ANTE DIEM E LIMITI ALL'AUTONOMIA CONTRATTUALE.

Rimarrebbero infine da individuare i confini di operatività delle clausole elaborate dai privati per estendere la tutela degli interessi facenti capo ai contraenti nella fase *ante diem*, valutando, in particolare, il possibile carattere vessatorio delle medesime.

¹⁶⁶ P. GALIZZI, V. SARTORELLI, *I Principi Unidroit 2010: verso un diritto "globale" dei contratti commerciali internazionali – Roma 17 – 18 febbraio 2012 – I Principi Unidroit nella pratica dell'arbitrato internazionale*, cit., 935.

¹⁶⁷ P. GALIZZI, V. SARTORELLI, *I Principi Unidroit 2010: verso un diritto "globale" dei contratti commerciali internazionali – Roma 17 – 18 febbraio 2012 – I Principi Unidroit nella pratica dell'arbitrato internazionale*, cit., 935.

¹⁶⁸ Al pari del § 323, comma 4°, BGB l'art. 7.3.3. dei Principi Unidroit si limita a prevedere che il creditore può senz'altro risolvere il contratto se prima della data di esecuzione del contratto è certo che vi sarà inadempimento essenziale da parte del debitore.

¹⁶⁹ Come si è visto, sarebbe opportuno, precisamente, consentire alla parte fedele di sospendere, ove necessario, l'esecuzione della propria prestazione, fissando all'altra parte un termine per adempiere o fornire comunque adeguate garanzie di adempimento; e ciò appunto al fine di consentire al contraente fedele di accertarsi circa la definitività della situazione venutasi a determinare, destinata a tramutarsi senz'altro in un inadempimento o ad integrarlo di per sé. Come precisato, la fissazione di un termine ulteriore al contraente presunto inadempiente consente al contempo al medesimo di dimostrare la propria capacità di adempiere e di rimediare così alla situazione di incertezza. Va notata una qualche somiglianza fra il congegno che si vorrebbe introdurre e il c.d. *right to cure* (rimedio che nel caso specifico verrebbe ad assumere i connotati di una correzione non già dell'inadempimento, ma del pericolo dello stesso), espressamente previsto, ad esempio, dal § 2.508 UCC, artt. 37 e 48 Convenzione di Vienna.

Si capisce, infatti, che, al pari di ogni altra pattuizione delle parti, quella volta a concedere ulteriori rimedi esperibili in pendenza del termine (o della condizione), si presta potenzialmente ad abusi di una delle parti, in particolare del predisponente o comunque del contraente forte, il quale potrebbe premere affinché venga introdotta nel contratto di un'apposita clausola che, prevedendo strumenti di tutela diversi e più incisivi di quelli predisposti dal legislatore, non fosse tuttavia invocabile dall'altro contraente/da entrambi i contraenti, ma solo da quello in posizione di preminenza.

Il discorso non può essere svolto in termini generali, ma è invece necessario procedere ad una distinzione secondo che la pattuizione acceda ad un contratto soggetto all'applicazione del codice civile, del codice del consumo o, ancora, si tratti, ad esempio, di un contratto cui risulti applicabile l'art. 9 l. n. 192 del 1998 sul c.d. abuso di dipendenza economica, disposizione, quest'ultima, dettata in materia di subfornitura, ma ritenuta da taluni quale una delle regole fondanti della disciplina del c.d. terzo contratto o del contratto con asimmetria di potere contrattuale¹⁷⁰, estendibile senza restrizioni a tutti i rapporti tra imprese¹⁷¹.

¹⁷⁰ Si veda, sul punto, T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie: struttura e disciplina dei debiti di valuta*, cit., 242, il quale sottolinea come dall'epicentro "dell'art. 9 cit., "divenuto nel tempo quasi punto di riferimento ideologico di un nuovo sistema dei contratti" si sviluppi "l'ampia – e via via crescente – riflessione che la dottrina sta riservando al tema dell'asimmetria dei poteri contrattuali". La consapevolezza che "non tutti i contraenti" operano "sullo stesso piano e con parità di armi" ha indotto peraltro taluni autori ad abbracciare "l'idea di una macrocategoria negoziale" idonea a comprendere sia la contrattazione consumeristica che quella tra imprese in posizione di disegualianza. Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, 176, il quale sottolinea come il tema sia stato oggetto di recenti di ulteriori riflessioni, in seguito all'estensione del divieto delle pratiche commerciali scorrette ai rapporti con le c.d. microimprese (v. art. 19 cod. cons., sul quale si rinvia alle osservazioni di G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e «microimprese»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 3 s.), all'introduzione dell'art. 62 del d.l. del 24 gennaio 2012, convertito in l. del 24 marzo 2012, n. 1, modificato dalla l. del 17 dicembre 2012, n. 221, con il quale il legislatore ha inteso tutelare "le piccole imprese fornitrici o produttrici di generi agroalimentari nelle relazioni commerciali all'interno della filiera" a alla regolamentazione dei contratti di rete (art. 3, comma 4°-ter della l. del 9 aprile 2009, n. 33, modificato dalla l. 23 luglio 2009, n. 99 e successivamente riscritto dall'art. 42 l. 30 luglio 2010, n. 122 che ha convertito il d.l. del 31 maggio 2010, n. 78) con la quale il legislatore ha dimostrato la volontà di estendere ancora una volta la disciplina protettiva a soggetti che "quantomeno nell'ottica consumeristica del legislatore europeo non dovrebbero averne bisogno". V. anche p. 165 s. che osserva come sarebbe in realtà in atto, in Europa, un movimento, il quale "si ripropone di sollecitare una riflessione sul contratto tra consumatore e professionista volta alla sua assunzione a paradigma di un nuovo modello contrattuale assai divergente dal contratto di diritto comune". Precisa l'A. come "il tratto principale del nuovo modello si "ravvisi "nell'attribuzione al giudice di un potere di controllo sull'equilibrio dell'accordo che va ben al di là delle tradizionali ipotesi codicistiche [...]; ed a tale potere di controllo si affiancano il proliferare dei recessi di pentimento, la previsione di nullità c.d. di protezione, la reviviscenza dei vincoli di forma e i contenuti, la commistione tra regole di validità e regole di comportamento". Ebbene, "un così ricco complesso di regole tanto eccentriche rispetto al diritto comune si ritiene ispirato all'esigenza di porre rimedio alla fisiologica condizione di disparità economica e di potere contrattuale tra le parti, secondo un modello per l'innanzi incarnato dal solo contratto di lavoro subordinato. Questo particolare stato di fisiologia sociale, in effetti, non è esclusivo dei soli contratti tra consumatore e professionista, ma è anzi comune a contratti privi di una siffatta caratterizzazione socio-economica delle parti, quali", per quanto riguarda la nostra esperienza, "il contratto di subfornitura (l. 192/1998), i contratti commerciali tra imprese disciplinati dalla normativa su i ritardi di pagamento nelle

Quanto ai contratti del primo tipo, ferma restando la possibilità di attribuire ad entrambi i contraenti il diritto di esercitare nella fase di pendenza sia la tutela risolutoria che quella dilatoria, anche oltre i limiti di legge, e – si potrebbe aggiungere – ferma restando altresì, in presenza dei presupposti a tal fine richiesti, la possibilità di considerare la clausola volta ad estendere la suddetta tutela alla stregua di una clausola d'uso *ex art. 1340 cod. civ.*, destinata come tale a penetrare nel contratto, sempreché lo stesso rientri fra quelli cui la pattuizione comunemente trova applicazione¹⁷², ci si deve domandare quali siano i limiti all'operatività di una clausola che, lungi dal prevedere il ricorso ai suddetti rimedi da parte di entrambi i contraenti, alle medesime condizioni, si limiti a riconoscere ad uno solo di essi la possibilità del loro esercizio o, pur attribuendola ad entrambi, renda tuttavia l'esercizio dei rimedi più gravoso per uno di essi.

Ebbene, i limiti all'operatività di una siffatta clausola sono da individuare, nei casi in cui la medesima risulti inserita nelle c.d. condizioni generali predisposte da una sola delle parti, nella previsione di cui all'art. 1341 cod. civ. la quale, dopo aver stabilito che le suddette condizioni sono efficaci nei confronti dell'altro contraente (diverso dal predisponente) solo se al momento della stipula questi ne abbia avuto la conoscenza o comunque la possibilità di conoscerle usando l'ordinaria diligenza, precisa che non hanno comunque effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che prevedono a favore del predisponente, fra l'altro, la facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione.

transazioni commerciali (d.lgs. 231/2002 come modificato dal d.lgs. 9-11-2012, n. 192) ed il contratto di affiliazione commerciale (l. 129/2004): non a caso, proprio a partire da tali ultime novità normative altra dottrina [...] vuole edificare la categoria del c.d. terzo contratto” (su cui v. pp. 175 ss.), inteso come contratto dell'impresa debole, il quale “andrebbe ad affiancarsi al contratto di diritto comune ed al contratto del consumatore”. Sul c.d. terzo contratto, si veda R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XII, nonché la raccolta di contributi in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI e G. VILLA, Bologna, 2008; F. MACARIO, *Dai “contratti delle imprese” al “terzo contratto”: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, 311 s.; E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, “terzo contratto”*, in *Contr. Impresa*, 2009, 150 s. Parlano di un “contratto con asimmetria di potere contrattuale”, come unica macrocategoria, idonea a ricomprendere tutti i contratti caratterizzati dalla presenza di un contraente in condizione di debolezza rispetto all'altro, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 649, nonché, più di recente, ID., *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 167 s.

¹⁷¹ V. L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013, 232 s., che sottolinea l'esistenza di tre diverse opinioni relativamente all'applicabilità dell'art. 9 della l. n. 192 del 1998: “la rigida pertinenza della norma al contratto di subfornitura; la riserva ai soli rapporti tra imprese aventi natura commerciale ovvero, esclusivamente, agli accordi verticali tra le medesime; infine, la natura di clausola generale dell'abuso di dipendenza economica, che riguarderebbe tutti i rapporti tra imprese, senza limitazioni”.

¹⁷² Com'è noto, l'art. 1340 cod. civ., relativa alle clausole d'uso, si riferisce ai c.d. usi contrattuali, comunemente applicati con riguardo a determinati negozi in un certo contesto spaziale.

Alla luce di quanto disposto dal citato articolo parrebbe doversi concludere, allora, per la vessatorietà della pattuizione la quale attribuisca al solo predisponente la possibilità di sollevare l'eccezione dilatoria al di fuori dei casi specificamente previsti dalla legge; o la facoltà di procedere immediatamente allo scioglimento, soprattutto unilaterale, dal contratto nonostante il termine previsto per la sua attuazione e per l'esecuzione della controprestazione non sia ancora scaduto. Una tale pattuizione, la quale potrebbe assumere a ben vedere (anche) i caratteri di una clausola risolutiva espressa, sarebbe, infatti, volta ad attribuire alla parte beneficiaria della stessa un diritto (analogo a quello di recesso; sicché essa non potrebbe ritenersi efficace se non sottoscritta e, quindi, "approvata" dall'altra parte.

Si potrebbe in realtà affermare che, soprattutto ove strutturata come clausola risolutiva espressa, una pattuizione analoga a quella descritta non potrebbe in realtà considerarsi vessatoria, in ragione del carattere tassativo dell'elenco di cui all'art. 1341, comma 2°, cod. civ.¹⁷³, il quale non contempla, a ben vedere, fra le clausole abusive anche quella prevista dall'art. 1456 cod. civ.

È innegabile, tuttavia, che, soprattutto qualora volta ad attribuire rilevanza a casi in cui, lungi dall'essere ravvisabile un vero e proprio inadempimento, sussista solo il pericolo che lo stesso subentri alla scadenza, la suddetta clausola non potrebbe in realtà sottrarsi al giudizio di vessatorietà, traducendosi, in sostanza, in una pattuizione coincidente con quella attributiva di un diritto di recesso convenzionale¹⁷⁴, accomunata a quella espressamente contemplata dalla stessa *ratio*: l'applicazione dell'art. 1341 cod. civ. alla suddetta clausola non richiederebbe pertanto un'interpretazione analogica, la quale sarebbe preclusa in ragione della tassatività dell'elenco delle pattuizioni considerate dalla legge come vessatorie; di contro, si ritiene che una loro assoggettabilità al campo di applicazione dell'art. 1341 cod. civ. sarebbe possibile sulla base di una mera lettura estensiva delle ipotesi espressamente contemplate¹⁷⁵.

¹⁷³ L'opinione è pacifica sia in dottrina che in giurisprudenza. Va sin d'ora precisato, tuttavia, come gli interpreti, pur ritenendo l'elencazione di cui all'art. 1341, comma 2°, cod. civ. tassativa, tendano tuttavia ad ammettere un'interpretazione estensiva all'interno di ciascun tipo. Si veda, fra tutti, C.M. BIANCA, voce *Condizioni generali di contratto: 1) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, 5.

¹⁷⁴ Ci si potrebbe peraltro domandare se una tale clausola sia idonea ad integrare una clausola di irrisolubilità, seppur limitata ad una sola delle parti, sulla cui validità, nonostante la sua diffusione nella prassi, si potrebbe a ben vedere discutere: F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, 12 ss.

¹⁷⁵ Si è già detto della tendenza ad ammettere un'interpretazione estensiva delle singole ipotesi contemplate dalla legge all'art. 1341, comma 2°, cod. civ., subordinata dalla giurisprudenza alla sola identità di *ratio* fra l'ipotesi non prevista e quella espressamente contemplata. V., ad esempio, CASS., 27.4.2006, n. 9646, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 4.

Ci si potrebbe domandare se sia in ogni caso idonea ad escludere il carattere abusivo della clausola l'attribuzione ad entrambe le parti della facoltà di avvalersi del potere di scioglimento unilaterale dalla stessa attribuito. Si potrebbe infatti ritenere che, soprattutto di fronte ad una diversa forza economica dei contraenti, una tale pattuizione non assicurerebbe comunque una parità di condizioni e di trattamento. Concludere per la vessatorietà della clausola in una siffatta ipotesi risulta tuttavia eccessivo: ove l'esercizio del rimedio fosse attribuito ad entrambi i contraenti e non fosse reso più difficile per uno di essi, la clausola potrebbe senz'altro considerarsi validamente inserita nel contratto. Non sarebbe, quindi, la pattuizione attributiva del potere, quanto piuttosto l'esercizio arbitrario dello stesso da parte del contraente forte a dover essere sanzionato, ad esempio, quale ipotesi di abuso del diritto¹⁷⁶.

Tanto premesso in ordine ai contratti soggetti all'applicazione del codice civile, va a questo punto valutata la legittimità di clausole dirette ad attribuire ad una sola delle parti e, precisamente, al professionista, il diritto allo scioglimento *ante diem* o quello alla

¹⁷⁶ Ha ravvisato un'ipotesi di abuso del diritto nell'esercizio arbitrario del diritto di recesso, CASS., 18.9.2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, 5 ss., con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*. In generale, sull'abuso del diritto, si veda, fra i tanti, M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nel contratto*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2010; S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 1 ss.; S. ROMANO, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 166 ss.; D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, *ivi*, aggiornamento, II, Milano, 1998, 1 ss.; C. SALVI, voce *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 1 ss.; A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, *ivi*, 1 ss.; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 75 ss.; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, 5 ss.; F.D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, *ivi*, 77 ss. Sull'abuso del diritto nella giurisprudenza, con particolare riguardo al contratto di locazione, M.V. MACCARI, *Nuove applicazioni giurisprudenziali dell'abuso del diritto in ambito contrattuale: la locazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 4, II, 301 ss. Il divieto di abuso del diritto, che viene oggi espressamente sancito dall'art. 54 della Carta di Nizza, trova peraltro applicazione anche in ambito processuale. Si veda, con riferimento ad un'ipotesi di frazionamento di un unico credito in molteplici domande giudiziali, CASS., sez. un., 15.11.2007, n. 23726, in *Giust. civ.*, 2008, I, 641; in *Foro It.*, 2008, I, 1514; in *Rass. dir. civ.*, 2010, 292; in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 335, dove si afferma che la "scissione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale". Per un commento a tale sentenza, si rinvia a M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 335 ss.; T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il «ripensamento» delle Sezioni Unite*, *ivi*, 345 ss. In generale, sull'abuso del processo, M. TARUFFO, *Elementi per la definizione di "abuso del processo"*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, cit., 1117 ss.; E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004.

sospensione oltre i limiti previsti dalla legge, ai sensi della disciplina sulle clausole abusive contenuta nel codice del consumo (v. artt. 33 ss. cod. cons.).

Al riguardo, va precisato che, sulla falsariga di quanto disposto dall'art. 1341 cod. civ., anche le regole dettate in materia consumeristica sanciscono la vessatorietà o, *rectius*, l'abusività delle clausole che riconoscono a favore della parte contrattuale forte, cioè del professionista, e non invece del consumatore, la facoltà di recedere dal contratto: tali clausole rientrano, precisamente, fra quelle che devono ritenersi abusive (e quindi nulle) salvo che abbiano costituito oggetto di trattativa individuale.

Sulla base di quanto detto potrebbe allora considerarsi ancora una volta abusiva (e in tal caso anche se non inserita nelle condizioni generali del contratto) la pattuizione, con la quale fosse attribuita al solo professionista la facoltà di sciogliere, mediante recesso, il contratto prima della scadenza del termine.

Alla medesima conclusione si potrebbe peraltro addivenire anche con riguardo alla clausola con cui fosse riconosciuta – al solo professionista - la facoltà (non contemplata a favore del consumatore) di opporre l'eccezione dilatoria oltre i limiti di legge. È ben vero, infatti, che, a differenza dell'art. 1341 cod. civ., il codice del consumo non sancisce l'abusività di una tale pattuizione. Al contempo, il suddetto codice stabilisce, però, alla lettera r dell'art. 33, il carattere abusivo delle pattuizioni che limitano o escludono l'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore.

La disposizione parrebbe, a prima vista, circoscrivere il giudizio di vessatorietà alla sola clausola che comporti, a carico della parte diversa dal predisponente, una limitazione alla facoltà di opporre eccezioni, con apparente piena efficacia, anche in mancanza di una sua apposita sottoscrizione, della pattuizione che, viceversa, determini un ampliamento della suddetta facoltà per chi abbia provveduto a predisporla.

Senonché, si deve notare, la previsione o, *rectius*, l'estensione, a favore di uno solo dei contraenti, dell'ambito di operatività del rimedio dilatorio oltre i confini individuati dal legislatore (e quindi, sostanzialmente, al di là dell'ipotesi contemplata dall'art. 1461 cod. civ.), è idonea a raggiungere lo stesso risultato della clausola che, in assenza di una tale estensione delle facoltà del predisponente, escluda o limiti per la controparte la possibilità di esperire il rimedio di cui all'art. 1461 cod. civ. Non pare pertanto irragionevole concludere che anche la clausola la quale preveda la possibilità di sollevare l'eccezione dilatoria in casi non espressamente previsti dalla legge, ma a favore di uno solo dei contraenti, sia abusiva *ex art. 33, lett. t, cod. civ.*, in quanto volta a limitare

per una delle parti una facoltà che all'altra viene invece concessa (seppur solo pattiziamente).

Ad una valutazione in termini di abusività della clausole descritta, così come di quella volta ad attribuire un potere di scioglimento al solo professionista si potrebbe pervenire anche qualora non si dovesse ritenere tali pattuizioni rientranti fra quelle presuntivamente vessatorie (o abusive), espressamente elencate dalla legge, ed in particolare si fosse propensi ad escludere che esse siano assimilabili a quelle di cui alle menzionate lettere g e t dell'art. 33 cod. cons.¹⁷⁷. Determinando senz'altro un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, quelle clausole possono infatti ritenersi senz'altro abusive in base alla norma di chiusura di cui all'art. 33 cod. cons., ai sensi del quale "nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto".

Alla medesima conclusione circa l'abusività, e quindi nullità, delle clausole qui in esame pare potersi pervenire, infine, anche con riguardo ai c.d. contratti B2b, quelli cioè in cui, pur essendo entrambe le parti imprenditori e pertanto formalmente in posizione di parità, una di esse risulti economicamente dipendente dall'altra, la quale gode quindi di una particolare forza contrattuale che le permette, quantomeno potenzialmente, di ottenere condizioni particolarmente favorevoli.

È quanto emerge dall'art. 9 della già citata legge sulla subfornitura, applicabile, come si è visto, secondo un orientamento¹⁷⁸, a tutti i rapporti tra imprese, il quale vieta

¹⁷⁷ O comunque, quantomeno relativamente alla clausola che preveda lo scioglimento anticipato, alla lett. b degli artt. 33 e 36 cod. cons.: infatti, la previsione a favore del solo professionista della facoltà di risolvere il contratto nei casi di inadempimento c.d. anticipato potrebbe tradursi in una clausola che esclude o limita comunque le azioni del consumatore nei confronti del professionista in caso di un suo inadempimento (o di elevato pericolo dello stesso). La soluzione sarebbe sostenibile sulla base dei medesimi argomenti che consentirebbero di affermare l'applicazione della lett. t nelle ipotesi di estensione della possibilità per il solo professionista di opporre eccezioni oltre i limiti di legge. È ben vero che alla lett. b degli artt. 33 e 36 cod. cons. si fa riferimento alle clausole che escludono o limitano i diritti e le azioni del consumatore di fronte ad un inadempimento, mentre questo, inteso come violazione di un obbligo, ben potrebbe mancare nei casi di inadempimento anticipato. Sennonché, al momento in cui si ritenesse di poter equiparare, almeno a favore di una delle parti, l'inadempimento anticipato a quello vero e proprio conseguente alla scadenza, peraltro prevedendo un congegno che, procedimentalizzando il rimedio risolutorio prima del termine, sia altresì idoneo a trasformare quello che potrebbe essere un mero pericolo di una violazione futura in un inadempimento definitivo, non vi sarebbero ragioni per negare l'operatività delle due disposizioni menzionate anche a fronte di una pattuizione che, attribuendo al solo professionista la facoltà di sciogliersi dal contratto in caso di inadempimento *ante diem* del consumatore, non riconoscesse tale facoltà anche a quest'ultimo a fronte di una violazione anticipata posta in essere dalla controparte.

¹⁷⁸ V. *supra*.

“l’abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice”¹⁷⁹.

Ebbene, è proprio sulla base di tale disposizione che si può concludere per il carattere abusivo di qualsiasi pattuizione che, inserita nei contratti in cui sia presente uno squilibrio economico tra le parti, sia volta ad attribuire ad una sola di esse, e precisamente a quella economicamente più forte, il diritto alla risoluzione immediata del contratto sol che vi sia la certezza di un futuro inadempimento dell’altra; o comunque il diritto alla sospensione dell’esecuzione della prestazione oltre i confini di cui all’art. 1461 cod. civ.

Tali facoltà, se attribuite ad una sola delle parti, si traducono infatti inevitabilmente nell’imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per la parte debole o comunque discriminatorie nei confronti della stessa. Sicché esse devono ritenersi senz’altro idonee ad integrare un abuso ai sensi dell’art. 9, comma 2°, della l. n. 192 del 1998, prestandosi ad un impiego arbitrario da parte del contraente a favore del quale siano predisposte.

Precisati i limiti dell’operatività delle clausole volte ad ampliare in via pattizia la tutela riconosciuta alle parti nella fase *ante diem*, si può in conclusione ribadire comunque l’utilità delle stesse, sempreché predisposte a favore di entrambe le parti e formulate in termini tali da consentire un equilibrato contemperamento dei vari interessi coinvolti, ai fini di un’opportuna integrazione della disciplina di legge.

5. RIEPILOGO.

Prima di formulare alcune osservazioni finali si procederà, come oramai consueto, ad una breve sintesi di quanto esposto.

Nel presente capitolo sono stati riassunti i principali argomenti addotti dagli interpreti italiani a sostegno di una soluzione positiva della questione relativa alla configurabilità di un inadempimento prima del termine.

Si è cercato altresì di sottolineare, come la tesi dogmaticamente più coerente e pertanto soggetta ad un minor numero di obiezioni, quella cioè che ravvisa nell’inadempimento anticipato la violazione di un obbligo accessorio, non consenta di affermare l’esistenza nell’ordinamento interno di un livello di tutela analogo a quello offerto da altri sistemi, nei quali il c.d. inadempimento anticipato, idoneo a legittimare

¹⁷⁹ Precisa la disposizione citata che “si considera dipendenza economica la situazione in cui un’impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l’abuso di reperire sul mercato alternative sufficienti”.

l'immediata risoluzione del contratto, comprende anche le ipotesi, nelle quali, pur non essendovi stata alcuna violazione, appaia tuttavia certo o comunque altamente probabile che un inadempimento subentrerà alla scadenza.

Sono state messe in luce, inoltre, le differenze di formulazione fra il nostro art. 1461 cod. civ. e le analoghe disposizioni inserite in altri testi nazionali e sopranazionali.

Rilevate le "lacune" della disciplina interna e sottolineate le difficoltà di colmarle in via meramente interpretativa, si è espresso quindi l'auspicio di provvedere, mediante un'apposita novella, a risolvere i residui problemi connessi alla configurabilità nel nostro ordinamento dell'istituto di derivazione angloamericana.

È stato poi compiuto un tentativo di individuare, fra i diversi modelli provenienti soprattutto dal diritto uniforme e dal BGB tedesco, quello che meglio si presta a disciplinare il fenomeno dell'inadempimento prima del termine, temperando le contrapposte esigenze delle parti.

È stata infine sottolineata l'opportunità di incentivare, già oggi, la pattuizione di apposite clausole, dirette a risolvere in via convenzionale i residui problemi che il c.d. inadempimento anticipato pone.

CONCLUSIONI

Pare opportuno, in conclusione, ricapitolare i passaggi più rilevanti dell'analisi svolta.

L'indagine prende avvio dal riscontro del problema relativo all'eventualità che l'inadempimento di un'obbligazione contrattuale sia certo o quantomeno altamente probabile prima ancora che la prestazione sia esigibile.

Ove ciò accada, si tratta di capire quali siano i rimedi esperibili dalla parte la quale abbia ragione di dubitare della futura attuazione del rapporto. In particolare, si pone il problema di stabilire se il contraente fedele possa risolvere anticipatamente il contratto nonostante il termine previsto per l'adempimento non sia ancora scaduto.

Una soluzione a siffatta questione interpretativa è offerta, come si è visto, dalla dottrina dell'"*anticipatory breach of contract*", elaborata nei sistemi di *common law*, dove la possibilità per il contraente fedele di risolvere prima del tempo il contratto è regola consolidata tanto fra gli interpreti quanto sul terreno del diritto positivo.

Ben maggiori sono le difficoltà che la risposta al quesito presenta per il giurista europeo-continentale.

Sono stati appunto i problemi riscontrati da dottrina e giurisprudenza nell'inquadrare il fenomeno a convincere taluni legislatori europei a recepire nel proprio diritto interno regole appositamente dedicate alla regolazione della fattispecie.

L'incorporazione di tali regole nei testi normativi nazionali pare aver trovato peraltro ulteriore impulso negli sviluppi del diritto di matrice sovranazionale.

Il riferimento è alle raccolte di regole e principi cui hanno portato le aspirazioni di armonizzazione ed uniformazione del diritto contrattuale.

Ma il riferimento è soprattutto alla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, la quale pure contiene alcune disposizioni dirette a regolare il complesso fenomeno dell'inadempimento prima del termine.

Il legislatore internazionale non solo ha recepito l'istituto di derivazione angloamericana, ma si è preoccupato inoltre di dettare una pluralità di regole volte a consentire alla parte fedele di gestire la fase di crisi del rapporto prima della scadenza, sì da evitare le conseguenze dannose di una dichiarazione di scioglimento resa *ante diem* in assenza dei presupposti di certezza (e di essenzialità) del futuro inadempimento.

Posto di fronte ad una situazione di insicurezza, il contraente *in bonis* dispone infatti, in primo luogo, del rimedio dilatorio di cui all'art. 71 CISG. È stata evidenziata l'ampiezza della previsione normativa che, se da un lato presenta sicuramente forti analogie con la regola di cui al nostro art. 1461 cod. civ., dall'altro lato è destinata a trovare applicazione anche in ipotesi non espressamente contemplate dalla disposizione italiana; e precisamente anche qualora la situazione di pericolo della futura inesecuzione dipenda da cause diverse dal mutamento nelle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti. Con l'ulteriore precisazione, omessa dal legislatore italiano del 1942, che le suddette cause possono assumere rilevanza, benché preesistenti all'instaurazione del vincolo, anche se divenute conoscibili solo in un momento successivo.

Se interessata a svincolarsi dal contratto, la parte fedele può altresì dare avvio al procedimento di cui all'art. 72, comma 2°, CISG. Si tratta di una disposizione originale che consente di superare i problemi connessi al conseguimento, prima della scadenza del termine, della certezza della futura violazione, nonché di evitare che possa essere successivamente denunciata l'infondatezza dei presupposti della dichiarazione di scioglimento.

Il congegno di cui al comma 2° rappresenta un compromesso fra le opposte esigenze alla base della dottrina dell'“*anticipatory breach*”: quella di dare immediata rilevanza ad una situazione di squilibrio del sinallagma venutasi a determinare prima dell'esigibilità della prestazione, da un lato; e la necessità di osservare i principi di conservazione del vincolo e di preferenza per l'adempimento in natura che connotano gli ordinamenti di *civil law*, dall'altro.

Tale meccanismo conosce invero talune eccezioni, nelle quali la certezza della futura violazione contrattuale parrebbe sussistere, anche prima della scadenza, a prescindere dall'attivazione del procedimento comunicatorio, con conseguente possibilità di un'immediata dichiarazione di scioglimento.

Si tratta delle ipotesi di insufficienza del tempo, di rifiuto di adempiere reso *ante diem*, nonché di quella descritta dall'art. 73, comma 2°, CISG, ai sensi del quale lo scioglimento di un contratto di vendita a consegne ripartite è possibile sol che sussistano fondati motivi per ritenere che sopravverrà in futuro un inadempimento.

Fermi restando i dubbi che possono essere sollevati in ordine alla scarsa opportunità della mancata estensione del congegno *ex art. 72*, comma 2°, CISG anche ai contratti di cui all'art. 73 CISG, va sottolineata ad ogni modo la tendenza ad interpretare restrittivamente le summenzionate deroghe.

I casi di insufficienza del tempo contemplati dall'art. 72, comma 2°, CISG vengono fatti coincidere, come accennato, con le situazioni in cui, prima ancora della scadenza, sia riscontrabile un'impossibilità della prestazione o risulti comunque insensato ed inutile garantire una dilazione alla parte infedele che non le consentirebbe di porre rimedio alla situazione creatasi.

Ancora, l'applicabilità del comma 3° dell'art. 72 CISG sarebbe limitata, secondo l'opinione comune, alle sole ipotesi in cui la manifestazione contraria alla volontà di adempiere del debitore presenti i connotati della serietà e definitività; o, secondo una diversa impostazione ermeneutica, per vero maggiormente compatibile con la formulazione letterale della norma, ai soli casi in cui essa sia resa in forma esplicita.

Emerge così il carattere residuale della risoluzione del contratto, la quale, pur essendo ammissibile prima ancora della scadenza del termine, si atteggia (quantomeno nella sua concreta applicazione) ad *extrema ratio*, invocabile solo ove il rapporto contrattuale risulti definitivamente compromesso.

L'analisi delle disposizioni della CISG dedicate all'istituto dell'inadempimento anticipato non rileva invero solo per il particolare apparato rimediale predisposto a favore della parte fedele ai fini di una reazione *ante diem*.

La Convenzione è di particolare interesse, oltreché per l'elevato livello di elaborazione delle soluzioni offerte, anche per la sua immediata operatività negli ordinamenti – compreso quello italiano – che hanno provveduto a darvi esecuzione, sia pur entro il relativo ambito di applicazione.

Essa ha peraltro costituito, e continua a costituire, la principale fonte di ispirazione dei legislatori nazionali alle prese con la riforma dei rispettivi diritti contrattuali.

Una prova della rilevanza della CISG quale modello di riferimento è data senz'altro dall'intervento riformatore tedesco del 2002, in occasione del quale è stato, fra l'altro, disciplinato anche l'istituto dell'inadempimento anticipato.

La legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni ha portato, segnatamente, alla positivizzazione della regola, di elaborazione dottrinal-giurisprudenziale, per cui il creditore può recedere dal contratto, ancorché il termine per l'esecuzione della prestazione non sia ancora scaduto, qualora sia evidente che, alla scadenza, saranno perfezionati i presupposti del recesso.

La previsione, contenuta nel nuovo § 323, comma 4°, BGB, se da un lato costituisce il recepimento di un istituto di matrice pretoria, dall'altro trova un aggancio positivo proprio nella legge uniforme. Anche se, va precisato, il BGB non prevede una

regola analoga a quella dell'art. 72, comma 2°, CISG, che, come si è visto, detta un'efficace procedimentalizzazione dell'ingresso del rimedio risolutorio.

Oltre allo strumento dello scioglimento anticipato, il codice civile tedesco contempla, poi, al pari della CISG, la facoltà per il contraente fedele che abbia motivo di temere l'altrui futura inesecuzione di sospendere l'attuazione della propria prestazione, rifiutando l'adempimento.

Siffatta possibilità sussisteva in realtà già prima dell'intervento riformatore del 2002. Il legislatore della "*Schuldrechtsmodernisierung*" ha tuttavia ampliato i presupposti di applicazione del rimedio, i quali coincidono oggi, in sostanza, con quelli di cui all'art. 71 CISG.

Inoltre, a differenza del § 321 BGB primigenio e della disposizione inserita nella legge uniforme, la previsione, per come riformulata in occasione della riforma concede a colui che abbia esperito il rimedio dilatorio di porre fine alla situazione di stallo conseguente alla sospensione, mediante una dichiarazione di scioglimento del contratto in caso di inutile decorso di un termine fissato per la prestazione di adeguate garanzie. Il legislatore tedesco parrebbe aver dato seguito, in tal modo, alle proposte avanzate ma mai recepite in sede di redazione della Convenzione, contribuendo a sviluppare ulteriormente la disciplina dello strumento. L'eccezione di sospensione si presenta così, per come disciplinata nel nuovo § 321 BGB, quale vera e propria alternativa all'immediato scioglimento del contratto, giacché consente di addivenire bensì al medesimo risultato, ma in via mediata, evitando con ciò il rischio di un'eventuale dichiarazione di risoluzione indebitamente affrettata.

L'esigenza di disciplinare espressamente l'istituto della violazione prima del termine, avvertita, anche in ragione degli sviluppi compiuti a livello sovranazionale, dal legislatore tedesco (ma anche – come si è visto – da altri legislatori europei), non è per contro emersa nel nostro sistema.

In assenza di una disposizione che regoli in via generale il problema dell'inadempimento anticipato ed individui nel ricorso alla risoluzione del contratto il suo naturale mezzo di reazione, si pone quindi il problema di capire se, pur nel silenzio della legge sul punto, sia dato discorrere nell'ordinamento italiano di un siffatto inadempimento e, in caso di risposta positiva, quali siano i rimedi esperibili contro il medesimo.

Orbene, gli interpreti italiani hanno in più occasioni ribadito la configurabilità, anche nel nostro ordinamento, di una violazione anticipata, con conseguente esperibilità

dei relativi rimedi, ivi compreso quello risolutorio, prima del decorso del termine fissato per l'adempimento.

Molteplici sono state le argomentazioni adoperate a tal fine. In particolare, due sono state le strade seguite da dottrina e giurisprudenza per giungere ad una risposta affermativa all'interrogativo circa la rilevanza di un inadempimento prima del termine.

Un primo orientamento ha tentato di estendere la portata delle norme esistenti oltre i confini ricavabili dalla lettera dei rispettivi disposti.

Altri interpreti, rigettando l'idea di una interpretazione tanto lasca, hanno fatto leva, di contro, sulla struttura complessa del rapporto obbligatorio, sì da ampliare il contenuto della nozione di inadempimento.

Fra i sostenitori del primo orientamento vi è stato, ad esempio, chi, dalla premessa di una sostanziale equiparazione fra i casi di inadempimento prima del termine e quelli di inadempimento in senso proprio, ha ritenuto di poter ravvisare il fondamento dogmatico di siffatta equiparazione nell'art. 1186 cod. civ., relativo alla decadenza dal beneficio del termine.

A tal riguardo si è notato che nulla sembrerebbe impedire di trarre dall'articolo citato una regola di portata più vasta, destinata a trovare applicazione, ad esempio, anche in presenza di un anticipato rifiuto – reso in forma scritta – del debitore di adempiere alla scadenza fissata, così come, più in generale, qualora, pur in assenza di un'esplicita dichiarazione oppositiva, le circostanze obiettivamente desumibili dal comportamento del debitore rendessero manifesto che al momento dovuto costui non adempirà.

Nei casi menzionati, l'operare della decadenza consentirebbe di valutare come senz'altro dovuta, sin da subito, l'esecuzione della prestazione. Il creditore potrebbe, di conseguenza, esigerla immediatamente e, nel caso in cui il debitore non provvedesse, ritenere quest'ultimo inadempiente, con conseguente esperibilità dei rimedi predisposti contro la definitiva inattuazione del rapporto.

Si è aggiunto, anzi, che il rifiuto scritto, stante il dettato dell'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ. – il quale, com'è noto, ricollega alla dichiarazione di non voler adempiere resa dal debitore l'automatica produzione degli effetti della mora –, consentirebbe addirittura di considerare il dichiarante immediatamente inadempiente sin dal momento della manifestazione oppositiva, con tutte le implicazioni del caso.

Ma anche chi non aderisce alla tesi dell'applicabilità analogica della norma sulla decadenza dal beneficio del termine e nega, altresì, che all'art. 1219, comma 2°, n. 2, cod. civ. possa attribuirsi un significato diverso da quello desumibile dalla sua formulazione

letterale, precisa che una soluzione positiva del problema dell'inadempimento *ante diem* è in realtà possibile solo che si accolga l'opinione della struttura complessa del rapporto obbligatorio.

Ebbene, è proprio portando a coerenti sviluppi l'idea dell'obbligazione come "*Organismus*" che dottrina e giurisprudenza recenti tendono ad ampliare il contenuto della nozione di inadempimento, fino a comprendervi ogni contegno antidoveroso che, ancorché posto in essere dal debitore nella fase *ante diem*, appaia idoneo a pregiudicare l'attuabilità del programma negoziale.

A tale conclusione si è creduto di poter pervenire, precisamente, argomentando dall'autonomia ed attualità del dovere preparatorio leso da siffatta condotta debitoria, il quale, al pari di quelli di protezione, importerebbe – se violato – la facoltà per il creditore di fare ricorso ai necessari mezzi di difesa, fra i quali rientrerebbe non solo la risoluzione del contratto, ma anche l'azione di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 cod. civ.*, come affermato da una recente sentenza della Corte di Cassazione che ne ha ammesso la proposizione prima ancora della scadenza del termine previsto per la stipula del definitivo.

La sentenza citata dimostra invero come lo strumento di reazione attribuito al creditore nella fase *ante diem*, soprattutto in costanza di possibilità della prestazione, non sia (e non possa essere) sempre e necessariamente quello risolutorio o altro avente carattere parimenti definitivo.

Ed anzi, parrebbe doversi ritenere che, salvi i casi di impossibilità della prestazione e le diverse indicazioni di legge, il creditore, posto di fronte ad un pericolo di inadempimento, ancorché derivante dalla violazione (attuale) di un dovere accessorio, dovrebbe pur sempre accordare preferenza ai c.d. rimedi conservativi e/o cautelari.

È quanto emergerebbe, del resto, dall'art. 1455 cod. civ., che, nel circoscrivere la pronuncia di risoluzione ai soli casi d'inadempimento di non scarsa importanza, opera come salvaguardia del vincolo contrattuale contro pretestuosi ed ingiustificati tentativi di scioglimento.

Ma è quanto sembrerebbe doversi desumere, anche, dalla serie di disposizioni le quali, pur accordando alla parte *in bonis* il diritto di sciogliersi dal contratto, fanno conseguire la risoluzione del rapporto alla previa infruttuosa diffida rivolta al contraente infedele.

Il riferimento è, in particolare, all'art. 1454 cod. civ., che regola lo scioglimento stragiudiziale mediante diffida; ma pure agli artt. 1662 e 2224 cod. civ., dettati

rispettivamente in materia di contratto d'appalto e contratto d'opera, che, pur attribuendo al committente un diritto allo scioglimento – peraltro anticipato – del vincolo, subordinano l'operatività del rimedio interruttivo-estintivo all'inutile decorso di un termine fissato dalla parte *in bonis* la quale abbia motivo di temere – stante la violazione da parte dell'obbligato dei doveri preparatori – il futuro inadempimento.

Fra i rimedi conservativi e/o cautelari, da preferire a quello risolutorio in costanza della possibilità della prestazione debitoria, vi sarebbe, ad esempio, quello della sospensione *ex art. 1461 cod. civ.*, il quale coincide con quelli previsti nei testi e progetti di disciplina uniforme nonché con quello di cui al § 321 BGB sul piano funzionale, distinguendosene peraltro sotto il profilo dei presupposti che ne legittimano l'invocabilità. Anche se, a onor del vero, diversi sono stati in passato i tentativi volti ad ampliare la portata della disposizione, ispirata ad una visione ormai superata dei rapporti d'impresa, e ad integrarla sì da consentirne un'utilizzazione più duttile.

Come emerge dall'analisi condotta, l'assenza nel nostro ordinamento di una disciplina specifica dell'inadempimento anticipato non significa, quindi, esclusione di qualsiasi tutela del contraente fedele nella fase di pendenza.

Senonché, i connotati dell'inadempimento prima del termine come concepito da giurisprudenza e dottrina nostrane non coincidono in realtà con quelli ricavabili dalle norme internazionali, le quali non solo ammettono esplicitamente l'invocabilità dell'eccezione dilatoria anche in presenza di situazioni di pericolo diverse da quella concretata da un mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, ma consentono pure l'immediato scioglimento del contratto sol che risulti, anche a prescindere dall'esistenza di un inadempimento attuale, la certezza che il contraente non adempirà alla scadenza.

Ne deriva che la tesi dogmaticamente più coerente elaborata dagli interpreti italiani per giustificare, nel silenzio della legge, la risolubilità anticipata del contratto – quella, cioè, che ravvisa nell'inadempimento *ante diem* la violazione di un obbligo accessorio – non consente, ove si ritenga di potervi aderire, di affermare l'esistenza nell'ordinamento di un livello di tutela analogo a quello offerto in altri sistemi, nei quali il c.d. inadempimento anticipato si presta a comprendere anche quelle ipotesi in cui, pur in assenza di qualsivoglia violazione, appaia nondimeno certo o altamente probabile che un inadempimento sopravverrà alla scadenza.

Poste in luce le “lacune” della disciplina interna e le difficoltà di colmarle in via meramente interpretativa, si è espresso, quindi, l'auspicio di provvedere, mediante

un'apposita novella, alla predisposizione di una disciplina la quale regolamenti la pluralità dei casi di inadempimento prima del termine.

Si è tentato peraltro di individuare, fra i diversi modelli provenienti dal diritto uniforme e dal BGB tedesco, quello che meglio si attaglia a disciplinare il fenomeno della violazione anticipata, contemperando le contrapposte esigenze delle parti e conciliandone gli interessi con i principi ispiratori della disciplina codicistica.

Sono state così evidenziate sia la duttilità della regola contenuta nell'art. 72, comma 2°, CISG, che la modernità ed efficienza della disposizione del § 321 BGB: si è fatta quindi risaltare l'opportunità di introdurre anche nel diritto positivo interno una disposizione che, procedimentalizzando l'ingresso del rimedio risolutorio e concedendo a ciascuna delle parti la possibilità di sospendere, al contempo, l'esecuzione della propria prestazione, consenta al contraente *in bonis* di svincolarsi dal contratto prima della scadenza, senza peraltro correre il rischio di vedersi contestata l'illegittimità del proprio agire.

In attesa di un auspicato, ma certo non prossimo, intervento legislativo e di fronte ai diversi ostacoli che un'estensione in via interpretativa delle regole di legge sembrerebbe porre, è stato infine tracciato un percorso alternativo per sopperire sin d'ora alla mancanza di una compiuta disciplina generale del pericolo di inadempimento.

Orbene, al riguardo si è notato come quella della regolamentazione pattizia della fase patologica del rapporto sia, ad oggi, la strada più immediata e "sicura" per fornire alle parti la possibilità di una gestione efficiente delle sopravvenienze.

Rimarcata l'opportunità di incentivare la pattuizione di apposite clausole, dirette a risolvere in via convenzionale i residui problemi che il c.d. inadempimento anticipato pone, si è sottolineata, in aggiunta, la necessità di non trascurare i limiti che una siffatta regolamentazione incontra nelle disposizioni di legge le quali impediscono alla parte contrattuale forte di abusare della posizione di debolezza dell'altra per ottenere l'inserimento nel contratto di clausole che attribuiscono alla prima soltanto un potere di incidere unilateralmente sull'evoluzione della vicenda contrattuale.

DER ANTIZIPIERTE VERTRAGSBRUCH
IM ITALIENISCHEN RECHT
IN EUROPÄISCHER PERSPEKTIVE

Deutsche Zusammenfassung

DER ANTIZIPIERTE VERTRAGSBRUCH IM ITALIENISCHEN RECHT IN EUROPÄISCHER PERSPEKTIVE

Gliederung:

I. Einleitung

II. Die Sachfrage: Vertragsbruch vor Leistungszeit?

III. Der Ausgangspunkt im *common law*

1. Die Wurzeln in den Rechtssystemen des *common law*
2. Die Gründe der Verbreitung der Rechtsfigur. Die möglichen „dogmatischen“ Konstruktionen

IV. Die Entwicklung auf dem Kontinent

1. Die Schwierigkeiten der Begründung des antizipierten Vertragsbruchs
2. Die Rezeption der Figur in den einzelnen Rechtsordnungen
 - a. *Die durch gesetzliche reformen eingeführten Regel*
 - b. *Der Beitrag der richterlichen Rechtsfortbildung*
 - c. *Die Bedeutung einer expliziten Regelung: Die Reformbestrebungen*

V. Das Einheitsrecht als Wegbereiter und Vorbild

1. Das Modell des UN-Kaufrechts
 - a. *Die vorzeitige Aufhebung des Vertrages gem. Art. 72 CISG*
 - b. *Die Aussetzung der Vertragserfüllung nach Art. 71 CISG*
2. Die Tendenzen der Rechtsentwicklung

VI. Die Grundstrukturen beim antizipierten Vertragsbruch

1. Die vorzeitige Aufhebung des Vertrages und ihre Voraussetzungen
 - a. *Der notwendige Grad an Wahrscheinlichkeit der künftigen Vertragsverletzung*
 - b. *Die Probleme der Prognose: Eine mögliche Lösung*
 - c. *Der Sonderfall der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung*
2. Die weiteren Rechtsbehelfe im Falle des antizipierten Vertragsbruchs
 - a. *Der Vorrang der auf die Erhaltung des Vertrages gerichteten Rechtsbehelfe*
 - b. *Der Schadensersatzanspruch: Die entwickelten Erklärungsmuster*

VII. Zusammenfassende Überlegungen: Die künftigen Entwicklungschancen

1. Die Einleitung.

Das Thema meiner Promotionsarbeit lautet „Der antizipierte Vertragsbruch“ („*Inadempimento anticipato*“). Es handelt sich dabei um eine Untersuchung der im *common law* herausgebildeten Lehre des sog. „*anticipatory breach of contract*“ aus der Perspektive des italienischen und des deutschen Rechts, unter besonderer Berücksichtigung der europäischen und internationalen Entwicklung.

Die Dissertation ist in fünf Kapiteln unterteilt. Das erste Kapitel befasst sich mit der Problemstellung des antizipierten Vertragsbruches. Hierbei werden zunächst die Wurzeln und die Verbreitung der Lehre des sog. „*anticipatory breach of contract*“ untersucht. Anschließend werden die dogmatischen Schwierigkeiten der Eingliederung der Figur in das System des italienischen Leistungsstörungsrechts dargestellt, wo keine Norm besteht, die den antizipierten Vertragsbruch explizit regelt.

Das zweite Kapitel beschäftigt sich mit der europäischen und internationalen Entwicklung. Insbesondere wird die Regelung des antizipierten Vertragsbruches in dem UN-Kaufrecht vorgestellt. Auch die in den anderen Einheitsrechtsprojekten enthaltenen Vorschriften werden erläutert. Ferner werden Handlungsmöglichkeiten beschrieben, die dem beschwerten Gläubiger offenstehen, wenn ein antizipierter Vertragsbruch vorliegt. Hier werden die verschiedenen Rechtsbehelfe auch im Verhältnis zueinander vorgestellt. Insbesondere wird versucht, die genauen Anwendungsbereiche derselben zu klären.

Im dritten Kapitel wird die deutsche Rechtslage vor und nach der Reform des Schuldrechts von 2002 vorgestellt, die das Problem der vorweggenommenen Nichterfüllung geregelt hat.

Das vierte Kapitel widmet sich der aktuellen Rechtslage im italienischen Recht, wobei insbesondere die von der Rechtsprechung und der Lehre herausgebildeten Lösungen des Problems des antizipierten Vertragsbruches analysiert werden. In diesem Rahmen wird auch ein Vergleich mit den vor der Schuldrechtsmodernisierung im deutschen Recht erarbeiteten Lösungen und Begründungsmustern versucht.

Das fünfte Kapitel wird schließlich der Frage nachgegangen, ob die in dem italienischen Recht bestehenden Vorschriften schon eine ausreichende Regelung des Problems des antizipierten Vertragsbruches bieten oder ob auch in der italienischen Rechtsordnung die Einführung einer dem § 323 Abs. 4 BGB bzw. dem Art. 72 CISG vergleichbaren Norm wünschenswert wäre. Dabei wird man versuchen, sowohl die effektive Bedeutung der erwähnten Vorschriften zu verstehen als auch die genaue

dogmatische Einordnung der Figur des antizipierten Vertragsbruches zu finden. Man wird auch versuchen, die Entwicklungsmöglichkeiten des italienischen Rechts zu bestimmen.

Am Ende werden die Ergebnisse zusammengefasst.

Die ganze Untersuchung beruht nicht nur auf einem Vergleich zwischen dem italienischen und dem deutschen Recht, sondern sie bezieht auch andere internationale Einheitsrechtsprojekte ein, die dem antizipierten Vertragsbruch und seinen Rechtsfolgen eine ausdrückliche Regelung widmen.

Ziel des Forschungsvorhabens ist es, die Vereinbarkeit eines antizipierten Vertragsbruches mit dem italienischen Recht zu prüfen, in dem noch heute keine explizite Regelung der Figur vorhanden ist.

Durch die Untersuchung der aktuellen Rechtslage beabsichtigt die Dissertation zuerst zu zeigen, dass es auch in Italien *de lege lata* Indizien bestehen, die für die Möglichkeit der Eingliederung der Figur des antizipierten Vertragsbruches in das italienische Rechtssystem sprechen.

Die Analyse der im BGB, im UN-Kaufrecht sowie in den Einheitsrechtsprojekten enthaltenen Vorschriften soll diese These untermauern. Es stünde nämlich im Gegensatz zur europäischen und internationalen Entwicklung dem Gläubiger zu versagen, rechtzeitig zu reagieren und den Vertrag vorzeitig aufzuheben.

Anhand der Analyse der Rechtsordnungen, in denen der Gesetzgeber das Problem des antizipierten Vertragsbruches geregelt hat, des internationalen Kaufrechts und der europäischen Einheitsrechtsmodelle, prüft ferner die Arbeit, was die möglichen Entwicklungschancen der italienischen Regelung sind.

Die Arbeit schließt mit der Frage, ob die in dem *Codice civile* enthaltenen Regeln so systematisch ausgelegt werden können, um alle möglichen Fälle der sog. antizipierten Nichterfüllung umzufassen oder ob sich eine Reformbedürftigkeit stellt, um dem Gläubiger denselben Schutz gegen die Gefahr einer künftigen Nichterfüllung zu gewähren, den ihm das deutsche bzw. das UN- Kaufrecht bietet.

II. Die Sachfrage: Vertragsbruch vor Leistungszeit?

Oft werden Verträge geschlossen, die für die Erbringung der Leistung einen späteren Zeitpunkt vorsehen. Wird ein solcher Vertrag geschlossen, dann kann es der Fall sein, dass schon vor dem Eintritt der Fälligkeit Zweifel an der Leistungserbringung bei Fälligkeit entstehen.

Dies kann der Fall sein, wenn der Schuldner schon vor dem Fälligkeitszeitpunkt seine Leistung explizit verweigert.¹ Man kann an den folgenden Fall denken: Die Parteien schließen einen Kaufvertrag über Waren ab, die in einem späteren Zeitpunkt geliefert werden sollen. Bereits vor der Lieferzeit teilt aber der Verkäufer dem Käufer mit, dass er die Waren nicht mehr liefern will.

Eine Erfüllungsgefährdung kann auch einem schlüssigen Verhalten des Schuldners zugerechnet werden.² Als Beispiel lässt sich der folgende Fall anführen: Die Parteien schließen einen Vorvertrag,³ durch den sie sich verpflichten, einen Kaufvertrag über eine Immobilie abzuschließen, wobei der Verkäufer zusätzlich die Verpflichtung übernimmt, bis zum Zeitpunkt der Übergabe die Immobilie zu renovieren. Kurz vor der vereinbarten Frist stellt sich aber heraus, dass der Verkäufer noch keine Vorbereitungsarbeiten vorgenommen hat oder dass er die Immobilie einem Dritten versprochen⁴ bzw. – wie es nach dem italienischen Recht der Fall sein kann – sogar verkauft hat.⁵

Vor dem Leistungszeitpunkt können auch weitere, vom Verhalten des Schuldners unabhängige Probleme entstehen, die die Nichterfüllung bei Fälligkeit wahrscheinlich machen. Ein Unternehmen wird z.B. durch einen Kommissionsvertrag beauftragt, innerhalb von einem Jahr eine bestimmte Zahl von Staubsaugern für einen Kommittenten zu verkaufen. Nach den ersten sechs Monaten stellt sich aber heraus, dass es, beispielweise wegen einer Konjunkturkrise, nur eine sehr geringe Stückzahl verkauft hat,

¹ Im englischen Recht stellt die Erfüllungsverweigerung seit der Entscheidung im Fall *Hochster v. De La Tour* (1853) 2 El. & Bl. 679; 118 ER 922 (922 ff.) den typischen Fall des antizipierten Vertragsbruchs dar. Für die dogmatische Einordnung der Erfüllungsverweigerung nach dem italienischen Recht: *Alberto Venturelli, Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, 2013. Aus der deutschen Perspektive, *Hans G. Leser, Die Erfüllungsverweigerung, in Ius privatum gentium*, FS Rheinsteine, II, 1969, 643 (643 ff.).

² Zu den verschiedenen Erscheinungsformen der Erfüllungsverweigerung: *Leser* (Fn. 1) 643 (643 f.).

³ Der Vorvertrag ist insbesondere in denjenigen Rechtsordnungen von Bedeutung, in denen das Konsensprinzip gilt. Zum Vorvertrag, siehe *Dieter Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, 1965. Aus der italienischen Perspektive, *Giovanni Gabrielli, Il contratto preliminare*, 1970.

⁴ Siehe *Cass.*, 22.5.2015, Nr. 10546, *Corr. giur.* 2015, 1518 (1518 ff.) (*Corriere giuridico*).

⁵ Wurde der Vorvertrag nicht gem. Art. 2645 bis Cc in das Immobilienregister eingetragen, dann besteht die Gefahr, dass die gleiche Immobilie wirksam an einen Dritten weiterverkauft wird.

so dass es offensichtlich ist, dass er innerhalb eines Jahres seine Verpflichtung nicht erfüllen wird.⁶

In allen erwähnten Fällen⁷ stellt sich die Frage, ob eine Nichterfüllung (bzw. Schlechterfüllung) vorliegen kann, obwohl die Leistung noch nicht fällig ist, und folglich, ob und wie der Gläubiger auf die Drohung einer Vertragsverletzung reagieren kann.⁸

III. Der Ausgangspunkt im *common law*

1. Die Wurzeln in den Rechtssystemen des *common law*

Die Frage, ob eine Nichterfüllung vor Fälligkeit möglich ist und, falls ja, welche Reaktionsmöglichkeiten des Gläubigers sie nach sich zieht, findet eine Antwort in der Lehre des sog. „antizipierten Vertragsbruches“, die sich im englischen Recht im 19. Jahrhundert herausgebildet hat.⁹

Den „*leading case*“ stellt nach h.M. der *Hochster v. De La Tour*-Fall aus dem Jahr 1865 dar, obwohl einige der Ansicht sind, dass eine Anwendung der Lehre schon in den sog. „*self-disablement*“-Fällen¹⁰ zu finden sei.¹¹ Seit ungefähr zwei Jahrhunderten besteht also in den angloamerikanischen Rechtssystemen die Überzeugung, dass eine Verletzung des Vertrages auch vor Fälligkeit eintreten kann.

Das Rechtsinstitut des „antizipierten Vertragsbruches“, das heute auch im „positiven“ Recht geregelt ist (vgl. §§ 2-610 U.C.C., §§ 118 ff. „*Restatement [First] of Contracts*“, §§ 2-250 „*Restatement [Second] of Contracts*“), umfasst genauer zwei verschiedene Fälle: Diejenigen, in denen der Schuldner die Erbringung der Leistung explizit verweigert („*explicit repudiation*“) und diejenigen, in denen nur eine implizite

⁶ Ein ähnlicher Fall wurde von *Cass.*, 10.12.1986, Nr. 7318, Rep. Foro it. 1986 *Obbligazioni in genere* Nr. 12 (Repertorio del Foro italiano) entschieden.

⁷ Ähnliche Fälle könnten heute auch im Bereich der digitalen Welt (insbesondere bei bestimmten Vertragskonstellationen) denkbar sein. S. auch dazu *Martin Schmidt-Kessel/Malte Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, 2017.

⁸ Für die Problemstellung siehe, rechtsvergleichend, *Peter Huber*, Antizipierte Nichterfüllung, in Jürgen Basedow/Klaus Jürgen Hopt/Reinhard Zimmermann, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, I, 2009, 76 (76 ff.); *Heinz Weidt*, Antizipierter Vertragsbruch, 2008. In italienischer Sprache: *Venturelli* (Fn. 1); *Vincenzo Putorti*, Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto, 2008; *Matteo Dellacasa*, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, Riv. dir. priv. 2007, 553 (553 ff.) (Rivista di diritto privato); *Michele Della Chiesa*, La risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica, in Paolo Pardolesi, Seminari di diritto privato comparato, 2011, 389 (389 ff.).

⁹ Die englische Literatur zu Thema ist umfangreich. Siehe, zuletzt, *Qiao Liu*, Anticipatory Breach, 2011.

¹⁰ *Ford v. Tiley* (1827) 6 B & C 325; 108 ER 472 (472 ff.); *Short v. Stone* (1846) 8 QB 358; 115 ER 911 (911 ff.).

¹¹ Zu diesem Punkt, *Weidt* (Fn. 8) 52 ff.

Erfüllungsverweigerung besteht („*implicit repudiation*“).¹² Ferner werden als antizipierter Vertragsbruch zum Teil auch die Fälle der verursachten Unmöglichkeit betrachtet.¹³

Besteht ein Vertragsbruch in einer der erwähnten Formen bereits vor Fälligkeit, dann ist die vorzeitige Aufhebung des Vertrages und die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches seitens der „*innocent party*“ möglich. Das „positive“ Recht gibt dann der Partei, die eine künftige Verletzung seitens der anderen befürchtet, noch die Möglichkeit die Erbringung der eigenen Leistung auszusetzen (§ 2-609 U.C.C.).

2. Die Gründe der Verbreitung der Rechtsfigur. Die möglichen „dogmatischen“ Konstruktionen

In der Tat gibt es in den Rechtssystemen des *common law* keine Einigkeit über die genaue Einordnung der Rechtsfigur des vorweggenommenen Vertragsbruches.

Einige Autoren und Richter haben z.B. versucht, den „*anticipatory breach*“ durch das sog. „*offer and acceptance*“-Modell zu erklären.¹⁴ Habe eine der Vertragsparteien die Erfüllung der eigenen Leistung verweigert, so sei diese Verweigerung als Angebot zum Abschluss eines sog. Aufhebungsvertrages anzusehen. Die andere Partei stehe folglich vor einer Alternative: Sie könne die Verweigerung (d.h. das Angebot zum Abschluss des Aufhebungsvertrages) entweder ablehnen oder annehmen.

Andere sind dagegen der Ansicht, dass eine solche Begründung auf einer Fiktion beruhe.¹⁵ Die Aufhebung des Vertrages wegen eines antizipierten Vertragsbruches setze keine Vereinbarung der Parteien voraus. Vielmehr sei der Grund der Aufhebung vor Fälligkeit in einer aktuellen Verletzung einer schon bestehenden Pflicht zu sehen (sog. „*present-breach*“-Theorie),¹⁶ deren Rechtsnatur allerdings bislang umstritten ist.¹⁷

¹² Für die Kasuistik: *Hochster v. De La Tour* (1853) 2 El. & Bl. 679; 118 ER 922 (922 ff.); *Avery v. Bowden* (1855) 5 El & Bl 714; 119 ER 647 (647 ff.); *Frost v. Knight* (1872) LR 7 Ex 111 (11 ff.); *Bradley and Others v. H. Newsom, Sons & Company* (1919) AC 16 (16 ff.); *Heyman v. Darwins Ltd* (1942) AC, 356 (356 ff.); *Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati* (1957) 2 QB 401 (401 ff.); *Denmark Productions v. Boscobel Productions* (1969) 1 QB 699 (699 ff.); *Woodar Investment Development Ltd v. Wimpey Construction UK Ltd* (1980) 1 WLR 277 (277 ff.).

¹³ Vgl. *Hochster v. De La Tour* (1853) 2 El. & Bl. 679; 118 ER 922 (922 ff.); *Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati* (1957) 2 QB, 401 (401 ff.); *Heyman v. Darwins Ltd.* (1942) AC, 356 (356 ff.).

¹⁴ *Bradley and Others v. H. Newsom, Sons & Company* (1919) AC 16 (16 ff.); *Denmark Productions v. Boscobel Productions* (1969) 1 QB 699 (699 ff.).

¹⁵ Kritisch, z.B., *John W. Carter*, *Breach of Contract*, 2. Aufl., 1991, 223, § 719.

¹⁶ *Maredelanto Compania Naviera SA v. Bergbau-Handel GmbH (The Mihalis Angelos)* (1971) 1 QB 164 (164 ff.). In der Lehre: *Jack Beatson*, *Anson's Law of Contract*, 28. Aufl., 2002, 573.

¹⁷ Dazu *Beatson* (Fn. 16) 571 f.; *Henry W. Ballantine*, *Anticipatory Breach and the Enforcement of Contractual Duties*, Mich. L. Rev. (22) 1923-24, 329 (341) (Michigan Law Review); *Roy Goode*, *Commercial Law*, 3. Aufl., 2004, 126; *Herbert R. Limburg*, *Anticipatory Repudiation of Contracts*, Cornell

Unbeschadet der Erklärungsprobleme stehen aber in den Rechtssystemen des *common law* der Einordnung der Figur des antizipierten Vertragsbruchs sowie der Anerkennung der Möglichkeit einer vorzeitigen Vertragsaufhebung keine weiteren Hindernisse, z.B. der Grundsatz der Naturalerfüllung,¹⁸ entgegen: Anders als in den Rechtsordnungen des *civil law* hat nämlich im angloamerikanischen Rechtskreis die sog. „*specific performance*“ Ausnahmecharakter, da sie nur im „*equity*“-Bereich und unter strengen Voraussetzungen vorgesehen ist.¹⁹ Daher ist der Gläubiger im Fall der Vertragsverletzung nicht berechtigt bzw. verpflichtet, zuerst die Erfüllung in Natur zu verlangen. Dagegen kann er, neben der Vertragsaufhebung, „nur“ Schadensersatz geltend machen. Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zur Aufhebung ist diesbezüglich in den – generell nicht kodifizierten – Rechtsordnungen des *common law* nicht erforderlich. Im Bewusstsein, grundsätzlich nicht zur Erfüllung verurteilt werden zu können, wird der Schuldner seinerseits sogar darin bestärkt, die eigene Leistung nicht zu erbringen, wenn dies nicht mehr billig erscheint: Leistet er nicht, geht er grundsätzlich „nur“ das Risiko ein, dem anderen Teil Schadensersatz leisten zu müssen.

Die Idee eines bereits vor Fälligkeit auszuübenden Rechts zur Aufhebung des Vertrages hat letzters in der sog. „*efficient breach theory*“ einen fruchtbaren Boden gefunden.²⁰ Nach der erwähnten Lehre, die von den Vertretern der ökonomischen Analyse des Rechts entwickelt worden ist und zu einer Stärkung des sog. „*remedy approach*“ im Bereich des Vertragsrechts geführt hat, soll ein Vertragsbruch als effizient angesehen werden und daher gefördert werden, wenn er für die vertragsbrüchige Partei „einen Vorteil bringt, der grösser ist als der Nachteil, den der Gläubiger“ – bzw. die andere Partei – „aus der Nichterfüllung erleidet“.²¹ Nach einer „effizienten“ Verletzung des Vertrages darf keine Erfüllung der Leistung mehr verlangt werden: Der Vertrag wird aufgehoben und die Partei durch Zahlung des Schadensersatzes von ihrem Versprechen

L.Q. (10) 1924-25, 135 (140 f.) (Cornell Law Review); Dawson, Metaphors and Anticipatory Breach of Contract, Camb. L.J. (40) 1981, 83 (100) (The Cambridge Law Journal).

¹⁸ Dazu Thomas Riehm, Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015.

¹⁹ Salvatore Mazzamuto/Armando Plaia, I rimedi nel diritto privato europeo, 2012, 14; Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., 1996, 184 ff., 467 ff.

²⁰ Für die Theorie der effizienten Vertragsverletzung, Richard A. Posner, The Economic Analysis of Law, 3. Aufl., 1986, 105 ff. Als Begründer der Theorie gilt Oliver W. Holmes Jr., The Common Law, 1881, neue Auflage in 2004, 184.

²¹ Johannes Cziupka, Dispositives Vertragsrecht: Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster, 2010, 344.

befreit. Der bindende Charakter des Vertrages wird folglich stark beeinträchtigt,²² da jede Partei die Wahl hat, den Vertrag entweder zu erfüllen oder – soweit dies dem Effizienzprinzip entspricht – ihn aufzuheben und statt der Erfüllung Schadensersatz zu leisten.

IV. Die Entwicklung auf dem Kontinent

1. Die Schwierigkeiten der Begründung des antizipierten Vertragsbruchs

Die in den *common law* Rechtssystemen herausgebildete Lehre des „*anticipatory breach of contract*“ hat sich im Laufe der Zeit auch in den Rechtsordnungen des *civil law* verbreitet. Obwohl hier das Problem des antizipierten Vertragsbruchs insbesondere während der letzten ökonomischen Krise aktuell geworden ist, haben sich tatsächlich mit der Frage der Vorstellbarkeit einer Vertragsverletzung vor Fälligkeit schon am Ende des 19. Jahrhunderts sowohl die Rechtsprechung als auch das Schrifttum beschäftigt.²³

Die Anerkennung der entsprechenden Rechtsbehelfe bereitete aber von Beginn an beim Fehlen einer expliziten Regelung viele dogmatische Schwierigkeiten, die vor allem in der Struktur der Rechtsordnungen des *civil law* bzw. den Prinzipien, die diesen immanent sind, gründen.

Im Unterschied zu den Rechtssystemen des *common law*, wo beim Fehlen eines kodifizierten Rechts und einer zentral organisierten Normenkontrolle²⁴ die Rechtsbehelfe immer dann von den Richtern geschaffen bzw. gewährt werden können, wenn die Praxis- bzw. die Effizienzbedürfnisse dies erfordern²⁵, ist den kontinentalen Rechtsordnungen der sog. *remedy approach* (mindestens im traditionellen Verständnis) fremd.²⁶ Die Beimessung eines Behelfs seitens der an das Gesetz gebundenen Richter darf folglich der (gesetzlichen) Anerkennung des Rechts (und seiner konkreten Verletzung) nicht vorgehen.²⁷ Auch Effizienzgedanken spielen auf dem Kontinent, wo die ökonomische

²² Vincenzo Mannino, *Questioni di diritto*, 2007, 321; Mazzamuto/Plaia (Fn. 19) 5; Vincenzo Roppo, *Il contratto del duemila*, 3. Aufl., 2011, 31.

²³ Für die Entwicklung im deutschen Rechtssystem: Weidt (Fn. 8) 78 ff.; P. Huber (Fn. 8) 76 (76 f.). Die wichtigsten Entscheidungen der italienischen Rechtsprechung in: Alberto Venturelli, *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, 2013, 71 ff.

²⁴ In den *common law* Rechtssystemen erfolgt die Normenkontrolle konkret. Dies erhöht die Kreativität der Gerichte. S. dazu Ugo Mattei, *I rimedi*, in Guido Alpa/Michele Graziadei/Attilio Guarneri/Ugo Mattei/Pier Giuseppe Monateri/Rodolfo Sacco, *La parte generale del diritto civile*, II, in Rodolfo Sacco, *Trattato di diritto civile*, 2001, 105 (123).

²⁵ Francesco Astone, *Anticipatory breach e termini di pagamento della parte non inadempiente, tra clausole generali e interpretazione letterale del contratto*, *Corr. giur.* 2015, 1524 (1524, Fn. 11).

²⁶ Dazu Mattei (Fn. 24) 123.

²⁷ Mazzamuto/Plaia (Fn. 19) 1 ff., 2 Fn. 2.

Analyse des Rechtes bislang nur eine beschränkte Akzeptanz gefunden hat, bei der Anerkennung des Rechtsbehelfs der vorzeitigen Aufhebung des Vertrages keine oder kaum eine Rolle.²⁸

Ein weiteres Hindernis zur Begründung eines Rechts zur Aufhebung des Vertrags vor Fälligkeit besteht in dem erwähnten Grundsatz des Primats der Naturalerfüllung.²⁹ Nach dem erwähnten Prinzip ist der Gläubiger nämlich berechtigt (bzw. sogar verpflichtet, vgl. §§ 323 Abs. 1, 437 Nr. 1 und § 439 BGB; Artt. 1453 ff. des italienischen Cc), zunächst die Erfüllung der Leistung vom Schuldner zu fordern und nur dann, wenn diese nicht mehr möglich ist (vgl., z.B., Artt. 1218 und 1256 Cc³⁰) oder erfolglos eine Nachfrist gesetzt worden ist bzw. diese entbehrlich ist (vgl. z.B. § 323 Abs. 1 und Abs. 2 BGB), den Vertrag aufzuheben. Das Bewusstsein, zur Erfüllung verurteilt werden zu können, hält den Schuldner normalerweise von der Nichterfüllung ab. Selbst wenn diese vorteilhaft und effizient erscheint und der Schuldner sich deswegen „entscheidet“, nicht zu leisten, darf aber der Gläubiger diese Entscheidung nicht einfach „annehmen“ und sich ohne weiteres mit dem Schadensersatz begnügen.

Die Subsidiarität des Rechtsbehelfs der Vertragsaufhebung ist ferner, insbesondere in den französisch geprägten Rechtsordnungen, durch den Grundsatz verstärkt, nach dem der Vertrag Gesetzeskraft hat und folglich nur in den ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmefällen aufgehoben werden darf (vgl. Artt. 1103 und 1193 des französischen *Code civil* und Art. 1372 des italienischen Cc³¹). Fehlt eine Vorschrift, die die vorzeitige Aufhebung des Vertrages im Fall einer antizipierten Vertragsverletzung bzw. einer bloßen Gefahr der Nichterfüllung vorsieht, dann ist der genannte Rechtsbehelf ausgeschlossen und die Parteien sollen an den Vertrag gebunden bleiben. Auch die Möglichkeit, im konkreten Fall einen Aufhebungsvertrag anzuerkennen, ist dadurch

²⁸ Gegen die Vereinbarkeit der Theorie über die „effiziente Vertragsverletzung“ mit den Grundstrukturen des italienischen Rechts siehe, u.a.: *Vincenzo Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl., 2011, 500. Anders, *Giuseppe Clerico*, *Minaccia di inadempienza contrattuale, rinegoziazione e forme di risarcimento*, *Riv. cit. dir. priv.* 2004, 279 (280 Fn. 2) (*Rivista critica di diritto privato*). Zu den Effizienzgedanken und ihren Grenzen: *Horst Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 4. Aufl., 2015.

²⁹ Aus der deutschen Perspektive: *Peter Schlechtriem/Martin Schmidt-Kessel*, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2005, 224. Rechtsvergleichend: *Zweigert/Kötz* (Fn.19) 467 ff. Aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts, *Roberto Pardolesi*, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, *Quadr.* 1988, 76, (76 ff.) (*Quadrimestre*). Aus der Sicht des supranationalen Rechts: *Martin Schmidt-Kessel*, *The Right to Specific Performance Under the DCFR*, in *Gerhard Wagner*, *The Common Frame of Reference: A View from Law and Economics*, 2009, 69 (71 ff.). Zuletzt auch: *Riehm* (Fn. 18).

³⁰ Für das Verhältnis der Unmöglichkeit zum Grundsatz der Naturalerfüllung nach dem deutschen Recht, *Riehm* (Fn. 18) 494 f.

³¹ Dazu *Roppo* (Fn. 22) 31.

beschränkt, dass ein Vertrag grundsätzlich nur durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande kommt.³² Verweigert eine der Parteien die eigene Leistung zu erbringen, beruht ihre Willenserklärung oft auf der Überzeugung, dass sie keine Verpflichtung gegenüber der anderen Partei hat. Sie gibt also kein Angebot zum Abschluss eines Vertrages ab, der auf die Aufhebung eines bereits bestehenden und wirksamen Vertrags gerichtet ist. Folglich kann sie von der anderen Partei nicht im Wege der Aufhebungsklage bzw. Aufhebungserklärung angenommen werden.³³

2. Die Rezeption der Figur in den einzelnen Rechtsordnungen

a. Die durch gesetzliche Reformen eingeführten gesetzlichen Regel

Das Problem der Anerkennung der Figur des antizipierten Vertragsbruches und der Erarbeitung ihrer dogmatischen Grundlage wurde in einigen Rechtsordnungen zum Teil durch Reformen gelöst.³⁴

Eine entsprechende Vorschrift, die das Problem des antizipierten Vertragsbruches löst, wurde z.B. mit der Schuldrechtsreform von 2002 in das deutsche BGB aufgenommen.³⁵ So ist heute in § 323 Abs. 4 BGB vorgesehen, dass der Gläubiger schon vor Fälligkeit vom Vertrag zurücktreten kann, wenn es „offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden“.

Auch das slowenische *Obligacijski zakonik* gibt jeder Vertragspartei die Möglichkeit, sich im Fall der Offensichtlichkeit einer Nichterfüllung vom Vertrag zu lösen (Art. 107 OZ).³⁶

Ähnlich ausgestaltet ist § 62 des finnischen und schwedischen Kaufrechts. Die Aufhebung des Vertrages vor Fälligkeit kann allerdings nach der erwähnten Vorschrift vermieden werden, wenn ohne Verzögerung ausreichende Sicherheiten erbracht werden.

Eine vergleichbare Vorschrift wurde in das „neue“ niederländische *Burgerlijk Wetboek Boek v.* 1992 eingeführt. Im Art. 6:80 BW wird eine Reihe von Fällen aufgezählt, in denen die Folgen einer Nichterfüllung schon vor Fälligkeit eintreten

³² Zum Aufhebungsvertrag (oder “mutuo dissenso”), s. *Angelo Luminoso*, *Il mutuo dissenso*, 2015.

³³ *Fabrizio Piraino*, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, 2011, 223 Fn. 149.

³⁴ Für die Entwicklungen im europäischen Schuldrecht siehe *Reiner Schulze/Fryderyk Zoll*, *The Law of Obligations in Europe – A New Wave of Codifications*, 2013. Zur Aufzählung der Vorschriften über den antizipierten Vertragsbruch, s. *Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke/Hugh Beale/Johnny Herre/Jérôme Huet/Peter Schlechtriem/Matthias Storme/Stephen Swann/Paul Varul/Anna Veneziano/Fryderyk Zoll*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, 2009, DCFR Art. III – 3:504, 869 f.

³⁵ Eine Analyse der Entstehungsgeschichte der Norm nimmt *Weidt* (Fn. 8) 78 ff. vor.

³⁶ Siehe *Damjan Možina*, *Kršitev pogodbe*, 2006, 76 f., 170, 224, 269 ff., 316 f., 366 f.

können. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn: *a)* es sicher ist, dass der Schuldner nicht vertragsgemäß leisten wird; *b)* der Gläubiger aus einer Erklärung des Schuldners zu entnehmen hat, dass er seine Leistung nicht erbringen wird; *c)* derselbe gute Gründe zu der Annahme hat, dass der Schuldner nicht im Einklang mit seiner Verpflichtung erfüllen wird und dieser nicht innerhalb einer angemessenen vom Gläubiger festgesetzten Frist bestätigt, dass er bei Fälligkeit vertragsgemäß leisten wird. So wie nach § 62 des finnischen und schwedischen Kaufrechts steht also auch nach dem niederländischen Recht der Vertragspartei die Möglichkeit zu, der Aufhebung des Vertrages durch Bestätigung des Erfüllungswillens bzw. der Erfüllungsfähigkeit zu entgehen.

Die gleiche Möglichkeit ist in § 348 des slowakischen *Obchodný zákonník* vorgesehen. Nach dieser Vorschrift besteht die Möglichkeit, den Vertrag bereits vor Fälligkeit aufzuheben, wenn es sich aus dem Verhalten der Partei oder aus anderen Umständen ergibt, dass sie bei Fälligkeit mit Sicherheit eine wesentliche Vertragsverletzung begehen wird und sie trotz der Aufforderung der anderen Partei die erforderlichen Leistungen nicht ohne schuldhaftes Zögern erbringt. Die Vertragsaufhebung ist auch dann möglich, wenn eine der Parteien erklärt hat, sie werde nicht leisten.³⁷

Das Recht auf die vorzeitige Aufhebung des Vertrages im Falle der Offensichtlichkeit einer künftigen wesentlichen Vertragsverletzung ist ferner in § 117 des estnischen *Võlaõiguseadus* – VÕS vorgesehen. Auch die erwähnte Vorschrift regelt zusätzlich einen sog. „Mechanismus zur Klärung der Vertragstreue“. Die Partei, die eine Vertragsaufhebung beabsichtigt, soll also zunächst die andere Partei darüber informieren. Diese soll die Möglichkeit haben, ihre Leistungserbringung zu bestätigen bzw. Sicherheiten für die Leistung zu erbringen. In der Zwischenzeit darf die „vertragstreue“ Partei die Erfüllung der eigenen Leistung aussetzen. Erst wenn die Erfüllung innerhalb einer angemessenen Frist nicht „gesichert“ bzw. bestätigt wird, kann der Vertrag aufgehoben werden. Von der Aktivierung des beschriebenen Mechanismus darf nur im Fall einer vorzeitigen Erfüllungsverweigerung abgesehen werden.³⁸

Letztlich wurde eine entsprechende Norm über den antizipierten Vertragsbruch auch im ungarischen Recht eingeführt. § 6:151 des reformierten *Polgári törvénykönyv* –

³⁷ Vgl. § 348 des tschechischen Handelsgesetzbuchs. Dieses wurde zwar im Jahr 2012 reformiert, durch die Reform ist aber ein Großteil der zuvor im Handelsgesetzbuch enthaltenen Vorschriften in das neue Zivilgesetzbuch eingeflossen.

³⁸ Vgl. Art. 72 Abs. 3 CISG. Zum sog. „Mechanismus zur Klärung der Vertragstreue“, s. *Weidt* (Fn. 8) 142.

Ptk gibt der vertragstreuen Partei die Möglichkeit, schon vor Fälligkeit alle Rechtsbehelfe wegen Nicht- oder Schlechterfüllung auszuschöpfen. Vorausgesetzt wird auch nach dieser Vorschrift die Offensichtlichkeit, dass die Gegenleistung nicht vertragsgemäß erbracht wird.

b. Der Beitrag der richterlichen Rechtsfortbildung

Trotz der dargestellten Entwicklung, gibt es aber auch Rechtsordnungen, in denen das Problem des antizipierten Vertragsbruchs noch nicht gesetzlich geregelt ist.

Im Gegensatz zur allgemeinen Entwicklung steht z.B. das französische Recht. In Frankreich war die Einführung einer Norm zum antizipierten Vertragsbruch zwar geplant (s. Art. 111 „*Avant-projet Terré*“ und Art. 169 „*Projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie*“ v. 2008), der Vorschlag wurde jedoch nicht im Rahmen der Reform v. 2016 (*Ordonnance* Nr. 2016-131 v. 10. Februar 2016³⁹) übernommen.⁴⁰ Das französische Gesetzbuch enthält also nach wie vor keine explizite Vorschrift, die dem Gläubiger eine vorzeitige Auflösung vom Vertrag erlaubt.⁴¹

Eine explizite Regelung der Rechtsfigur fehlt tatsächlich bis heute auch in anderen europäischen Rechtsordnungen (in denen aber in den vergangenen Jahren keine Reform des Schuldrechts verabschiedet wurde). Dies ist etwa in Italien der Fall. Hier ist die Möglichkeit einer vorzeitigen Aufhebung lediglich im Bereich des Werkvertrags vorgesehen (Artt. 1662 und 2224 Cc). Dagegen enthält das italienische Zivilgesetzbuch keine Norm, die ein allgemeines Recht zur vorzeitigen Vertragsaufhebung vorsieht, das unabhängig vom jeweiligen Vertragstyp stets ausgeübt werden kann, wenn feststeht, dass eine Nichterfüllung bei Fälligkeit eintreten wird.

Eine entsprechende Vorschrift, die die Vertragsaufhebung als allgemeinen Rechtsbehelf anerkennt, fehlt ferner im österreichischen ABGB, in der schweizerischen OR sowie im spanischen *Código civil*.⁴²

³⁹ Über die Reform: *Solene Rowan*, *The New French Law of Contract*, IC.L.Q. 2017, 805 (805 ff.) (*International & Comparative Law Quarterly*), verfügbar unter: eprints.lse.ac.uk/. Vgl. *Benedicte Fauvarque-Cosson*, *The French Contract Law Reform in a European Context*, *Elte Law Journal* 2014, 59 (59 ff.).

⁴⁰ Eigentlich fehlte eine Vorschrift über den antizipierten Vertragsbruch schon im „*Avant projet Catala*“.

⁴¹ Kritisch *Rowan*, IC.L.Q. 2017, 805 (805 ff.). Zum antizipierten Vertragsbruch vor der Reform: *Simon Whittaker*, *How does French Law Deal with Anticipatory Breaches of Contract?*, IC.L.Q. 1996, 662 (662 ff.); *Roger Houin*, *Some Comparative Aspects of the Law Relating to Sale of Goods*, IC.L.Q. Supplementary Publication Nr. 9 1964, 16 (27 f.); *Andrea Pinna*, *L'exception pour risque d'inexécution*, *Rev. trim. dr. civ.* 2003, 31 (33) (*Revue trimestrielle de droit civil*).

⁴² S. aber unten für die vorgesehenen Gesetzesänderungen.

Das Schweigen des Gesetzes bedeutet jedoch nicht, dass eine vorzeitige Aufhebung des Vertrages gänzlich ausgeschlossen bleibt. Trotz der Gesetzeslücke tendieren die Lehre und die Rechtsprechung dazu, ein dem vorweggenommenen Vertragsbruch entsprechendes Institut im Wege der Rechtsfortbildung in das System des Leistungsstörungenrechts einzubauen.⁴³

So stellt nach der h.M. die vorweggenommene Nichterfüllung im italienischen Recht eine Verletzung einer akzessorischen, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgenden, Pflicht dar. Aus der Annahme der komplexen Struktur des Schuldverhältnisses, die heute ein fester Bestandteil der Theorie des Obligationenrechts ist⁴⁴, folgt, dass der Schuldner nicht nur verpflichtet ist, die Hauptleistung zu erbringen. Er muss sich vielmehr in allen Leistungsphasen dem genannten Grundsatz entsprechend verhalten.⁴⁵ Daher kann schon vor dem Zeitpunkt, in dem der Schuldner zur Erfüllung der Hauptleistung verpflichtet ist, eine Verletzung einer aus Treu und Glauben sich ergebenden Pflicht bestehen.⁴⁶ Die Annahme einer vor dem Fälligkeitszeitpunkt der Hauptleistungspflicht erkennbaren Nichterfüllung einer solchen Pflicht hat weiter zur Folge, dass der Gläubiger den Vertrag bereits vor Fälligkeit aufheben⁴⁷ bzw. mithilfe anderer Rechtsbehelfe auf die Nichterfüllung reagieren kann.⁴⁸

Die zuletzt erwähnte dogmatische Erklärung ähnelt u.a. derjenigen, die sich in Deutschland vor der Schuldrechtsmodernisierung entwickelte. Entgegen der mehrfachen Versuche der Lehre, die richtige dogmatische Einordnung des antizipierten

⁴³ In Frankreich zur Anerkennung der Figur: *Pinna*, Rev. trim. dr. civ. 2003, 31 (33). Zu den verschiedenen Erklärungsmodellen in Italien, s., u.a.: *Venturelli* (Fn. 1); *Putortì* (Fn. 8); *Piraino* (Fn. 33) 218 ff.; *Giuseppe Amadio*, Inattuazione e risoluzione: la fattispecie, in Vincenzo Roppo, Trattato del contratto, V, Rimedi, 2, 2006, 88 (88 ff.).

⁴⁴ Über die komplexe Struktur des Schuldverhältnisses, siehe, rechtsvergleichend, die Beiträge von *Heinrich Stoll*, *Rocco Favale*, *Maria Feola*, *Antonio Procida Mirabelli di Lauro*, in *L'obbligazione come rapporto complesso*, 2016.

⁴⁵ Über den guten Glauben aus einer italienischen Perspektive: *Fabrizio Piraino*, *La buona fede in senso oggettivo*, 2015.

⁴⁶ *Cass.*, 21.12.2012, Nr. 23823, Contr. 2013, 553 (553 ff.) (I Contratti); *Giovanni Muraro*, L'inadempimento prima del termine, Riv. dir. civ. 1975, I, 248 (272, 278 f.) (Rivista di diritto civile); *Maria Giovanna Cubeddu*, L'importanza dell'inadempimento, 1995, 151 ff.; *Francesco Benatti*, La costituzione in mora del debitore, 1968, 163 ff., 166; *Umberto Breccia*, Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio, 1968, 97 f.; *Id.*, *Le obbligazioni*, 1991, 597.

⁴⁷ *Cass.*, 21.12.2012, Nr. 23823, Contr. 2013, 553 (553 ff.). Im Schrifttum: *Muraro*, Riv. dir. civ. 1975, I, 248 (278 f.); *Cubeddu* (Fn. 46) 151 ff.; *Benatti* (Fn. 46) 164; *Amadio* (Fn. 43), 88 (88 ff., 90).

⁴⁸ Wie der italienische Kassationshof entschieden hat, könnte beispielweise die vertragstreue Partei eines Vorvertrages ein Urteil gem. Art. 2932 Cc erwirken, welches die Wirkung des nicht abgeschlossenen Vertrages erzeugt. So *Cass.*, 22.5.2015, Nr. 10546 Corr. Giur. 2015, 1518 (1518 ff.). Kritisch aber *Alberto Venturelli*, Principio di buona fede e inadempimento "anticipato", Pers. merc. 2017, 89 (92 ff.). Für die Möglichkeit der Erhebung der Unterlassungsklage im Fall eines nicht vertragsgemäßen Verhaltens des Schuldners: *Lucilla Gatt*, La tutela inibitoria del diritto al contratto, in Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, III, 2006, 269 (304 f.).

Vertragsbruches zu finden,⁴⁹ fasste insbesondere die deutsche Rechtsprechung das Institut unter den Tatbestand der sog. positiven Vertragsverletzung.⁵⁰ Der Schuldner wurde „als verpflichtet angesehen, den Vertrag zur Erfüllung offenzuhalten“⁵¹ und deswegen gegenüber der anderen Partei ein „vertragsgerechtes Verhalten“ zu zeigen.⁵² Eine vorzeitige explizite bzw. implizite Erfüllungsverweigerung seitens des Schuldners stellte daher eine Verletzung dieser „Leistungstreue-“, bzw. „Mitwirkungspflicht“⁵³ dar und „machte für den Gläubiger eine weitere Bindung an den Vertrag unzumutbar“.⁵⁴

Ferner wird auch in der Schweiz die bereits vor Fälligkeit abgegebene eindeutige Erklärung des Schuldners, nicht erfüllen zu wollen, „als Unterart der positiven Vertragsverletzung“ verstanden.⁵⁵

c. Die Bedeutung einer expliziten Regelung: Die Reformbestrebungen

Man könnte sogar bezweifeln, dass das Bestehen einer expliziten Vorschrift zur Regelung des antizipierten Vertragsbruches notwendig ist, um dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, sich vom Vertrag vor Fälligkeit zu lösen. Ein an die Verletzung einer akzessorischen Leistungstreue- bzw. Mitwirkungspflicht anknüpfendes Aufhebungsrecht des Gläubigers bereits vor Fälligkeit wurde und wird auch in den Rechtsordnungen anerkannt, die keine ausdrückliche Norm über die vorweggenommene Vertragsverletzung kannten bzw. kennen.

⁴⁹ Vgl. *Leser* (Fn. 1) 643 (653) (nach dem die Erfüllungsverweigerung eine Verletzung *sui generis* der Hauptleistungspflicht darstelle); *Paul Fritz*, Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners, AcP 1934, 211 (212 ff.) (nach dem die Fälle, in denen die künftige Nichterfüllung sicher ist, einer endgültigen Nichterfüllung gleichgestellt werden sollen; vgl. *Horst Heinrich Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, 49 ff., 50; *Fritz Westhelle*, Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung, 1978, 67 ff.); *U. Huber*, Leistungsstörungen, I, in Joachim Gernhuber, Handbuch des Schuldrechts, IX, 2, 1999, 574 (demzufolge die vorzeitige Erfüllungsverweigerung eine selbständige, durch Gewohnheitsrecht erzeugte Vertragsverletzung darstellt). Für die rechtliche Irrelevanz der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung, *Wolfgang Schünemann*, Die positive Vertragsverletzung – ein offenes Problem?, JuS 1987, 1 (6 f.).

⁵⁰ *Hermann Staub*, Die positiven Vertragsverletzungen, 1904; *Joachim Gernhuber*, Die endgültige Erfüllungsverweigerung, in FS Medicus 145 (149); *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, 365 f. In der Rechtsprechung, vgl. *BGH*, 20.1.1969 – VII ZR 79/66, MDR 1969, 385 (385, Nr. 32); *Id.*, 10.12.1975 – VIII ZR 201/74, WM 1976, 76 (76); JR 1976, 283 (283); *Id.*, 21.3.1974 – VII ZR 21/72, NJW 1974, 1080 (1080 f.). Kritisch aber: *Leser* (Fn. 1) 643 (653); *Josef Esser/ Eike Schmidt*, Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil, 25. Aufl., 1976, 79 f.; *Uwe Hüffer*, Der Kieslieferungsvertrag, JuS 1970 454 (457); *U. Huber* (Fn. 49) 579; *Gunther Teubner*, Gegenseitige Vertragsuntreue, 1975, 52 f.

⁵¹ *Weidt* (Fn. 8) 112, 114.

⁵² *Larenz* (Fn. 50) 365 f.

⁵³ *Gernhuber* (Fn. 50) 145 (149) spricht von einer „*Leistungstreuepflicht*“, Siehe auch *Larenz* (Fn. 50) 365 f.; *Gunther Köpcke*, Typen der positiven Vertragsverletzung, 1965, 73 ff., nach dem die Verweigerung der Erfüllung die Verletzung einer „*Mitwirkungspflicht*“ darstellt.

⁵⁴ *Weidt* (Fn. 8) 108.

⁵⁵ *Peter Gauch/Walter R. Schleup*, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, II, 9. Aufl. 2008, 103 f., Rn. 2651.

Es ist aber gleichzeitig zu beobachten, dass die Anerkennung eines antizipierten Aufhebungsrechts außerhalb der ausdrücklich vorgesehenen Fälle (s. z.B. die bereits erwähnten Artt. 1662 und 2224 Cc) die Erzwingbarkeit der verletzten Pflicht voraussetzt, die aber insbesondere bezüglich der hauptleistungsbezogenen Vorbereitungspflichten umstritten ist.⁵⁶

Man kann daher behaupten, dass das Bestehen einer spezifischen Norm, die die Gefährdung der Erfüllung bzw. die Offensichtlichkeit der künftigen Vertragsverletzung als autonomen Störungstatbestand vorsieht, dem umfassenden Schutz der Interessen der vertragstreuen Partei dient; insbesondere weil sie auch Fälle umfasst, die keine Verletzung einer autonom erzwingbaren Pflicht voraussetzen (vgl. etwa den im Par. 2 erwähnten Staubsaugerfall).

Auf der Grundlage dessen wäre die Einführung einer mit den oben erwähnten Vorschriften vergleichbaren Norm auch in die Rechtsordnungen, die sie noch nicht kennen, sinnvoll, um so die Effektivität des Rechtsschutzes zu verstärken.⁵⁷

Anders als in Italien, wo die Reformbestrebungen nur vereinzelt unterstützt werden, hat in anderen Rechtsordnungen das Bewusstsein der Zweckmäßigkeit einer spezifischen Regelung über den antizipierten Vertragsbruch dazu geführt, dass entsprechende Gesetzesänderungsentwürfe erarbeitet wurden. Dies war etwa in Frankreich der Fall, wobei sich der Gesetzgeber hier schließlich entschieden hat, den antizipierten Vertragsbruch nicht durch das positive Recht zu regeln.

Die Einführung einer Vorschrift über die antizipierte Vertragsaufhebung wird auch in Spanien angestrebt, wo die Normierung der Figur der „*incumplimento previsible o anticipado*“ in dem Vorschlag für die Modernisierung des Schuld- und Vertragsrechts⁵⁸ explizit vorgesehen ist. Insbesondere sollte nach dem Vorschlag das Aufhebungsrecht dem Gläubiger immer dann zustehen, wenn eine offensichtliche Gefahr besteht, dass der Schuldner eine wesentliche Nichterfüllung begehen wird und er nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist leistet bzw. angemessene Sicherheiten erbringt (so Art. 1200 Abs. 2 *Código civil*). Die Fristsetzung ist nach der vorgeschlagenen Vorschrift nur dann entbehrlich, wenn der Schuldner bereits erklärt hat, dass er nicht leisten wird (Abs. 3). Bis heute wurde in Spanien, trotz der Reformbestrebungen, zwar keine Gesetzesänderung

⁵⁶ Benatti (Fn.46) 166.

⁵⁷ Für die Reformbedürftigkeit, Fabio Padovini, *L'inadempimento anticipato*, in Guido Alpa/Emanuela Navarretta, *Crisi finanziari e categorie civilistiche*, 2015, 95 (95 ff.).

⁵⁸ *Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Comisión General de Codificación, Sección de Derecho civil, ed. Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, Madrid, 2009.

beschlossen. Es ist aber interessanterweise zu einer gerichtlichen „Umsetzung“ der vorgeschlagenen Regelung gekommen. So hat der *Tribunal Supremo* in einigen seiner jüngsten Entscheidungen⁵⁹ dem Gläubiger ein antizipiertes Aufhebungsrecht anerkannt, welches – so der TS – u.a. in den Grundregeln des einheitlichen Rechts sowie in dem Reformvorschlag v. 2009 vorgesehen sei.⁶⁰

Endlich sieht auch der schweizerische akademische „Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil“ – „Schweizer Obligationenrecht 2020“ eine Vorschrift vor, die sich der Rechtsfigur der vorweggenommenen Nichterfüllung widmet. Dem Normvorschlag nach soll dem Gläubiger das Recht zustehen, den Vertrag auch dann aufzuheben, „wenn schon vor dem Zeitpunkt, zu dem der Schuldner leisten muss, offensichtlich ist, dass dieser seine Pflicht in einer Weise verletzen wird, welche die Aufhebung des Vertrages rechtfertigt“ (Art. 132). Die Möglichkeit für die Partei, bereits vor Fälligkeit vom Vertrag zurückzutreten, wird in der Tat trotz des Fehlens einer spezifischen Vorschrift schon heute anerkannt. Die Einführung einer expliziten Norm sollte aber einem höheren Grad an Rechtssicherheit dienen. Ob die vorgeschlagene Formulierung der im erwähnten Entwurf enthaltenen Norm, die (anders als der Entwurf des Art. 1200 Abs. 2 *Código civil*) ohne weiteres ein sofortiges Aufhebungsrecht vorsieht, dazu geeignet ist, bleibt allerdings zweifelhaft.

V. Das Einheitsrecht als Wegbereiter und Vorbild

1. Das Modell des UN-Kaufrechts

a. Die vorzeitige Aufhebung des Vertrages gem. Art. 72 CISG

Sowohl die geplanten bzw. in die reformierten nationalen Gesetzestexte eingeführten Vorschriften als auch die von der Lehre und Rechtsprechung vorgeschlagenen Lösungen orientieren sich am Muster des sog. Einheitskaufrechts.

Sie sind insbesondere Art. 72 CISG nachempfunden, demnach eine Partei die Aufhebung des Kaufvertrages erklären kann, wenn es schon „vor dem für die

⁵⁹ Vgl. TS, SS 9.7.2013, [EDJ 2013, 140045]; 18.7.2013 [EDJ 2013, 151692], 15.7.2013 [EDJ 2013, 140042], 26.2.2013 [EDJ 2013 101620].

⁶⁰ Siehe *Antonio Manuel Morales Moreno*, in *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, II, 2014, 1957 (1976 ff.).

Vertragserfüllung festgesetzten Zeitpunkt offensichtlich“ ist, dass die andere Partei „eine wesentliche Vertragsverletzung begehen wird“. ⁶¹

Die einheitsrechtliche Lösung ist allerdings durchdachter als einige der oben genannten. Ähnlich wie Art. 6:80 BW bzw. §§ 117 VÖS und § 348 des slowakischen Handelsgesetzbuch (vgl. auch Artt. 1662 und 2224 Cc sowie den Entwurf des Art. 1200 *Código civil*) sieht nämlich Art. 72 CISG einen „Mechanismus zur Klärung der Vertragstreue“⁶² vor: Wenn Zweifel an der künftigen Leistungsfähigkeit des Schuldners bestehen, es aber nicht völlig sicher ist, dass er nicht leisten wird, soll der Gläubiger, wenn er nicht mehr an der Erbringung der Leistung interessiert ist, seine Aufhebungsabsicht der anderen Partei zunächst anzeigen.⁶³ Die Anzeige dient einerseits dazu, „dem Schuldner zu ermöglichen, ausreichende Sicherheit zu leisten und so der Vertragsaufhebung zu entgehen“. ⁶⁴ Andererseits soll der im Art. 72 Abs. 2 CISG beschriebene Mechanismus dem Gläubiger gestatten, das Risiko einer unbegründeten Aufhebungserklärung zu umgehen.⁶⁵ Die Berücksichtigung der Interessen beider Parteien zeigt ein höheres Ausarbeitungsniveau der Norm, die bei einigen der oben erwähnten (z.T. nur geplanten) Vorschriften des nationalen Rechts – welche ein sofortiges Aufhebungsrecht vorsehen – dagegen fehlt.

Von der genannten Anzeigepflicht des Gläubigers, die mittlerweile mit dem Grundsatz des Vorrangs der Naturalerfüllung und der damit verbundenen Idee der Vertragsaufhebung als *extrema ratio* vereinbar ist,⁶⁶ werden allerdings auch einige Ausnahmen zugelassen.

Erstens ist dies der Fall, wenn die Ausübung der Anzeigepflicht zeitlich nicht möglich ist (Art. 72 Abs. 2 CISG). Nach der Lehre soll die Anzeige dann entbehrlich sein, „wenn der Erfüllungstermin kurz“ bevorsteht, „so dass der andere Teil ohnehin keine Gelegenheit mehr“ hat, „die Aufhebung durch Stellung ausreichender Sicherheiten

⁶¹ Zur Entstehungsgeschichte: *Peter Schlechtriem*, Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers, in Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf, 1985, 149 (149 ff.); *Id.*, Einheitliches UN-Kaufrecht, 1981, 88 f.; *Samuel K. Date-Bah*, The Convention on the International Sale of Goods from the Perspective of the Developing Countries, in *La vendita internazionale*, 1981, 23 (35 f.); *Trevor Bennett*, in Cesare Massimo Bianca/Michael Joachim Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, 1987, Art. 72, 525, (525 ff.).

⁶² *Weidt* (Fn. 8) 142.

⁶³ *Weidt* (Fn. 8) 142 f., 233 f.

⁶⁴ *Sarah Brunner/Christoph Hurni*, in Heinrich Honsell, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, 2. Aufl., 2010, CISG Art. 72 Rn. 1.

⁶⁵ *Angelo Vessicelli*, in Cesare Massimo Bianca, *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, CISG Art. 72, 286 (292) (Le nuove leggi civili e commentate); *P. Huber* (Fn. 8) 76; *Weidt* (Fn. 8) 111, 142 ff.

⁶⁶ *Marco Torsello/Aldo Frignani*, *Il contratto internazionale*, in Francesco Galgano, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 2010, 503 ff.; *P. Huber* (Fn. 8) 76 (78).

abzuwenden“. Die Unvernünftigkeit der Anzeige soll ihrer Nutzlosigkeit entsprechen. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn die Sicherheiten beispielweise „nicht gestellt werden“ können, oder sie nicht ausreichend sind, um einen drohenden Vertragsbruch auszugleichen.⁶⁷ Die Vorschrift des Art. 72 Abs. 2 CISG könne ferner in den Fällen der bereits eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung Anwendung finden.⁶⁸ Daher stehe sie nicht im Widerspruch zum Prinzip des Vorrangs der Naturalerfüllung, da dies seine Grenze in der bereits eingetretenen Unmöglichkeit finde (s., z.B., Art. 1218 Cc).⁶⁹

Ferner kann die Anzeige gem. Art. 72 Abs. 3 CISG unterlassen werden, wenn der Schuldner die Erfüllung bereits vor Fälligkeit „erklärt hat, daß“ er seine „Pflichten nicht erfüllen wird“⁷⁰ (vgl. § 117 VÖS und den vorgeschlagenen Art. 1200 *Código civil*). Die Auslegung des im Art. 72 Abs. 3 CISG benutzten Verbs „erklären“ („declare“, „déclaré“, „dichiarare“) bleibt umstritten. Nach einer Meinung bezieht sich die Norm auf alle Fälle, in denen der Schuldner sowohl durch explizite Erklärung als auch durch schlüssiges Verhalten die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert hat.⁷¹ Nach anderer Ansicht findet dagegen die genannte Vorschrift nur in den – eigentlich kaum vorstellbaren – Fällen Anwendung, in denen die Weigerung ausdrücklich erfolgt.⁷² Die Lösung entspricht dem Ausnahmecharakter der im Art. 72 Abs. 3 enthaltenen Norm. Trotzdem bleibt es fraglich, ob eine bloße – wenn auch explizite – Erklärung, nicht leisten zu wollen, die nicht mit dem Verhalten des Erklärenden übereinstimmt, genügt, um die für die vorzeitige Vertragsaufhebung notwendige Offensichtlichkeit der künftigen Nichterfüllung als erreicht anzusehen.⁷³ Nicht nachvollziehbar ist allerdings die vom Teil der italienischen

⁶⁷ Peter Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, 3. Aufl., 2005, 182.

⁶⁸ Vgl. Venturelli (Fn. 1) 276.

⁶⁹ Zum Anwendungsbereich der Norm: M. Gilbey Strub, The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries, in IC.L.Q 1989, 475 (475 ff.); Schlechtriem (Fn. 67) 182. Für eine „enge“ Auslegung: Rainer Hornung/Christiana Fountoulakis, in Peter Schlechtriem/Ingeborg H. Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Aufl. 2013, CISG Art. 72 Rn. 23; Vessichelli in Bianca, 1989, CISG Art. 72, 293; Michael G. Bridge, Issues Arising Under Articles 64, 72 and 73 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, J.L. & Com. 2005-2006, 405 (416) (Journal of Law and Commerce).

⁷⁰ Weidt (Fn. 8) 142 ff.

⁷¹ So: Brunner/Hurni, in Honsell, 2. Aufl. 2010, CISG Art. 72 Rn. 11; Peter Huber, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2016, CISG Art. 72 Rn. 14; Weidt (Fn. 8) 120; Dellacasa, Riv. dir. priv. 2007, 553 (561 f). Vgl. U. Huber (Fn. 49) 600. Zur Anwendung der Vorschrift nur auf die Fälle der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung: Putorti (Fn. 8) 228 Fn. 270; Weidt (Fn. 8) 120; U. Huber (Fn. 49) 589 f.

⁷² Vgl. Schlechtriem (Fn. 61) 157.

⁷³ S. Hornung/Fountoulakis, in Schlechtriem/Schwenzer, 6. Aufl. 2013, CISG Art. 72 Rn. 35 f.; Alberto Maria Benedetti, in Andrea D'Angelo/Vincenzo Roppo, Annuario del contratto 2013, 2014, 227 (227 ff.); Giuseppe Conte, L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti, Eur. e dir. priv. 1998, 463 (488 f.); Piraino (Fn. 33) 226.

Lehre vertretene Ansicht, dass nur die schriftliche Erklärung gem. 72 Abs. 3 CISG relevant sei.⁷⁴ Die schriftliche Form der Verweigerung, die als Voraussetzung des automatischen Verzugs eintritts nach Art. 1219 Abs. 2 Nr. 2 Cc vorgesehen ist, wird nämlich vom UN-Kaufrecht nicht ausdrücklich verlangt.

Zudem scheint die Anzeigepflicht auch bei Sukzessivlieferungsverträgen zu entfallen, wenn „die Nichterfüllung einer Teillieferung betreffenden Pflicht durch eine der Parteien der anderen triftigen Grund zur Annahme gibt, dass eine wesentliche Vertragsverletzung in Bezug auf künftige Teillieferungen zu erwarten ist“ (Art. 73 Abs. 2 CISG). Nach der Lehre wird hingegen angenommen, dass auch bei solchen Verträgen die Möglichkeit einer analogen Anwendung des Art. 72 Abs. 2 CISG besteht.⁷⁵ Folglich habe auch in dem bereits beschriebenen Fall der Schuldner die Möglichkeit, die Aufhebung durch die Erbringung einer Sicherheit zu vermeiden.⁷⁶

b. Die Aussetzung der Vertragserfüllung nach Art. 71 CISG

Die Aufhebung des Vertrages – nach oder ohne Ausübung der Anzeigepflicht – stellt allerdings nicht den einzigen Rechtsbehelf dar, der nach dem einheitlichen Kaufrecht im Fall einer antizipierten Vertragsverletzung erhoben werden kann. Wenn lediglich Bedenken hinsichtlich der künftigen Leistungserbringung bestehen, steht der vertragstreuen Partei gem. Art. 71 CISG zusätzlich das Recht zu, die Erfüllung des Vertrages (bzw. der eigenen Leistung) zunächst auszusetzen.

Ähnliche Vorschriften findet man grundsätzlich auch in den verschiedenen nationalen Gesetzestexten (vgl., z.B. § 321 BGB; Art. 102 OZ; 6:263 BW; § 111 Abs. 4 und § 117 Abs. 2 S. 2 VÖS; § 1052 ABGB; § 83 OR; Art. 1220 *Code civil*).⁷⁷

In der Tat wird das Aussetzungsrecht in einigen Rechtsordnungen nur dann anerkannt, wenn sich die Gefahr der Vertragsverletzung aus einer Vermögensverschlechterung ergibt. So ist es noch heute nach § 1052 ABGB.⁷⁸

Amadio (Fn.43) 88 ff. (90); *Benatti* (Fn.46) 163 f.; *Lina Bigliuzzi Geri*, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, 1971, 51 f.

⁷⁴ *Vessichelli*, in Bianca, 1989, CISG Art. 72, 294. Kritisch aber *Venturelli* (Fn. 1) 364 Fn. 176; *Conte*, *Eur. e dir. priv.* 1998, 463 (489).

⁷⁵ *Bridge*, J.L. & Com. 2005-2006, 405 (422). Kritisch zur Formulierung des Art. 73 Abs. 2 CISG: *Hornung/Fountoulakis*, in *Schlechtriem/Schwenzer*, 6. Aufl. 2013, CISG Art. 73 Rn. 24.

⁷⁶ *Venturelli* (Fn. 1) 299.

⁷⁷ Zur Entwicklung des Rechtsbehelfes: *Fabio Padovini*, *L'eccezione di pericolo di inadempimento (Unsicherheitseinrede)*, in Giorgio Cian, *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, 2004, 268 (268 ff.).

⁷⁸ *Silvia Dullinger*, *Bürgerliches Recht, II, Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2014, 31 Rn. 2/43.

Zahlungsunfähigkeit bzw. Verschlechterung der Vermögenslage stellt auch nach Art. 83 der schweizerischen OR nach wie vor die notwendige Voraussetzung für die Zurückhaltung der Leistung seitens der vertragstreuen Partei dar (keine entsprechende Änderung ist übrigens im obengenannten akademischen Entwurf einer Reform vorgesehen). Ähnlich ausgestaltet ist auch Art. 1461 Cc, der sich nur auf die Fälle einer Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners bezieht, die nach dem Vertragsschluss eingetreten ist (vgl. § 321 BGB a.F. sowie den Art. 73 des Haager Übereinkommens).⁷⁹

Trotzdem ist die Tendenz erkennbar, die obigen Vorschriften – unabhängig von ihren wörtlichen Formulierungen – weit auszulegen und so die Aussetzung auch dann zu ermöglichen, wenn die Gefahr der künftigen Nichterfüllung sich aus anderen, nicht unbedingt vermögensverbundenen Gründen ergibt.

Die Möglichkeit einer erweiterten Auslegung wird z.B. für Art. 1461 Cc vertreten. Dieser soll nach einer Ansicht immer dann Anwendung finden, wenn irgendeine Gefahr der zukünftigen Nichterfüllung entsteht.⁸⁰ Überdies könne die Einrede ferner auch dann erhoben werden, wenn die drohende Nichterfüllung zwar schon beim Vertragsschluss feststünde, sie aber erst in einem späteren Zeitpunkt offensichtlich werden würde⁸¹ (vgl. § 321 BGB; § 1052 ABGB⁸²). In der Literatur wird insbesondere die Ansicht vertreten, dass Art. 1461 Cc zusammen mit Art. 1460 Cc, der die Einrede der Nichterfüllung regelt, zu lesen sei und so der Anwendungsbereich erweitert werden könne.⁸³ Die weite Auslegung scheint dann einigen Autoren auch in Bezug auf die Formulierung des Art. 71 CISG sinnvoll zu sein.⁸⁴

Tatsächlich findet auch Art. 71 CISG, der zwar weiter als Art. 1461 Cc bzw. Art. 83 OR und § 1052 ABGB ausgestaltet ist, nicht auf jeden Fall Anwendung, wo die Gefahr besteht, dass die Gegenleistung nicht erbracht wird. Dagegen setzt die Vorschrift

⁷⁹ Für eine detaillierte Analyse des Aussetzungsrechtes nach dem italienischen Recht sowie rechtsvergleichend, *Fabio Addis*, Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti, 2013. Vgl. *Fabrizio Piraino*, Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 cod. civ., Osservatorio del diritto civile e commerciale 2015, 387 (393); *Gerardo Santini*, La sospensione e la risoluzione anticipate del contratto, in *La vendita internazionale*, 1981, 243 (243 f.).

⁸⁰ Zur Anwendung des Art. 1461 Cc auch im Fall einer Erfüllungsverweigerung, s. *Cass.*, 19.4.1996, Nr. 3713, *Foro it.* 1996 I, 2389 (2389 ff.) (Il *Foro italiano*).

⁸¹ So, trotz der Formulierung der Norm, *Cass.*, 15.5.2002, Nr. 7060 *Rep. Foro it.* 2003, *Contratto in genere*, Nr. 535. Kritisch aber *Rodolfo Sacco*/Giorgio *De Nova*, Il contratto, 2016, 1664.

⁸² *Dullinger* (Fn. 78) 33, Rn. 2/47.

⁸³ *Fabio Addis*, Le eccezioni dilatorie, in *Vincenzo Roppo*, Trattato del contratto, V, *Rimedi*, 2, 424 (430 ff.); *Bigliazzi Geri* (Fn. 73) 58. Zur Möglichkeit einer analogen Anwendung des Art. 82 OR, *Gauch/Schleup* (Fn. 55) Rn. 2209.

⁸⁴ Vgl. *Addis* (Fn. 83) 424 (424 ff.). Anders, aber: *Alberto Maria Benedetti*, *Le autodifese contrattuali*, 2011, 92 s.

voraus, dass die Gefahr der Nichterfüllung aus bestimmten Umständen zu entnehmen ist. So kann die Erfüllung nur dann ausgesetzt werden, wenn sich nach Vertragsabschluss herausstellt, dass die andere Partei ihre Pflichten oder einen wesentlichen Teil derselben nicht erfüllen wird „a) wegen eines schwerwiegenden Mangels ihrer Fähigkeit, den Vertrag zu erfüllen, oder ihrer Kreditwürdigkeit oder b) wegen ihres Verhaltens bei der Vorbereitung der Erfüllung oder bei der Erfüllung des Vertrages“ (Abs. 1).

Eine ähnliche Beschränkung des Anwendungsbereichs ergibt sich ferner aus § 321 BGB, der die Möglichkeit der Erhebung der Einrede auf die Fälle begrenzt, in denen nach dem Vertragsschluss „erkennbar wird, dass“ der „Anspruch auf die Gegenleistung *durch mangelnde Leistungsfähigkeit* des anderen Teils gefährdet wird“. Die Fälle der mangelnden Leistungswilligkeit bleiben also nach wie vor aus dem wörtlichen Anwendungsbereich der Norm ausgeschlossen.

Trotz der Formulierung der erwähnten Vorschriften neigen sowohl die Rechtsprechung als auch die Lehre diese weit auszulegen. Daher könne ein „Grund zur Zurückhaltung“ bzw. Aussetzung der Erfüllung der Leistung, beispielweise „auch die Ankündigung nicht leisten zu wollen“ sein.⁸⁵ Wie in den nächsten Paragraphen näher erklärt wird, entspricht die Lösung derjenigen, die von den Einheitsrechtstexten vorgeschlagen wird: Nach den in diesen enthaltenen Vorschriften scheint nämlich die Aussetzung des Vertrages immer möglich zu sein, wenn eine Gefahr der Nichterfüllung besteht, wobei der Grund der Gefahr irrelevant bleibt⁸⁶ (so auch der neue Art. 1220 *Code civil*).

2. Die Tendenzen der Rechtsentwicklung

Eine tiefere Analyse der in den Einheitsrechtsprojekten und -texten enthaltenen Vorschriften zeigt grundsätzlich, dass auch diese genauso wie das UN-Kaufrecht bzw. die bereits erwähnten Texte des nationalen Rechts insbesondere zwei Rechtsbehelfe gegen die Gefahr bzw. zur Absicherung der künftigen Nichterfüllung vorsehen.⁸⁷

Erstens wird der benachteiligten Partei das Recht gegeben, den Vertrag sofort aufzuheben.⁸⁸ So wird z.B. von Art. 9:304 PECL bestimmt, dass eine Vertragspartei den

⁸⁵ Für das UN-Kaufrecht, s. *Schlechtriem* (Fn. 61)151, 157 Fn. 17. Was das deutsche Recht betrifft, siehe: *Weidt* (Fn. 8) 162, 166. Siehe, bereits vor der Reform, die Vorschläge v. U. *Huber* (Fn. 49) 382 ff..

⁸⁶ Vgl. Artt. 9:201 e 8:105 PECL; 7.3.4. PICC; 3:401 Abs. 2, DCFR.

⁸⁷ So explizit *P. Huber*, *Anticipatory Breach*, in Jürgen Basedow/Klaus Jürgen Hopt/Reindard Zimmermann, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, I, 2012, 59 (60 ff.).

⁸⁸ *P. Huber* (Fn. 8) 76 (76).

Vertrag aufheben kann, wenn „schon vor dem Zeitpunkt, zu dem die“ andere „Partei zu leisten hat, offensichtlich“ ist, „daß es zu einer wesentlichen Vertragsverletzung durch diese Partei kommen wird“. Auch nach den Unidroit-Grundregeln kann eine Vertragspartei „den Vertrag aufheben“, wenn „vor dem Zeitpunkt, zu dem“ die andere „zu leisten hat“, die Offensichtlichkeit besteht, „dass es zu einer wesentlichen Nichterfüllung durch“ dieselbe Partei „kommen wird“ (s. Art. 7.3.3.). Ähnlich ausgestaltet ist Art. III.-3:504 DCFR, der dem Gläubiger das Recht gibt, den Vertrag bereits vor Fälligkeit aufzuheben, wenn *a)* der Schuldner erklärt hat, dass er nicht erfüllen wird oder *b)* auch unabhängig von einer solchen Erklärung feststeht, dass eine wesentliche Nichterfüllung eintreten wird.⁸⁹

Bedauerlich ist diesbezüglich die Tatsache, dass eine Vorschrift über die Möglichkeit einer antizipierten Vertragsaufhebung nicht in die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und zum Online-Handel⁹⁰ Eingang gefunden hat.⁹¹ Diese sehen eigentlich auch keine Norm zum zweiten Rechtsbehelf gegen die vorzeitige Vertragsverletzung vor, d.h. über das Recht der benachteiligten Partei, die eigene Leistung auszusetzen und gleichzeitig der anderen eine Frist für die Bestätigung der Leistungserbringung bzw. für die Sicherheitserbringung festzulegen.⁹²

Ein solches Recht wird dagegen von Art. 8:105 Abs. 1 PECL vorgesehen, nach dem „eine Partei, die vernünftigen Grund zu der Annahme hat, daß es zu einer wesentlichen Nichterfüllung durch die andere Partei kommen wird, [...] für die vertragsgemäße Erfüllung eine angemessene Sicherheit verlangen und inzwischen die Erfüllung ihrer eigenen Verpflichtungen zurückhalten“ kann, „solange die vernünftige Annahme fortbesteht“. Nach Art. 9:201 Abs. 2 PECL kann dann die Partei, „ihre Leistung solange zurückbehalten, wie klar ist, daß die andere Partei bei Fälligkeit ihrer Leistung diese nicht erfüllen wird“.

Eine vergleichbare Möglichkeit besteht noch gem. Art. 7.3.4. PICC, nach dem „eine Partei, die vernünftigen Grund zur Annahme hat, dass es zu einer wesentlichen Nichterfüllung durch die andere Partei kommen wird, [...] für die ordentliche Erfüllung

⁸⁹ Ein sofortiges Beendigungsrecht wurde auch von den Artt. 116 und 136 des Entwurfes für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – CESL sowohl zugunsten des Käufers als auch zugunsten des Verkäufers vorgesehen.

⁹⁰ KOM(2015) 634 endg. und KOM (2015) 635 endg. Mehr dazu, *Martin Schmidt-Kessel/Katharina Erler/Anna Grimm/Malte Kramme*, Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel, I, II, GPR 2016, 2 (2 ff.), 54 (54 ff.).

⁹¹ Dagegen, enthielt die CESL zwei Vorschriften, die das vorzeitige Aufhebungsrecht dem Käufer und dem Verkäufer zusprachen (Artt. 116 und 136 CESL).

⁹² *P. Huber* (Fn. 8) 76, (76).

eine angemessene Sicherheit fordern und bis dahin ihre eigene Leistung zurückhalten“ kann. Nur wenn „die Sicherheit nicht binnen angemessener Frist gestellt“ wird, „kann die Partei, die sie fordert, den Vertrag aufheben“.

Ferner kann auch gem. Art. III-3:401 Abs. 2 DCFR der vorleistungspflichtige Gläubiger die eigene Leistung aussetzen bzw. zurückbehalten solange die Überzeugung, dass die Nichterfüllung bei Fälligkeit eintreten wird, fortbesteht. Das Aussetzung- bzw. Zurückbehaltungsrecht entfällt, sobald angemessene Sicherheiten erbracht werden.⁹³ Erbringt der Schuldner die notwendige Gewähr nicht, kann der Gläubiger mit einer Aufhebung des Vertrages reagieren. Die Regel dient, wie bereits im Zusammenhang mit Art. 72 Abs. 2 CISG dargestellt wurde, einer ausgeglichenen Wahrung der Interessen beider Parteien: einerseits den des Schuldners, der durch die Leistung ausreichender Sicherheit der Vertragsaufhebung entgehen kann, und andererseits den des Gläubigers, für den das Recht auf Sicherheitsleistung die Gefahr einer unbegründeten Aufhebungserklärung minimieren soll.⁹⁴ Im Fall des Ausbleibens der Gewähr kann er vom Vertrag zurücktreten, ohne das Risiko einzugehen, später Schadensersatz wegen unberechtigter Vertragsaufhebung leisten zu müssen.

Das Aufhebungsrecht als Folge der mangelnden Reaktion seitens des Schuldners wird in einigen Fällen explizit vorgesehen. Zu denken ist etwa an die Unidroit-Grundregeln und an die in PECL enthaltenen Vorschriften (Art. 7.3.4 PICC und Art. 8:105 Abs. 2 PECL). Im DCFR ergibt sich das Aufhebungsrecht nicht direkt aus Art. III.-3.401 DCFR, sondern aus Art. III - 3:505 DCFR, wonach der Gläubiger, der eine künftige wesentliche Nichterfüllung befürchtet, den Vertrag aufheben kann, wenn er eine angemessene Sicherheit verlangt hat und diese nicht innerhalb einer angemessenen Frist erbracht wurde.

Ein Aufhebungsrecht im Fall des Ausbleibens der Gewährleistungen ist auch von einigen Vorschriften des nationalen Rechts, die das Aussetzungsrecht regeln, vorgesehen. So z.B. in § 321 Abs. 2 BGB: Gem. dieser Vorschrift kann der Vorleistungspflichtige der anderen Partei eine Frist setzen, innerhalb derer diese die eigene Leistung zu bewirken oder Sicherheit zu leisten hat. Im Fall erfolglosen Fristablaufs gibt das Gesetz dem Vorleistungspflichtigen das Recht, vom Vertrag zurückzutreten (vgl. Art. 83 Abs. 2 OR).

⁹³ In dem Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht wurde die Möglichkeit der Sicherheitsleistung nur in der Vorschrift, die das Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers regelte, d.h. in Art. 133 CESL, vorgesehen.

⁹⁴ P. Huber (Fn. 8), 76 (76).

Anders ist dies nach Art. 71 Abs. 3 CISG, der die Möglichkeit der Vertragsaufhebung beim Ausbleiben der Gewähr nicht explizit vorsieht (so auch die meisten Vorschriften des nationalen Rechts, eingeschlossen der neu gefasste Art. 1220 *Code civil*⁹⁵). Es wurde zwar während der Vorbereitungen vorgeschlagen, die Aufhebung des Vertrages automatisch als Folge des Ausbleibens der Sicherheiten zu ermöglichen, dieser Vorschlag wurde aber nicht angenommen. Trotzdem gibt es Autoren, die unabhängig vom Schweigen des Gesetzes dem Gläubiger die Möglichkeit geben wollen, den Schwebezustand durch die Vertragsaufhebung zu beenden.⁹⁶ Die Möglichkeit einer Aufhebung des Vertrages beim Ausbleiben ausreichender Sicherheiten ergibt sich ferner – wie bereits dargelegt – aus dem Wortlaut des Art. 72 Abs. 2 CISG.⁹⁷

VI. Die Grundstrukturen beim antizipierten Vertragsbruch

1. Die vorzeitige Aufhebung des Vertrages und ihre Voraussetzungen

a. Der notwendige Grad an Wahrscheinlichkeit der künftigen Vertragsverletzung

Die oben erwähnten Abhilfen – *i.e.* die sofortige Aufhebung und die mit der Festsetzung verbundene Aussetzung der Leistung, die nur eventuell zur Aufhebung des Vertrages führen kann⁹⁸ – stützen sich auf verschiedene Voraussetzungen.

Es ist zwar beiden Abhilfen gemeinsam, dass sie kein Verschulden des Schuldners voraussetzen.⁹⁹ Sie unterscheiden sich aber voneinander dadurch, dass nur für die sofortige Aufhebung die „Offensichtlichkeit“ der künftigen wesentlichen Vertragsverletzung vorliegen muss.¹⁰⁰ Ruft dagegen das Verhalten einer Partei lediglich Zweifel über ihr Leistungsvermögen oder ihre Leistungsbereitschaft hervor, so steht der anderen Partei kein sofortiges Aufhebungsrecht zu, sondern nur die Möglichkeit, die eigene Leistung auszusetzen und angemessene Sicherheiten von der anderen Partei zu verlangen. Werden diese nicht innerhalb einer angemessenen Frist bereitgestellt, entsteht erst in diesem Zeitpunkt das Recht zur Aufhebung des Vertrages.

Natürlich ist es nicht einfach zu entscheiden, wann die künftige Nichterfüllung offensichtlich ist, so dass der Vertrag ohne weiteres aufgehoben werden darf, und wann

⁹⁵ Das Aufhebungsrecht als möglicher Ausweg aus dem Schwebezustand wurde auch von Art. 113 CESL nicht vorgesehen.

⁹⁶ Siehe z.B. *Vessichelli*, in Bianca, 1989, CISG Art. 71, 287.

⁹⁷ Zu Unterschieden zwischen der Anzeige nach Art. 71 Abs. 3 CISG und nach Art. 72 Abs. 2 CISG: *Schlechtriem* (Fn. 61) 87; *Addis* (Fn. 79) 164 f.

⁹⁸ *P. Huber* (Fn. 8) 76 (76 ff.).

⁹⁹ *Weidt* (Fn. 8) 131, 145.

¹⁰⁰ *P. Huber* (Fn. 8) 76 (77 f.).

dagegen die vorherige Aktivierung des „Mechanismus zur Klärung der Vertragstreue“ nötig ist.¹⁰¹

Diesbezüglich wurden verschiedene Theorien entwickelt. Es wurde z.B. von einigen Autoren behauptet, dass für die sofortige Aufhebung des Vertrages die Prognose der künftigen Nichterfüllung „sicher“ bzw. „nahezu sicher“ sein soll.¹⁰² Andere haben daraufhin angemerkt, es sei nicht erforderlich, dass eine „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ vorläge. Vielmehr solle eine „sehr hohe Wahrscheinlichkeit“ („*very high probability*“) genügen.¹⁰³

Für die sofortige Aufhebung des Vertrages solle auf jeden Fall „ein deutlich höherer Grad an Wahrscheinlichkeit gegeben sein“ als für die Aussetzung des Vertrages, wobei letzteres eine geringere Prognoseschwelle verlange.¹⁰⁴ Für die Aussetzung sei keine „sehr hohe“, sondern „nur“ eine „hohe“/„überwiegende“/„beträchtliche Wahrscheinlichkeit“ (d.h. „nur“ eine „*high probability*“) erforderlich.¹⁰⁵ Dies ergebe sich u.a. genau aus dem Wortlaut der entsprechenden Vorschriften, die für die Aussetzung der Erfüllung des Vertrages und für die Forderung der Gewähr geringere Anforderungen an die Annahme der künftigen Verletzung stellen sollen als an das (sofortige) Rücktrittsrecht.¹⁰⁶

b. Die Probleme der Prognose: Eine mögliche Lösung

Wenn aber für die Aufhebung des Vertrages tatsächlich keine echte Sicherheit notwendig wäre und der Eintritt der oben erwähnten Rechtsbehelfe von einem

¹⁰¹ Weidt (Fn. 8) 130 f.

¹⁰² Karl H. Neumayer/Catherine Ming, in François Dessemontet, *Convention de Vienne sur les contrats de vente international de marchandises*, Lausanne, 1993, Art. 72, 470. Zum deutschen Recht: Weidt (Fn. 8) 137 f.; Wolfgang Ernst, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7. Aufl. 2016, BGB § 323 Rn. 134.

¹⁰³ LG Berlin, 30.9.1992, CISG-online Nr. 70; LG Krefeld, 28.4.1993, CISG-online Nr. 101; P. Huber, in MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, CISG Art. 72 Rn. 4; Brunner/Hurni, in Honsell, 2. Aufl. 2010, CISG Art. 72 Rn. 4; Djakhongir Saidov, in Stefan Kröll/Loukas Mistelis/Ilar Pelares Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 2001, CISG Art. 72 Rn. 7; Chengwei Liu, *Suspension or Avoidance due to anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, CISG Database; Ulrich Magnus, in J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2012, CISG Art. 72 Rn. 9; Mercédeh Azeredo da Silveira, *Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, N.J.C.L. 2/2005 (Nordic Journal of Commercial Law); Amin Dawwas, *Anticipatory Avoidance of Contract: CISG and Egyptian Law Compared*, N.J.C.L. 1/2012; Putorti (Fn. 8) 138. Im deutschen Recht: Westermann, in ErmanBGB, I, 15. Aufl. 2017, BGB § 323 Rn. 12.

¹⁰⁴ Ernst, MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, BGB § 323 Rn. 134.

¹⁰⁵ So Magnus, in J. von Staudingers *Kommentar*, 2012, CISG Art. 71, Rn. 18 ff.

¹⁰⁶ Azeredo da Silveira, N.J.C.L. 2/2005. S. auch Dieter Medicus/Rolf Stürner, in Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich, *BGB Kommentar*, 11. Aufl. 2016, BGB § 323 Rn. 7.

unterschiedlichen, vom Gläubiger zu beurteilenden und nicht genau definierten Grad der Wahrscheinlichkeit der künftigen Nichterfüllung abhängig sein würde, dann würde im Fall der sofortigen Aufhebung des Vertrages immer die Gefahr bestehen, dass sich später herausstellen würde, die Aufhebungserklärung sei unbegründet gewesen, etwa weil es nicht „offensichtlich“ bzw. „hinreichend wahrscheinlich“ gewesen sei, dass die andere Partei nicht hätte erfüllen können (oder wollen).¹⁰⁷ Eine solche Lösung würde nicht der Rechtssicherheit dienen.

Es wäre somit folgerichtig zum Ergebnis zu kommen, das mittlerweile auch die Lehre vertritt, dass die sofortige Aufhebung nur dann als rechtmäßig anzusehen sei, wenn eine künftige Nichterfüllung der Hauptleistung mit echter Sicherheit festgestellt werden könne.¹⁰⁸ Diese wäre aber nur im Fall und als Folge des erfolglosen Fristablaufs bzw. des Ausbleibens der notwendigen Gewähr anzunehmen.¹⁰⁹ Zuvor könne (mit der Ausnahme der bereits eingetretenen Unmöglichkeit) nur eine bloße Wahrscheinlichkeit der Pflicht- oder Vertragsverletzung bei Fälligkeit festgestellt werden,¹¹⁰ die also nur zur Aussetzung der Leistung und zum Verlangen ausreichender Sicherheiten berechtigen könne, nicht aber zur sofortigen Aufhebung des Vertrages.

Das Ausbleiben der Gewährleistungen würde dann gegebenenfalls auch letzte Zweifel über die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung ausräumen. Die Vertragsverletzung, die für die Aussetzung des Vertrages in der Regel nicht erforderlich ist (s. aber Art. 8:105 PECL und Art. 7.3.4. PICC), wird dagegen grundsätzlich für die Aufhebung des Vertrages vorausgesetzt.¹¹¹ Sie würde gerade durch die Nichterbringung der notwendigen Gewähr innerhalb einer bestimmten Frist erreicht werden.

Die Zweckmäßigkeit der vorgeschlagenen Lösung findet mittlerweile Bestätigung in denjenigen Vorschriften des nationalen Rechts, die zwar die Aufhebung des Vertrages regeln, dieser aber – im Einklang mit dem Grundsatz des Vorrangs der Naturalerfüllung und der damit verbundenen subsidiären Natur der Vertragsauflösung – einen

¹⁰⁷ Zu den Schwierigkeiten, die mit der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Vorschriften verbunden sind, *Addis* (Fn. 83) 162; *Putorti* (Fn. 8) 123; *Schlechtriem* (Fn. 61) 1981 89; *Id.* (Fn. 61) 1985 151. Für den Autor sei es praktisch unmöglich und deswegen auch nutzlos zwischen den verschiedenen Wahrscheinlichkeitsgraden der künftigen Nichterfüllung gem. §§ 71, 72 und 73 Abs. 2 CISG zu unterscheiden.

¹⁰⁸ *Venturelli* (Fn. 1) 298 ff.; *Piraino* (Fn. 33) 226 f.; *Hansjörg Otto/Roland Schwarze*, in J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2009, BGB § 323 Rn. B 162.

¹⁰⁹ *Venturelli* (Fn. 1) 282, 300 f.; *Addis* (Fn. 83) 163, Fn. Nr. 71, 166; *Jörg Fischer*, Die Unsicherheitseinrede, 1988, 216; *P. Huber* (Fn. 8) 76 (76).

¹¹⁰ So *Ernst*, in MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, BGB § 323 Rn. 132.

¹¹¹ Zur Voraussetzung der „Wichtigkeit“ der Vertragsverletzung unter dem UN-Kaufrecht, s. *Franco Ferrari*, Fundamental Breach of Contract under the UN-Sales Convention, in Liber Memorialis Šarčević, 2006, 439 (439 ff.).

Ausnahmencharakter zuerkennen, da sie auch ihre Erhebung nach Fälligkeit auf die Fälle beschränken, in denen die Verletzung bereits ausreichend „wichtig“ bzw. „wesentlich“ erscheint (s., z.B., Art. 1455 Cc¹¹²) oder die Ausübung derselben vom fruchtlosen Ablauf einer Frist abhängig machen (Art. 1454 Cc; § 323 Abs. 1 BGB). So ist es interessanterweise auch nach den Artt. 1662 und 2224 Cc,¹¹³ den einzigen Normen, die nach italienischem Recht eine vorzeitige Aufhebung im Bereich des Werkvertrages erlauben.¹¹⁴ Diese beiden Vorschriften sehen kein sofortiges Aufhebungsrecht vor. Dagegen darf nach ihrem Wortlaut der Auftraggeber dem Werkunternehmer während der Ausführung des Werkes bloß eine Frist setzen, innerhalb derer er sich den Vertragsbedingungen entsprechend zu verhalten hat. Erst in dem Zeitpunkt, in dem die Frist fruchtlos verstreicht, ist der Vertrag aufgelöst bzw. kann aufgehoben werden.¹¹⁵

c. Der Sonderfall der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung

Wie sich aus manchen erwähnten Vorschriften ergibt, scheint die für die Aufhebung notwendige Offensichtlichkeit (und Wesentlichkeit) der Vertragsverletzung nur dann sofort erreicht zu sein, wenn die Leistung bereits unmöglich geworden ist bzw. (eventuell) wenn eine Partei „erklärt hat, daß sie ihre Pflichten nicht erfüllen wird“¹¹⁶ (so Art. 72 Abs. 3 CISG, § 117 VÖS und der vorgeschlagene Art. 1200 *Código civil*). Dies findet ferner auch in der Literatur und Rechtsprechung zu § 323 Abs. 4 BGB Bestätigung. Obwohl diese Norm keinen „Mechanismus zur Klärung der Vertragstreue“ vorsieht, wurde nämlich beobachtet, dass der Gläubiger – auch nach der erwähnten Vorschrift – nur dann vom Vertrag sofort zurücktreten kann, wenn der Schuldner die Leistung bereits vor Fälligkeit ernsthaft und endgültig verweigert hat.¹¹⁷ Abgesehen von diesem Fall scheint dagegen die Aktivierung des genannten Mechanismus – trotz des Schweigens des Gesetzes – nötig bzw. mindestens empfehlenswert zu sein.¹¹⁸

¹¹² Cubeddu (Fn. 46); Giorgio Collura, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, 1992.

¹¹³ Dazu Venturelli (Fn. 1) 278; Putortì (Fn. 8) 56.

¹¹⁴ Und die von einigen Autoren sogar als mögliche Grundlage eines allgemeinen vorzeitigen Aufhebungsrechtes angesehen werden (so Putortì (Fn. 8) 97 f.).

¹¹⁵ Venturelli (Fn. 1) 278.

¹¹⁶ Weidt (Fn. 8) 142 ff.

¹¹⁷ Dagmar Kaiser, in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch — Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin, 2014, 532 (533 Rn. 7); P. Huber (Fn. 8) 76 (78); Weidt (Fn. 8) 145 f.; Ernst in MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, BGB § 323 Rn. 135; BGH, 14.6.2012 – VII ZR 148/10, NJW 2012, 3714.

¹¹⁸ Die Grundlage des Mechanismus wird, beim Schweigen des Gesetzes, unterschiedlich, im § 323 Abs. 1, im § 281 Abs. 1 BGB bzw. im § 324 BGB gesehen. Dazu Weidt (Fn. 8) 146.

Fraglich ist allerdings (wie bereits bezüglich des Art. 72 CISG dargelegt wurde), ob als Erfüllungsverweigerung nur die explizite Erklärung, nicht leisten zu wollen, zu verstehen ist oder ob die Voraussetzung des vorzeitigen Rücktritts vom Vertrag auch die Weigerung durch schlüssiges Verhalten sein kann, soweit sie ernsthaft und endgültig erscheint. Dieselbe Frage wird auch in Italien diskutiert, wo die Figur des antizipierten Vertragsbruches nicht explizit geregelt wird, aber von der Lehre und der Rechtsprechung letztendlich anerkannt wird.

Es wurden diesbezüglich verschiedene Lösungen vorgeschlagen. So soll z.B. nach einer Ansicht sowohl die explizite als auch die implizite ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung zur sofortigen Aufhebung des Vertrages berechtigen. In beiden Fällen, erwecke der Schuldner durch das eigene Verhalten beim Gläubiger das begründete und schutzbedürftige Vertrauen, dass die versprochene Leistung nicht mehr erbracht wird.¹¹⁹

Andere Autoren stimmen mit dieser These nicht überein und sind der Meinung, dass nur die explizite Erklärung, nicht leisten zu wollen, die sofortige Aufhebung des Vertrages ermöglichen könne. Nach dem italienischen Recht fände diese Lösung z.B. in Art. 1219 Abs. 2 Nr. 2 Cc eine Bestätigung, der sich zwar dem Verzugseintritt widmet (und sich deswegen einer Meinung nach nur auf die Fälle einer nachträglichen Verweigerung beziehe¹²⁰), der aber nach Ansicht einiger Autoren auch die Fälle der schon vor der Fälligkeit bestehenden Erfüllungsverweigerung umfasste und folglich die Grundlage zur Anerkennung der allgemeinen (rechtlichen) Relevanz der Verweigerung durch (mindestens schriftliche) Erklärung darstellen würde.¹²¹

Die genannten Ansichten verdienen allerdings keine Zustimmung. Die Verweigerung der Leistung und insbesondere die Erklärung der Partei, nicht leisten zu wollen, kann Zweifel der anderen Partei über die künftige Erbringung der Leistung begründen. Die Erklärung als solche ist allerdings noch nicht als Nichterfüllung bzw. Pflichtverletzung anzusehen und kann damit der Vertragspartei grundsätzlich kein Recht zur sofortigen Ausübung der gegen einen Vertragsbruch vorgesehenen Rechtsbehelfe vermitteln.¹²² Hat der Schuldner, z.B. aus „strategischen“ Gründen, die Leistung explizit

¹¹⁹ *Matteo Dellacasa*, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, 2009, 109 ff., 110. So auch *Ernst Rabel*, *Das Recht des Warenkaufs*, I, 1936, 386; *Arwed Blomeyer*, *Allgemeines Schuldrecht*, 1957, 179. Kritisch *Piraino* (Fn. 33) 222 ff. Fn. 149.

¹²⁰ *Breccia* (Fn. 46) 597; *Bigliuzzi Geri* (Fn. 73) 52.

¹²¹ *Venturelli* (Fn. 1) 324, 328 ff.

¹²² Die vorzeitige Erfüllungsverweigerung stellt ferner – wie bereits dargelegt – auch kein Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages dar.

verweigert, nimmt er aber alle Vorbereitungshandlungen vor, dann ist die künftige Erfüllung noch nicht ausgeschlossen.¹²³ Es besteht nämlich die Möglichkeit, dass der Schuldner die eigene Verweigerung zurücknimmt und im Fälligkeitszeitpunkt erfüllt.¹²⁴ Eine bloße Erklärung des Nichtleistungswillens, die aber dem Verhalten des Schuldners widerspricht, genügt also für die sofortige Aufhebung des Vertrages nicht. Dem Gläubiger solle folglich nur die Möglichkeit zustehen, die Erfüllung seiner Leistung auszusetzen bzw. zu verweigern bzw. der anderen Partei „eine angemessene Frist zur Erklärung ihrer Leistungsbereitschaft und zum Nachweis fristgerechter Erfüllung des Vertrages“ zu „setzen“.¹²⁵ Erst „nach fruchtlosem Ablauf der Frist“ könne er vom Vertrag zurücktreten.¹²⁶

Eine Ausnahme zu dem bereits Dargestellten wäre möglicherweise (trotz der Bedenklichkeit der Lösung) nur in denjenigen Rechtsordnungen denkbar, in denen die „Erklärung“, nicht leisten zu wollen, explizit eine Voraussetzung zur sofortigen Vertragsaufhebung (Art. 72 Abs. 3 CISG; Art. 117 VÖS; s. auch den vorgeschlagenen Art. 1200 *Código civil*)¹²⁷ bzw. zum sofortigen Verzugseintritt (s. Art. 1219 Abs. 2 Nr. 2 Cc)¹²⁸ darstellt.

2. Die weiteren Rechtsbehelfe im Falle des antizipierten Vertragsbruchs

a. Der Vorrang der auf die Erhaltung des Vertrages gerichteten Rechtsbehelfe

Liegt keine zur sofortigen Aufhebung des Vertrages berechtigende Erfüllungsverweigerung vor und ist die Leistung auch noch nicht unmöglich geworden¹²⁹ bzw. ist ihre Erbringung wegen des erfolglosen Ablaufs der zur Erklärung der Vertragstreue gesetzten Frist noch nicht ausgeschlossen, dann soll dem Gläubiger – auf Grundlage des Dargestellten – nur die Möglichkeit zustehen, einen Rechtsbehelf auszuüben, der auf den Erhalt des Vertrages gerichtet ist.

¹²³ *Benedetti* (Fn. 73) 227 ff.; *Bigliuzzi Geri* (Fn. 73) 51 f.; *Amadio* (Fn. 43) 88 ff. (90); *Conte*, Eur. e dir. priv. 1998, 463 (488 f.); *Piraino* (Fn. 33) 222 ff.

¹²⁴ *Piraino* (Fn. 33) 222 ff.

¹²⁵ Dazu *Weidt* (Fn. 8) 146.

¹²⁶ *Ernst*, in *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2016, BGB § 323, 2106 f. Es wurde allerdings beobachtet, dass die Sicherheit der künftigen Nichterfüllung sich nicht automatisch, aus dem Ausbleiben der Sicherheiten, entnehmen ließe. Siehe: *Weidt* (Fn. 8) 137 f., 142 ff. und 149.

¹²⁷ S. aber *Hornung/Fountoulakis*, in *Schlechtriem/Schwenger*, 6. Aufl. 2013, CISG Art. 72 Rn. 35 f., nach denen die Erfüllungsverweigerung nicht genügend sei, um die Anwendung des im Art. 72 Abs. 2 CISG vorgesehenen Mechanismus auszuschließen.

¹²⁸ So *Venturelli* (Fn. 1) 363 f.

¹²⁹ Zur Gleichstellung der Unmöglichkeit und einer aktuellen Vertragsverletzung: *Amadio* (Fn. 43) 88 ff. (90).

Hier sind neben den bereits betrachteten Abhilfen der Vertragsaussetzung und der Aktivierung des Mechanismus zur Erklärung der Vertragstreue zudem die nach dem jeweiligen nationalen Recht üblichen Rechtsbehelfe zu nennen.

Im deutschen Recht etwa verdient insbesondere § 259 ZPO Beachtung, wonach der Gläubiger auf die künftige Leistung klagen kann, „wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde“. Wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt, stellt die sog. Klage wegen Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung nach dem deutschen Recht einen allgemeinen Rechtsbehelf dar.¹³⁰ Anders ist es in anderen Rechtsordnungen. Nach dem italienischen Recht wird z.B. die Möglichkeit, auf die künftige Leistung zu klagen, nur ausnahmsweise als besonderer Rechtsbehelf vom Gesetz geregelt, während es grundsätzlich ausgeschlossen ist, dass sie auch außerhalb der engen gesetzlichen Grenzen angewendet werden kann.¹³¹

Auch nach dem italienischen Recht bleibt allerdings der Gläubiger im Fall der „einfachen“ Gefahr der künftigen Nichterfüllung bzw. wenn die bereits bestehende Pflichtverletzung noch nicht wesentlich ist, nicht ohne Reaktionsmöglichkeiten. Außerhalb der bereits erwähnten und weit auszulegenden Vermögensverschlechterungseinrede gem. Art. 1461 Cc (vgl. § 321 BGB; Art. 102 OZ; 6:263 BW; § 111 Abs. 4 und § 117 Abs. 2 S. 2 VÖS; § 1052 ABGB; § 83 OR; Art. 1220 *Code civil*) und der umstrittenen Möglichkeit der Erhebung einer Unterlassungsklage bzw. einer Klage gem. Art. 2932 Cc, stellt z.B. auch der sog. Fristablauf gem. Art. 1186 Cc einen wichtigen Rechtsbehelf für den Gläubiger dar, auf den er sich vor Fälligkeit berufen kann und der die Befriedigung seines Interesses ermöglicht. Art. 1186 Cc gibt dem Gläubiger die Möglichkeit, die ihm geschuldete Leistung schon vor der Leistungszeit zu verlangen, „wenn der Schuldner zahlungsunfähig geworden ist oder durch eigenes Verhalten die geleisteten Sicherheiten verringert oder die Sicherheiten, die er versprochen hatte, nicht geleistet hat“: Erbringt der Schuldner nach Fristablauf seine Leistung nicht, dann darf der Gläubiger – falls die Nichterfüllung eine Leistung betrifft, die in einem gegenseitigen Vertrag synallagmatisch verknüpft ist – den Vertrag wegen einer nach Fristablauf aufgetretenen Verletzung aufheben.¹³² Man kann die Ähnlichkeiten mit dem

¹³⁰ Dazu: P. Huber (Fn. 8) 76 (78).

¹³¹ S. Giorgietta Basilio, *La tutela civile preventiva*, 2013, 292 ff.

¹³² Alessio Zaccaria, *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, Riv. dir. civ. 2000, 119 (122 f.) (Rivista di diritto civile); Cesare Massimo Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, 1967, 15.

„Mechanismus zur Erklärung der Vertragstreue“ hervorheben. Demnach erhält die vertragstreue Partei im Falle einer unterbliebenen Bestätigung der Leistungsfähigkeit bzw. -bereitschaft ohne weiteres das Recht, sich wegen einer vorzeitigen Pflichtverletzung bzw. der Kenntnis einer künftigen Nichterfüllung vom Vertrag zu lösen.

Von einem Teil der Lehre wird sogar die Ansicht vertreten, dass Art. 1186 Cc die dogmatische Grundlage der Gleichstellung der Offensichtlichkeit einer künftigen Nichterfüllung mit einer bereits bestehenden Pflichtverletzung¹³³ darstelle.¹³⁴ Obwohl die genannte Vorschrift ihrem Wortlaut nach einen beschränkten Anwendungsbereich hat, soll sie der erwähnten Ansicht nach analog angewendet bzw. mindestens erweiternd ausgelegt werden. Folglich beziehe sie sich auf jede Handlung des Schuldners, die die Befriedigung des Gläubigeranspruchs in Frage stellt.¹³⁵ Insbesondere finde die Norm in den Fällen Anwendung, in denen der Schuldner die Erfüllung der Leistung schon (schriftlich) verweigert hat (arg. aus Art. 1219 Abs. 2 Nr. 2 Cc; vgl. Art. 61 Abs. 4 des „Codice del consumo“).¹³⁶

b. Der Schadensersatzanspruch: Die entwickelten Erklärungsmuster

Beachtung verdient dann auch der Rechtsbehelf des Schadensersatzes.

In einigen Rechtsordnungen wird es vom Gesetz explizit vorgesehen, dass die vertragstreue Partei (bereits vor Fälligkeit) auch die Möglichkeit hat, Schadensersatz zu verlangen – soweit natürlich die weiteren Voraussetzungen dazu vorliegen (so explizit nach Art. 107 OZ).

Auch in den Rechtssystemen, in denen der Schadensersatzanspruch nicht ausdrücklich anerkannt wird, steht er aber nach h.M. trotzdem der vertragstreuen Partei zu. Nach dem UN-Kaufrecht soll sich beispielweise der entsprechende Anspruch aus den

¹³³ Für eine solche Gleichstellung, *Sacco* (Fn. 81) 1603 f.

¹³⁴ Siehe aber, *Amadio* (Fn. 43) 88 (92), demnach Art. 1186 Cc keine Aufhebungsfälle regelt. So auch *Putorti* (Fn. 8) 214 f.

¹³⁵ *Zaccaria*, Riv. dir. civ. 2000, 119 (121 ff.); *Bianca* (Fn. 132) 15. Anders: *Breccia* (Fn. 46) 516 f.; *Lina Bigliuzzi Geri*, Eccezione di inadempimento, Dig. disc. priv., sez. civ., VII, 1991, 341; *Ugo Natoli*, L'attuazione del rapporto obbligatorio, I, 1974, 137 ff., 139; *Dellacasa*, Riv. dir. priv. 2007, 553 (559 und 580); *Enrica Contino*, Casi e questioni in materia di inadempimento prima del termine e possibili rimedi, Quadr. 1988, 260 (260 ff.); *Addis* (Fn. 83) 428 Fn. 39, nach denen die Vorschrift nicht analog anwendbar sei.

¹³⁶ So *Bianca* (Fn. 132) 15, nach dem allerdings nur die schriftliche Verweigerung Relevanz hätte. Anders *Zaccaria*, Riv. dir. civ. 2000, 119 (122). Nach *Dellacasa*, Riv. dir. priv. 2007, 553 (557 ff., 559 f.) sei die schriftliche Form nur für die sofortige Inverzugsetzung notwendig, nicht aber für die (vorzeitige) Aufhebung des Vertrages. Für die Irrelevanz der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit als Aufhebungstatbestand: *Breccia* (Fn. 46) 597; *Francesco Romano*, Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine, Riv. dir. civ. 1965 II, 607 (613); *Benatti* (Fn. 46) 163 f.

allgemeinen Regeln ergeben, nach denen „die Geltendmachung des Nichterfüllungsschadens möglich ist, sobald der Vertrag aufgehoben wurde“.¹³⁷

Zur selben Lösung kommen auch das deutsche Schrifttum und die Rechtsprechung, die – trotz des Schweigens des Gesetzes – der Ansicht sind, dass der Schadensersatzanspruch der zum Rücktritt des Vertrages berechtigten Partei zustehen soll.¹³⁸ Was die dogmatische Grundlage des Schadensersatzanspruches vor Fälligkeit betrifft,¹³⁹ wird von einigen Autoren ein Analogieschluss zu § 323 Abs. 4 gezogen: Der Gläubiger könne sofort Schadensersatz statt der Leistung nach den § 280, Abs.1, 3 i.V.m. § 281 BGB verlangen, sofern natürlich der Schuldner die Leistungsstörung zu vertreten habe.¹⁴⁰ Andere sehen dagegen die Grundlage des Rechtsbehelfes in § 282 BGB¹⁴¹, der aber ausdrücklich nur die Fälle des Schadensersatzes wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB umfasst, nicht aber diejenigen, in denen der antizipierte Vertragsbruch i.S.v. Offensichtlichkeit der künftigen Nichterfüllung sich aus Umständen ergibt, die nicht in der Verletzung einer Rücksichtspflicht begründet sind.

Ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers im Fall der vorweggenommenen Nichterfüllung darf dann auch nach dem schweizerischen Recht begründet werden (s. Artt. 107 Abs. 2, 108 Abs. 1 Ziff. 1 und 109 OR).¹⁴²

Zweifel über die Möglichkeit, Schadensersatz bereits vor Fälligkeit zu verlangen, werden dagegen vom Teil des italienischen Schrifttums erhoben, nach dem der Anspruch auf Schadensersatz (statt der Leistung) bis zum Fälligkeitszeitpunkt ausgeschlossen bleiben solle.¹⁴³ Diesbezüglich wird – beim Schweigen des Gesetzes – insbesondere der Einwand der nicht autonomen Durchsetzbarkeit der vom Schuldner verletzter Vorbereitungspflicht erhoben.¹⁴⁴ Zusätzlich bestehe in den bedingten bzw. befristeten Schuldverhältnissen Probleme mit der Vorstellbarkeit eines Schadens bzw. seiner Bezifferung vor Fälligkeit. Trotz der zum Teil begründeten Einwände soll aber nach h.M. auch nach dem italienischen Recht der vertragstreuen Partei neben den anderen

¹³⁷ Weidt (Fn. 8) 204.

¹³⁸ Siehe *Martin Schmidt-Kessel*, in Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich, BGB Kommentar, 11. Aufl. 2016, BGB § 280 Rn. 17.

¹³⁹ Zu diesem Punkt: *Weidt* (Fn. 8) 193 ff.

¹⁴⁰ *P. Huber* (Fn. 8) 76 (77); *Schmidt-Kessel*, in *Prütting/Wegen/Weinreich* BGB Kommentar, BGB § 280 Rn. 17.

¹⁴¹ *Stephan Lorenz*, Schuldrechtsmodernisierung, 2006, 86; *Michael Jaensch*, Der Gleichlauf von Rücktritt und Schadensersatz, NJW 2003, 3613 (3614). So auch, aber nur im Fall einer Erfüllungsverweigerung, *Klaus Ramming*, Vorzeitiges Rücktrittsrecht und Schadensersatz statt der Leistung, ZGS 2002, 412 (416).

¹⁴² Vgl. *Gauch/Schleup* (Fn. 55) Rn. 2722.

¹⁴³ *G. Gabrielli*, Il rapporto giuridico preparatorio, 1974, 230.

¹⁴⁴ S., z.B., *G. Gabrielli* (Fn. 143) 230.

Rechtsbehelfen gegen die vorzeitige Vertragsverletzung auch ein Schadensersatzanspruch (mindestens das sog. negative Interesse) zustehen.¹⁴⁵

VII. Zusammenfassende Überlegungen: Die künftigen Entwicklungschancen

Die durchgeführte Analyse zeigt also, dass auf europäischer Ebene eine Tendenz besteht, die in den Rechtsordnungen des *common law* herausgebildete Figur des antizipierten Vertragsbruches auch in den Rechtssystemen des *civil law* anzuerkennen.

Insbesondere wurden in den letzten Jahren sowohl in die Einheitsrechtstexte als auch in einige nationale Zivilgesetzbücher und Gesetze ausdrückliche Vorschriften über die Vertragsaufhebung vor Fälligkeit eingeführt. Zusätzlich haben die Reformen zur Erstreckung des Anwendungsbereichs der Unsicherheitseinrede geführt.

Sogar in den Rechtsordnungen, in denen eine ausdrückliche Regelung noch fehlt, bleibt die vertragstreue Partei vor Fälligkeit nicht ohne Reaktionsmöglichkeiten. Beim Fehlen einer expliziten allgemeinen Norm ist aber die dogmatische Einordnung der vorweggenommenen Nichterfüllung in das System des Leistungsstörungenrechts bzw. die dogmatische Grundlage des Rechtsbehelfes der vorzeitigen Vertragsaufhebung sowie der anderen, vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehenen Abhilfen fraglich. Wird der vorzeitige Vertragsbruch in der Regel als Verletzung einer aus Treu und Glauben fließenden Pflicht bezeichnet, bleibt es insbesondere umstritten, ob eine vorzeitige Aufhebung des Vertrages auch dann möglich ist, wenn trotz Fehlens einer solchen Verletzung (bzw. wenn diese eine nicht erzwingbare Vorbereitungspflicht betrifft) die künftige Nichterfüllung offensichtlich ist.

Gerade um solche Auslegungsprobleme zu überwinden, erscheint letztendlich die Einführung einer ausdrücklichen Regelung über den antizipierten Vertragsbruch auch in den Rechtsordnungen, die bis jetzt noch keine Reform erlebt haben, wünschenswert. Eine Gesetzesnovelle ist insbesondere mit Blick auf eine höhere Rechtssicherheit erstrebenswert.¹⁴⁶

De lege ferenda stellt sich zudem die Frage, welche von den in den verschiedenen Texten des nationalen und einheitlichen Rechts enthaltenen Regeln die sinnvollste

¹⁴⁵ Vor Fälligkeit sei nur die Erstattung des positiven Interesses ausgeschlossen. So Renato Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 1969, 293 ff., 297 f. Für die Möglichkeit, nach der Aufhebung des bedingten Vertrages Schadensersatz (je nach dem, positives oder negatives Interesse) zu verlangen, Mirko Faccioli, *La responsabilità dell'alienante sotto condizione sospensiva*, *Resp. civ.* 2007, 349 (353 ff.) (*La Responsabilità civile*). Anders G. Gabrielli (Fn. 143) 223 ff. Fn. 10, 11 und 12, 229 f.

¹⁴⁶ Padovini (Fn. 57) 95 f. (100). Anders, *Venturelli*, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, 318 f.

Lösung des Problems des antizipierten Vertragsbruchs darstellt und folglich als Vorbild für die anderen nationalen Gesetzgeber (u.a. auch für den italienischen) dienen kann.

Die praktische Unmöglichkeit (sogar im Fall einer expliziten Erfüllungsverweigerung), bereits vor Fälligkeit die Sicherheit der künftigen Nichterfüllung (ohne weiteres) zu erreichen, zeigt, dass die Vorschriften, die einen „Mechanismus zur Klärung der Vertragstreue“ vorsehen, einen besseren Schutz der beiden Parteien gewährleisten als solche, die dem vertragstreuen Teil eine sofortige Aufhebung zuerkennen. Denn diese ermöglichen die vorzeitige Auflösung vom Vertrag und gleichzeitig die Vermeidung von Risiken, die mit einer übereilten und unbegründeten Entscheidung der auf die Aufhebung des Vertrages abzielenden Vertragspartei einhergehen. Diesbezüglich scheint etwa die im schweizerischen Entwurf vorgeschlagene Lösung verbesserungsfähig zu sein.

Ein mögliches Vorbild für die Schaffung einer zweckmäßigen Regel könnten in diesem Zusammenhang auch die Vorschriften darstellen, die eine weitreichende Unsicherheitseinrede regeln und die der Partei, die die eigene Leistung ausgesetzt hat, zusätzlich die Möglichkeit geben, nach fruchtlosem Ablauf einer bestimmten Frist, innerhalb derer die andere Partei durch Sicherheitsleistung ihre Leistungsbereitschaft beweisen kann, den Vertrag aufzuheben.

Das vom fruchtlosen Ablauf einer Frist abhängige Aufhebungsrecht ist übrigens genauso wie die Bevorzugung der auf die Erhaltung des Vertrages gerichteten Abhilfen mit den den meisten europäischen Rechtsordnungen inhärenten Prinzipien des Vorrangs der Naturalerfüllung bzw. der Subsidiarität der Vertragsaufhebung vereinbar.

Die Einführung einer expliziten Regelung, die die beiden Rechtsbehelfe – denjenigen der Vertragsaufhebung und denjenigen der Vertragsaussetzung – verbinden würde, hätte dann in einigen Rechtsordnungen, wie z.B. in Italien, zur Folge, dass sich das sog. allgemeine Recht („*diritto comune*“) und das sog. Recht der Unternehmenskrise („*diritto della crisi d'impresa*“), das durch eine Kombination der beiden Rechtsbehelfe der Aufhebung und der Aussetzung des Vertrages schon heute eine ausgeglichene „Verwaltung“ der Nichterfüllungsfälle ermöglicht (vgl. Artt. 72 und 169 bis des italienischen *Legge fallimentare* und Art. 50 der gesetzesvertretenden Rechtsverordnung Nr. 270/1999) annähern würden.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Padovini (Fn. 57) 95 ff.

Schließlich würde eine solche Regelung auch ein gutes Vorbild sowohl für die Parteien bei der Ausübung ihrer Vertragsautonomie als auch für den europäischen Gesetzgeber bei der Erarbeitung zukünftiger, ehrgeiziger, nicht allein auf den digitalen Bereich „beschränkter“ Gesetzesvorschläge, abgeben.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, München, 2014;

AA.VV., *Le tutela contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 2012;

AA.VV., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, §§ 1-610, CISG*, herausgegeben von H.G. BAMBERGER und H. ROTH, München, 2012;

AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nel contratto*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2010;

AA.VV., *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, herausgegeben von H. HONSELL, Heidelberg, 2010;

AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI e G. VILLA, Bologna, 2008;

AA.VV., *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, edited by F. FERRARI, München, 2008;

AA.VV., *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, begründet von P. Schlechtriem, herausgegeben von I. SCHWENZER, München,-Basel, 2008;

AA.VV., *L'avant-projet Catala*, a cura di G.B. FERRI e P. SPADA, Milano, 2008;

AA.VV., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Atti del Convegno svoltosi a Ferrara il 7.-8.3.2003, a cura di G. CIAN, Padova, 2004;

AA.VV., *Violazioni del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003;

AA.VV., *Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung*, in JZ, 2001;

AA.VV., *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, herausgegeben von R. SCHULZE e H. SCHULTE-NÖLKE, Tübingen, 2001;

AA.VV., *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht. Neues Recht für den internationalen Warenkauf*, herausgegeben von H. HOYER und W. POSCH, Wien, 1992;

AA.VV., *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Commentario coordinato da C.M. BIANCA, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989;

AA.VV., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, edited by C.M. BIANCA and M.J. BONELL, Milano, 1987;

AA.VV., *International Sales of Goods, Dubrovnik Lectures*, edited by P. ŠARČEVIĆ and P. VOLKEN, New York, London, Rome, 1986;

AA.VV., *Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. Und 20. November 1984*, herausgegeben von Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, Zürich, 1985;

AA.VV., *Prospettive di riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti: un confronto con l'esperienza tedesca*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984;

AA.VV., *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, a cura del Ministero federale della giustizia, vol. I-III, Köln, 1981-1983;

AA.VV., *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure, 26-28 settembre 1980, Milano, 1981;

AA.VV., *Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964*, herausgegeben von H. DÖLLE, München, 1976;

AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975;

ADDIS, F., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013;

ADDIS, F., *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di M.V. DE GIORGI, S. DELLE MONACHE, G. DE CRISTOFARO, I, Padova, 2010;

ADDIS, F., *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi*, 2, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006;

ALPA, G., *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, reperibile fra i materiali del Prof. Alpa, sulla pagina web www.scienze giuridiche.uniroma1.it/materiali-alpa;

ALPA, G., DELFINO, R., *Il contratto nel common law*, Padova, 2005;

- ALPA, G., *Contratto e common law*, Padova, 1987;
- ALPA, G., BESSONE, M., *Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cose mobili*, in *La vendita internazionale, La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure, 26-28 settembre 1980, Milano, 1981;
- AMADIO, G., *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi*, 2, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006;
- ANDREOLI, G., *Appunti in tema di obbligazioni a termine e di impossibilità della prestazione*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Milano, 1951;
- ANDRIOLI, V., *Della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1955, *sub art.* 2743;
- ARLENGHI, M., *Contratti in corso di esecuzione e contratti pendenti, ovvero prestazione interamente eseguita o da compiere, nozione rilevante ai fini dello scioglimento*, in www.ilfallimentarista.it, articolo del 17.7.2015;
- ARMDTS V. ARNESBERG, K.L., *Lehrbuch der Pandekten*, 2, Stuttgart, 1864;
- ASCARELLI, T., *In tema di deposito regolare*, in *Temi emil.*, 1927, II;
- ASTONE, F., *Anticipatory breach e termini di pagamento della parte non inadempiente, tra clausole generali e interpretazione letterale del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015;
- ASTONE, F., *Venire contra factum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Napoli, 2006;
- ASTONE, M., *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006;
- AUWETER, B., *Die antizipierte Erfüllungsverweigerung im amerikanischen und deutschen Kaufrecht*, Diss. Mannheim, 1984;
- AZEREDO DA SILVEIRA, M., *Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *N.J.C.L.*, 2/2005;
- BALLANTINE, H.W., *Anticipatory Breach and the Enforcement of Contractual Duties*, in *Mich. L. Rev.*, (22) 1924;

BARATI, S., *I contratti in corso di esecuzione nel c.d. "concordato in bianco"*, in *Giustiziacivile.com*, articolo del 3.7.2015;

BARBERIS, M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2005;

BARBERO, D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1958;

BARBERO, D., voce *Condizione (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1967;

BARELA, V., *Risoluzione del contratto in Francia, nuove prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2015;

BASEDOW, J., *Die Reform des deutschen Kaufrechts*, Köln, 1988;

BASILICO, G., *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013;

BASINI, G.F., *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001;

BEALE, H.G. (General Editor), *Chitty on Contracts*, I, London, 2008;

BEATSON, J., BURROWS, A., CARTWRIGHT, J., *Anson's Law of Contract*, Oxford, 2010;

BECKER, G., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *J. Pol. Econ.*, (76) 1968;

BECKER-EBERHARD, E., in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetzen und Nebengesetzen*, I, §§ 1-354, herausgegeben von W. KRÜGER, T. RAUSCHER, München 2013, *sub* § 259;

BELFIORE, A., voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989;

BELFIORE, A., *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I;

BENATTI, F., *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008;

BENATTI, F., *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968;

BENATTI, F., *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960;

BENEDETTI, A.M., in *Annuario del contratto 2013*, Torino, 2014;

BENEDETTI, A.M., *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2011;

BENNETT, H.T., in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, edited by C.M. BIANCA and M.J. BONELL, Milano, 1987, *sub artt.* 71-73;

BERLINGIERI, F., *Lo standard del "reasonable man"*, in *La vendita internazionale, La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure, 26-28 settembre 1980, Milano, 1981;

BEUTHIEN, V., *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, Tübingen, 1969;

BIANCA, C.M., *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 2012;

BIANCA, C.M., *Diritto civile, IV, Le obbligazioni*, Milano, 1991;

BIANCA, C.M., voce *Condizioni generali di contratto: I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988;

BIANCA, C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1979;

BIANCA, M., *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990;

BIGLIAZZI GERI, L., voce *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991;

BIGLIAZZI GERI, L., *Della risoluzione per inadempimento, II*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna, Roma, 1988;

BIGLIAZZI GERI, L., *Osservazioni sull'art. 1461 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974;

BIGLIAZZI GERI, L., *Profili sistematici dell'autotutela privata, II*, Milano, 1971;

BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertragung, I*, Leipzig, 1916;

BLOMEYER, A., *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin-Frankfurt a.M., 1969 (v. anche l'edizione del 1957);

BOCCALATTE, A., *Osservazioni in tema di art. 1461 cod. civ.*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, I;

BOCCHIOLA, M., *La nozione di "insolvenza" nell'art. 1186*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I;

BOERI, E., *La responsabilità per ritardo e la mora del debitore*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, III, *Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padova, 2009;

- BÖB, H., *Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners vor der Fälligkeit*, Diss. Berlin, 1939;
- BOWLES, R., *Diritto e economia*, Bologna, 1985;
- BRECCIA, U., *L'abuso del diritto*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998;
- BRECCIA, U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1991;
- BRECCIA, U., *Possesso e denunce nel quadro della tutela civile dei diritti*, in AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991;
- BRECCIA, U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1991;
- BRECCIA, U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968;
- BRIANTE, V., SAVORANI, G., *Il fenomeno "sponsorizzazione" nella dottrina, nella giurisprudenza e nella contrattualistica*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1990, 2;
- BRIDGE, M.G., *Issues Arising Under Articles 64, 72 and 73 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *J.L. & Com.*, (25) 2005-2006;
- BROX, H., *Allgemeines Schuldrecht*, München, 1987;
- BRÜCKMANN, *Nachfrist bei Erfüllungsverweigerung*, in *DJZ*, 1902;
- BRUNNER, C., HURNI, C., in *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, herausgegeben von H. HONSELL, Heidelberg, 2010, *sub artt. 71-73*;
- BRUSCUGLIA, L., *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975;
- BRUSCUGLIA, L., *Cessione del contratto, buona fede e condizione sospensiva*, in *Foro it.*, 1972, I;

- BUNTE, H.-J., *Sulla programmata rielaborazione del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. cit. dir. priv.*, 1983;
- BUSNELLI, F.D., NAVARRETTA, E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno, V, Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998;
- BUSSANI, M., INFANTINO, M., *Diritto europeo dei contratti: un'introduzione*, Torino, 2010;
- BUTTARO, L., *Del giuoco e della scommessa*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1965;
- VON CAEMMERER, E., *Probleme des Haager einheitlichen Kaufrechts*, in *AcP* (178), 1978);
- VON CAEMMERER, E., *Das deutsche Recht und die Rechtsvergleichung*, in *NJW*, 1956;
- CAGNASSO, O., *I contratti pendenti*, in AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. AMBROSINI, Bologna, 2008;
- CAGNASSO, O., voce *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987;
- CALABRESI, G., *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in *Yale L. J.*, 1961;
- CALANDRA BUONAURA, V., *Il mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II;
- CANARIS, C.-W., *Il programma obbligatorio e la sua inattuazione: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004;
- CANARIS, C.-W., *Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte*, in *Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung*, herausgegeben von E. LORENZ, Karlsruhe, 2003;
- CANARIS, C.-W., *Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB*, in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, 2002;

CANARIS, C.-W., *Einführung*, in *Schuldrechtsreform 2002*, herausgegeben von C-W. CANARIS, München, 2002;

CANARIS, C.-W., *Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen*, in *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, herausgegeben von R. SCHULZE e H. SCHULTE-NÖLKE, Tübingen, 2001;

CANARIS, C.-W., *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in *JZ*, 2001;

CANARIS, C.-W., *Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik mit Rechtspolitischer Umschau*, 2001;

CANARIS, C.-W., *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983;

CANNATA, C.A., *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008;

CARBONI, B., *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corrispettività delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003;

CARRESI, F., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, XXI, 2, Milano, 1987;

CARTER, J.W., *Anticipatory Breach*, in *Current Developments in International Transfers of Goods and Services. 6th Singapore Conferences on International Business Law, September 1992*, edited by di L. RAO PENNA, T. KEANG SOOD, W. AI AI, C. LENG SUN, Singapore, 1994;

CARTER, J.W., *Party Autonomy and Statutory Regulation : Sale of Goods*, in *Journal of Contract Law*, (6) 1993;

CARTER, J.W., *Breach of Contract*, Sydney, 1991;

CARTER, J.W., *The Embiricos Principle and the Law of Anticipatory Breach*, in *Mod. L. Rev.*, (47) 1984;

CARTER, J.W., *Synthesis of the Law of Breach of Contract*, in *Camb. L.J.*, (38) 1979;

CARUSI, D., *Condizione e termini*, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, III, *Effetti*, Milano, 2006;

- CASTELLANI, L.G., *Il contributo dei Paesi in via di sviluppo al diritto uniforme: una quantité négligeable?*, in *Dir. comm. int.*, 2001;
- CASTRONOVO, C., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa dir. priv.*, 2010;
- CASTRONOVO, C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008;
- CASTRONOVO, C., *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2008;
- CASTRONOVO, C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006;
- CASTRONOVO, C., *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006;
- CASTRONOVO, C., (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II*, Milano, 2001; *Parte III*, Milano, 2005;
- CASTRONOVO, C., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990;
- CATALANO, E.M., *L'abuso del processo*, Milano, 2004;
- CERCHIA, R.E., *Quando il vincolo contrattuale si scioglie. Unicità e pluralità di temi e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2012;
- CERVALE, M.C., *La responsabilità dell'appaltatore*, Milano, 1999;
- CESARO, M.V., *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000;
- CHIARLONI, S., *Ruolo della giurisprudenza e attività creativa di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002;
- CIAN, G., *Relazione introduttiva*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004 (nonché, con il diverso titolo *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003);
- CIAN, G., *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I;
- CIAN, G., *Il BGB e la civilistica italiana. Attualità e ragioni di un confronto*, in *I cento anni del codice civile tedesco. In Germania e nella cultura giuridica italiana. Hundert*

Jahre Bürgerliches Gesetzbuch. In Deutschland und in der italienischen Rechtskultur, Padova, 2002;

CLERICO, G., *Minaccia di inadempienza contrattuale, rinegoziazione e forme di risarcimento*, in *Riv. cit. dir. priv.*, 2004;

COASE, R., *The Problem of Social Cost*, in *J. L& Econ.*, (3) 1960;

COEN, C., *Vertragsscheitern un Rueckabwicklung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zim englischen und deutschen Recht, zum UN-Kaufrecht sowie zu den Unidroit Principles of European Contract Law*, Berlin, 2003;

COLLURA, G., *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992;

CONTE, G., *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 1998;

CONTE, G., *Appunti in tema di mancato compimento dell'attività preparatoria e di risoluzione anticipata del contratto*, (nota a CASS., 10.4.1986, n. 2500), in *Riv. dir. comm.*, 1990, II;

CONTINO, E., *Casi e questioni in materia di inadempimento prima del termine e possibili rimedi*, in *Quadr.*, 1988;

COOTE, B., *Breach, Anticipatory Breach, or the Breach Anticipated?*, *L.Q.R.*, (123) 2007;

COOTER, R., MATTEI, U., MONATERI, P.G., PARDOLESI, R., ULEN, T., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999;

CORBIN, A.L., *Corbin on Contracts. A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law*, IV, St. Paul, 1951;

CORRIAS, P., *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006;

COSENTINO, F., *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, in *Quadr.*, 1988;

COSTANZA, M., in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1990;

- CRISCUOLI, G., *Il contratto. Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, Padova, 1992;
- CRISCUOLI, G., *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1968;
- CUBEDDU, M.G., *Profili attuali dello scioglimento del contratto nell'ordinamento tedesco tra modello italiano e diritto privato europeo*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di M.V. DE GIORGI, S. DELLE MONACHE, G. DE CRISTOFARO, I, Padova, 2010;
- CUBEDDU, M.G., *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995;
- CZIUPKA, J., *Dispositives Vertragsrecht: Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster*, Tübingen, 2010;
- DALLA MASSARA, T., *Obbligazioni pecuniarie: struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012;
- DALLA MASSARA, T., *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il «ripensamento» delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II;
- D'AMICO, G., *La compravendita*, I, in *Tratt. dir. civ. del CNN*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2013;
- D'AMICO, G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010;
- DATE-BAH, S.K., *The Convention on the International Sale of Goods from the Perspective of the Developing Countries*, in *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure, 26.-28.9.1980, Milano, 1981;
- DAUNER-LIEB, B., HEIDEL, T., RING, G., *Das neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 2002;
- DAUNER-LIEB, B., HEIDEL, T., LEPA, M., RING, G., *Das neue Recht in der anwaltlichen Praxis*, Bonn, 2002;
- DAUNER-LIEB, B., KONZEN H., SCHMIDT, K., *Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente – Brennpunkte – Ausblick*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002;
- DAUNER-LIEB, B., HEIDEL, T., LEPA, M., RING, G., *Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht*, Bonn, 2002;

DAUNER-LIEB, B., DUBOVITSKAYA, E., in *BGB. NomosKommentar*, herausgegeben von B. DAUNER-LIEB, B., HEIDEL, T., RING, G., II, *Schuldrecht*, 1, §§ 241-610, herausgegeben DAUNER-LIEB, B., LANGEN, W., Baden-Baden, 2012, *sub* § 323;

DAWSON, F., *Metaphors and Anticipatory Breach of Contract*, in *Camb. L.J.*, (40) 1981;

DAWWAS, A., *Anticipatory Avoidance of Contract: CISG and Egyptian Law Compared*, in *N.J.C.L.*, 1/2012;

DE CRISTOFARO, G., *Pratiche commerciali scorrette e «microimprese»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014;

DE CRISTOFARO, M., *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II;

DECURTINS, C., *Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im System der Vertragsverletzungen des schweizerischen Obligationsrechts*, Bern, 1956;

DE GIORGI, M.V., *Contratti di sponsorizzazione e doveri di correttezza*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1994;

DELFINI, F., *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998;

DELL'AQUILA, E., *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II;

DELLACASA, M., *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013;

DELLACASA, M., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008;

DELLACASA, M., *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007;

DELLACASA, M., *Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione «atipica»* (nota a CASS., 5.9.2006, n. 19074), in *Riv. dir. civ.*, 2007, II;

DELLA CHIESA, M., *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto* (nota a CASS., 21.12.2012, n. 23823), in *Contr.*, 2013;

DELLA CHIESA, M., *La risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di P. PARDOLESI, Bari, 2011;

- DELLA CHIESA, M., *Dichiarazione di non voler adempiere ed interpretazione del contratto* (nota a CASS., 2.8.2005, n. 16164), in *Contr.*, 2006;
- DE NOVA, G., *Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011;
- DE NOVA, G., *Il contratto ha forza di legge*, negli *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, a cura di P. CENDON, t. 2, Milano, 1994;
- DERNBURG, H., *System des Römischen Rechts*, bearbeitet von P. SOKOLOWSKI, II, Berlin, 1912;
- DE SANCTIS, V.M., *Inadempimento, prima della scadenza, del contratto di edizione* (nota a Cass., 17.3.1982, n. 1721), in *Giust. civ.*, 1983, I;
- DEVOTO, L., *L'obbligazione a esecuzione continuata*, Padova, 1943;
- DI MAJO, A., *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in *Europa dir. priv.*, 2012;
- DI MAJO, A., *La Modernisierung delle obbligazioni nel diritto tedesco*, nota di aggiornamento nell'*Introduzione al diritto comparato, II, Istituti*, edizione italiana a cura di A. DI MAJO E A. GAMBARO, Milano, 2011;
- DI MAJO, A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009;
- DI MAJO, A., *Linguaggio dei rimedi e tipologia dei danni*, in *Remedies in contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2008;
- DI MAJO, A., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005;
- DI MAJO, A., *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Europa dir. priv.*, 2004;
- DI MAJO, A., *La tutela civile dei diritti*, Milano 2003;
- DI MAJO, A., *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1994;
- DI MAJO, A., voce *Termine (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992;
- DI MAJO, A., *La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983;
- DI MAJO, A., *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Milano, 1972;
- DI MAJO GIAQUINTO, A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967;

DI MARZIO, F., *Un decreto legge in riforma del "diritto fallimentare"*, in *Giustiziacivile.com*, articolo del 26.6.2015;

DIURNI, A., KINDLER, P., *Il codice civile tedesco "modernizzato"*, Torino, 2004;

DÖLLE, H., (herausgegeben von), *Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964*, München, 1976;

DULLINGER, S., *Bürgerliches Recht, II, Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Wien, 2014;

EIDENMÜLLER, H., *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, 2015;

EISENBERG, M.A., *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, in *Cal. L. Rev.*, 2005, (93);

ELIESCO, M., *La sanction de l'inexécution du contrat, y compris l' "anticipatory breach"*, Bucarest, 1966;

EMMERICH, V., in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II, Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, herausgegeben von W. KRÜGER, München, 2007, *sub* § 321;

EMMERICH, V., *Das Recht der Leistungsstörungen*, München, 1997;

EMMERICH, V., *Das Recht der Leistungsstörungen*, München, 1991;

ENDERLEIN, F., MASKOW, D., STROHBACH, H., *Internationales Kaufrecht*, Berlin, 1991;

ENGELHARD, H.A., *Zu den Aufgaben einer Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts*, in *NJW*, 1984;

ENGLARD, I., *Viktor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*, in *Int. Rev. L. Ec.*, (10) 1990;

EÖRSI, G., *The Legal Consequences of the Breach of Contract and the Anticipatory Breach*, in *Études en droit compare, volume publié à l'occasion du septième congrès international de droit compare*, edited by Z. PÉTERI, Budapest, 1966;

ERLER, *Bedarf es im Falle des § 326 B.G.B. zur Begründung des Wahlrechts zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt der Bestimmung einer Frist auch bei vorzeitiger Erfüllungsverweigerung des anderen Teils?*, in *Das Recht*, 1901;

ERNST, W., ZIMMERMANN, R., *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, Tübingen, 2001, Anhang I;

ERNST, W., *Zum Fortgang der Schuldrechtsmodernisierung*, in *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, herausgegeben von W. ERNST, R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2001;

ERNST, W., in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II, Schuldrecht - Allgemeiner Teil. §§ 241-432*, herausgegeben von W. KRÜGER, München, 2012, sub § 323;

ESSER, J., SCHMIDT, E., *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil, 2, Durchführungshindernisse und Vertragshaftung. Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis*, Heidelberg, 1976, 1984, 1999;

FACCI, G., *Il diritto all'immagine dei giocatori*, in *Contr. Impr.*, 2014;

FACCI, G., *La sponsorizzazione sportiva e la violazione della buona fede: questioni vecchie e nuove*, in *Resp. civ.*, 2011;

FACCIOLI, M., *La responsabilità dell'alienante sotto condizione sospensiva*, in *La resp. civ.*, 2007;

FADDA, R., *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, I, Milano, 2013;

FADDA, R., *La tutela preventiva del credito*, Napoli, 2012;

FARNSWORTH, E.A., *Farnsworth on Contracts*, II, New York, 2004;

FARNSWORTH, E.A., *The Convention on the International Sale of Goods from the Perspective of the Common Law Countries*, in *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure, 26.-28.9.1980, Milano, 1981;

FAUVARQUE-COSSON, B., *The French Contract Law Reform in a European Context*, in *Elte Law Journal*, 2014;

- FAVALE, R., *Perturbative dell'adempimento e Pflichtverletzung alla luce della riforma del diritto tedesco delle obbligazioni in Germania*, in *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, a cura di R. FAVALE e B. MARUCCI, I, Napoli, 2003;
- FEHRENBACH, M., *Die Abhilfen des Verkäufers nach Artt. 131-139 GEKR*, in *Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlages der Kommission*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, München, 2012;
- FEHRENBACH, M., in *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, München, 2014, *sub art. 133*;
- FERRANTE, E., *Il nuovo Schuldrecht: ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, *Contr. Impr. Europa*, 2001;
- FERRARI, F., *La vendita internazionale: applicabilità ed applicazioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XXI, Padova, 2006;
- FERRARI, F., *Fundamental Breach of Contract under the UN-Sales Convention: 25 Years of Article 25 CISG*, in *Liber Memorialis Peter Šarčević. Universalism. Tradition and the Individual*, edited by J. ERAUW, V. TOMLJENOVIC AND P. VOLKEN, München, 2006;
- FERRETTI, I., *Il termine di adempimento e la condizione di efficacia: criteri distintivi e conseguenze applicative*, in *Giur. it.*, 2012;
- FERRI JR., G., *Spigolature intorno al decreto legge n. 83 del 2015*, in *Giustiziacivile.com*, articolo del 15.7.2015;
- FESTI, F., *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007;
- FIKENTSCHER, W., HEINEMANN, A., *Schuldrecht*, Berlin, 2006;
- FIKENTSCHER, W., *Schuldrecht*, Berlin, New York, 1997;
- FISCHER, J., *Die Unsicherheitseinrede. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Rechte eines Vertragspartners bei Vermögensverschlechterung der anderen Partei zum deutschen und US-amerikanischen Recht sowie zu den Einheitlichen Kaufrecht*, Frankfurt am Main, 1988;
- FLESSNER, A., *Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung*, in *ZEuP*, 1997;

- FOERSTE, U., in *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, a cura di H.-J. MUSIELAK, München, 2014, *sub* § 259;
- FOUNTOULAKIS, C., in *Schlechtriem & Schwenzler Commentary on the UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)*, edited by I. SCHWENZER, München, 2010, *sub* art. 72;
- FOX, T., *Das Wiener Kaufrechtsübereinkommen. Ein Vergleich zum italienischen und deutschen Recht*, München, 1994;
- FRAGALI, M., *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I;
- FREITAG, P., *Schlechterfüllung und Schlechterbringung. Zur Systematik der „positiven Vertragsverletzungen“*, Breslau, 1932;
- FRIELÉ, R., *Abteilung: Zivilrecht*, in AA.VV., *Der 60. Deutsche Juristentag in Münster vom 20. Bis 23. September 1994. Tagungsbericht.*, in *JZ*, 1995;
- FRITZ, P., *Die Schlechtleistung im besonderen Teil des Schuldrechts*, Karlsruhe, 1931;
- FRITZ, P., *Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners*, in *AcP*, (134) 1931;
- FROHBERG, G., *Die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung. Tatbestand und Rechtsfolgen*, Diss. Münster, 1979;
- GABRIELLI, E., *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in www.juscivile.it, 2014, 30 ss.; in *Riv. dir. priv.*, 2014;
- GABRIELLI, G., *Riflessi del diritto delle obbligazioni tedesco sul diritto italiano, negli Studi in memoria di Maria Luisa Corbino*, Milano, 1999;
- GABRIELLI, G., *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974;
- GABRIELLI, G., *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974;
- GALIZZI, P., SARTORELLI, V., *I Principi Unidroit 2010: verso un diritto "globale" dei contratti commerciali internazionali – Roma 17 – 18 febbraio 2012 – I Principi Unidroit nella pratica dell'arbitrato internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2012;
- GAMBARO, A., SACCO, R., *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008;

GAMBARO, A., voce *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1988;

GARDELLA TEDESCHI, B., *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali. Un'indagine comparatistica*, Milano, 2008;

GATT, L., *La tutela inibitoria del diritto al contratto*, negli *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006;

GAUCH, P., SCHLEUP, W.R., *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, II, Zürich, 2008;

GAZZONI, F., *Manuale di diritto privato*, 2015;

GEISLER, H., in *ZPO Kommentar*, a cura di H. PRÜTTING, M. GEHRLEIN, Köln, 2015, sub § 259;

GEORGI, K., *Die positive Vertragsverletzung im deutschen Kaufrecht vor un nach der Schuldrechtsreform. Probleme und Neuregelungen im Vergleich zum norwegischen Kaufrecht und zu den Grundprinzipien des europäischen Vertragsrechts*, in *Schriften des Instituts für ausländisches und europäisches privat- und Verfahrensrecht der Universität Leipzig*, Band 8, a cura di T. RAUSCHER, Regensburg, 2003;

GERNHUBER, J., *Die endgültige Erfüllungsverweigerung*, in *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag*, a cura di V. BEUTHIEN, M. FUCHS, H. ROTH, G. SCHIEMANN e A. WACKE, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999;

GIACOBBE, M., *Atipicità del contratto e sponsorizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1991;

GIAMPETRAGLIA, R., *Protestatio contra factum non valet. Fondamento, rilevanza, limiti*, Napoli, 2000;

GIANNATTASIO, C., *L'appalto*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, vol. XXIV, t. 2, Milano, 1977;

GIORGIANNI, M., *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1974;

GIULIANI, F.M., *Il concetto di termine nel diritto privato*, in *Contr. Impr.*, 2000;

GLÖCKNER, H.P., *Positive Vertragsverletzung. Die Geburt eines Rechtsinstituts*, Frankfurt a.M., Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2006;

GOODE, R., *Commercial Law*, London, 2004;

- GOODHART, A.L., *Measure of Damages When a Contract is Repudiated*, in *L.Q.R.*, (78), 1962;
- GREGER, R., in *Zöller. Zivilprozessordnung mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen. Kommentar*, Köln, 2014, sub § 259;
- GRISI, G., *L'inadempimento di necessità*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2014; nonché, in *www.juscivile.it*, 2014, 6;
- GRÜNEBERG, C., GROTHE, H., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, Gesamtsachverzeichnis §§ 1-610*, herausgegeben von H.G. BAMBERGER, H. ROTH, München, 2012, sub § 323;
- GUASTINI, R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004;
- GUERINONI, E., *Inadempimento anteriore alla scadenza del termine nel diritto italiano*, in *Dir. prat. soc.*, 13/2000;
- GUGLIELMUCCI, L., *Diritto fallimentare*, a cura di F. PADOVINI, Torino, 2015;
- GUGLIELMUCCI, L., *Effetti del fallimento sui rapporti preesistenti*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *La legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1979;
- HAAS, L., MEDICUS, D., ROLLAND, W., SCHÄFER, C., WENDTLAND, H., *Das neue Schuldrecht*, München, 2002;
- HAAS, L., *Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Die Mängelhaftung bei Kauf- und Werkverträgen*, in *NJW*, 1992;
- HAGER, G., *Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware nach amerikanischem, deutschem und Einheitlichem Haager Kaufrecht*, Frankfurt am Main, 1975;
- HANGEN, *Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung*, in *DJZ*, 1903;
- HATTENHAUER, H., *La storia della Schuldrechtsmodernisierung ed i compiti del legislatore*, in *Contr. Impr, Europa*, 2004;

HEDEMANN, J.W., *Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, in *Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, Band 2*, Berlin, 1949;

HEINRICHS, H., *Die Pflichtverletzung, ein Zentralbegriff des neuen Leistungsstörungenrecht*, in *Festschrift für P. Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, a cura di I. SCHWENZER, G. HAGER, Tübingen, 2003;

HENRICH, D., *Il contratto in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I;

HENRICH, D., *Vorvertrag. Optionsvertrag. Vorrechtsvertrag. Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluß*, Berlin-Tübingen, 1965;

HENSSLER, M., e GRAF VON WESTPHALEN, F., *Praxis der Schuldrechtsreform*, Recklinghausen, 2002;

HERBER, R., CZERWENKA, B., *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, München, 1991, sub artt. 71-73;

HIMMELSCHNEIDER, J., *Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen*, in *AcP*, (135), 1932;

HOFFMANN-BURCHARDI, H., *Die geschichtlichen Grundlagen der Vorschriften des BGB über Leistungsstörungen bei gegenseitigen Verträgen, (§§ 323-327)*, Diss. Münster, 1974;

HONNOLD, J.O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, edited and updated by H.M. FLECHTNER, The Netherlands, 2009, sub art. 71-72;

HONNOLD, J.O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, The Hague, 1999, sub Art. 72;

HONNOLD, J.O., *Documentary History of the Uniform Law for International Sales. The Studies, Deliberation and decisions that Led to the 1980 United Nations Convention with Introduction and Explanations*, Deventer, Boston, 1989;

HOLMES JR., O.W., *The Common Law*, New York, 1881, rist. nel 2004;

HORNUNG, R., FOUNTOLAKIS, C., in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen*

Warenkauf, begründet von P. Schlechtriem, herausgegeben von I. SCHWENZER, München,-Basel, 2010, *sub artt.* 71-73;

HOUIN, R., *Some Comparative Aspects of the Law Relating to Sale of Goods*, *ivi*, *Supplementary Publication*, n. 9, 1964;

HUBER, P., *Anticipatory Breach*, in *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, I, edited by J. BASEDOW, K.J. HOPT, R. ZIMMERMANN, with A. STIER, Oxford, 2012 (in lingua tedesca, ID., *Antizipierte Nichterfüllung*, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, herausgegeben von J. BASEDOW, K.J. HOPT, R. ZIMMERMANN, unter Mitwirkung von M. ILLMER, I, Tübingen, 2009);

HUBER, P., in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III, *Schuldrecht, Besonderer Teil I. §§ 433-610*, herausgegeben von W. KRÜGER und H.P. WESTERMANN, München, 2012, *sub art.* 71-73;

HUBER, P., MULLIS, A., *The CISG. A new textbook for students and practitioners*, München, 2007;

HUBER, P., in P. HUBER, F. FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, 2002;

HUBER, U., *Das geplante Recht der Leistungsstörungen*, in *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, herausgegeben von W. ERNST, R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2001;

HUBER, U., *Leistungsstörungen*, I, *Die allgemeinen Grundlagen. Der Tatbestand des Schuldnerverzugs. Die vom Schuldner zu vertretende Umstände*, in *Handbuch des Schuldrechts*, herausgegeben von J. GERNHUBER, IX, 1, Tübingen, 1999, nonché *Leistungsstörungen*, II, *Die Folgen des Schuldnerverzugs. Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit*, *ivi*, IX, 2, Tübingen, 1999;

HUBER, U., *Leistungsstörungen*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Köln, 1981;

HUBER, U., *Leistungsstörungen. Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes.? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht*

würden sich dabei ergeben?, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, herausgegeben von Bundesministerium der Justiz, I, Köln, 1981;

HUBER, U., *Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht*, in *Festschrift für Ernst v. Caemmerer zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von H.C. FICKER, D. KÖNIG, K.F. KREUZER, H.G. LESER, W.F. MARSCHALL VON BIEBERSTEIN, P. SCHLECHTRIEM, Tübingen, 1978;

HUBER, U., *Zur Haftung des Verkäufers wegen positive Vertragsverletzung*, in *AcP*, (177), 1977;

HUBER, U., *Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964*, München, 1976, sub art. 73;

HÜFFER, U., *Der Kieslieferungsvertrag*, in *JuS*, 1970;

IBBETSON, D.J., *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, 1999;

IVONE, G., *Sulle modifiche alla disciplina del curatore fallimentare*, in *Giustiziacivile.com*, articolo del 1° 7.2015;

JAENSCH, M., *Der Gleichlauf von Rücktritt und Schadensersatz*, in *NJW*, 2003;

JAKOBS, H.H., *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn, 1969;

VON JHERING, R., *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jh. Jb. IV*, (4) 1861;

VON JHERING, R., *Della culpa in contrahendo ossia il risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, traduzione dal tedesco e nota di lettura di F. PROCCHI, Napoli, 2005;

JONES, G.H., SCHLECHTRIEM, P., *Breach of Contract (Deficiencies in a Party's Performance)*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII, *Contracts in General*, edited by A.T. VON MEHREN, 2, ch. 15, Tübingen-Boston, 1976 (2008);

KAISER, D., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2014;

KASER, M., *Das römische Privatrecht*, II, München, 1975, 343 s., nonché ID., *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955;

KEILER, S., in *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, München, 2014, *sub art.* 113;

KOCH, R., *The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, edited by Pace International Law Review, Berlin, 1998;

KOLLER, I., ROTH, H., ZIMMERMANN, R., *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002*, München, 2002;

KÖPCKE, G., *Typen der positiven Vertragsverletzung*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1965;

KOTHE, W., MICKLITZ, H.-W., ROTT, P., TONNER, K., WILLINGMANN, A., *Das neue Schuldrecht. Kompaktcommentar*, Neuwied, 2003;

KRAMER, E.A., *Die Reform des Schuldrechts – Die privatrechtliche Abteilung des 60. Deutschen Juristentags, 20.-23. September 1994 in Münster*, in *ZEuP*, 1995;

KRITZER, A.H., “Book review”. *Honnold, Documentary History of the Uniform Law for International Sales (Kluwer, 1989)*, in *Cornell Int’l L.R.*, (22) 1989;

KRÜCKMANN, P., *Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streitsklausel, AcP*, (116) 1918;

KULL, I., *Direct Producers’ Liability and the Sellers’ Right of Redress in Estonia*, in *European Perspectives on Producers’ Liability: Direct Producers’ Liability. Direct Producers’ Liability for Non-conformity and the Sellers’ Right of Redress*, edited by M. EBERS, A. JANSSEN, O. MEYER, Munich, 2009;

LAMANNA, F., *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento. Concordato preventivo - Finanziamenti e contratti pendenti*, in www.ilfallimentarista.it, articolo del 29.6.2015;

LANDO, O., CLIVE, E., PRÜM, A., ZIMMERMANN R., (edited by), *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague-London-Boston, 2003;

LANGE, E., *Vorbereitung und Gefährdung der Leistung. Zum vorbeugenden Rechtsschutz im Schuldverhältnis und zur Dogmatik der sogenannten unselbständigen Nebenpflichten*, Diss. Tübingen, 1971;

- LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1987;
- LA ROSA, E., *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali. Qualità delle regole e nuovi assetti di valori*, Milano, 2012;
- LAWSON, F.H., *Remedies of English Law*, London, 1980;
- LEHMANN, H., *Die vorzeitige Erfüllungsverweigerung*, *AcP*, (96) 1905;
- LESER, H.G., in *Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964*, herausgegeben von H. DÖLLE, München, 1976, *sub art. 76*;
- LESER, H.G., *Die Erfüllungsverweigerung. Ein Typ der Leistungsstörungen*, in *Ius privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969, Nationales und vergleichendes Privatrecht*, herausgegeben von E. v. CAEMMERER, S. MENTSCHIKOFF, K. ZWIEGERT, II, Tübingen, 1969;
- LESSER, M., *Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen*, Breslau, 1906;
- LIEB, M., *Vom Beruf unserer Zeit zur Modernisierung des Schuldrechts*, in *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, herausgegeben von W. ERNST, R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2001;
- LIMBURG, H.R., *Anticipatory Repudiation of Contracts*, in *Cornell L.Q.*, (10) 1924-25;
- LIU, C., *Suspension or Avoidance due to anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, in *CISG Database*;
- LIU, Q., *Anticipatory Breach*, Oxford-Portland, 2011;
- LIU, Q., *Inferring Future Breach: Towards a Unifying Test of Anticipatory Breach of Contract*, in *Camb. L.J.*, (66) 2007;
- LLOYD, M.G., *Ready and Willing to Perform: The Problem of Perspective Inability in the Law of Contracts*, in *Mod. L. Rev.*, (37) 1974;
- LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2012;
- LORENZ, S., *Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002*, in *Karlsruher Forum 2005*, Karlsruhe, 2006;

- LORENZ, S., *Il nuovo diritto dell'inadempimento e della vendita. Un bilancio provvisorio*, in *Annuario di diritto tedesco* 2003, a cura di S. PATTI, Milano, 2005;
- LORENZ, S., RIEHM, T., *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002;
- LUCCHINI GUASTALLA, E., *La risoluzione di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano, 2002;
- LÜDERITZ, A., DETTMEIER, R., in *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, begründet von T. SOERGEL, neu herausgegeben von W. SIEBERT, XIII, *Schuldrechtliche Nebengesetze, 2, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, herausgegeben von U. STEIN, Köln 2000, *sub art. 71*;
- LUMINOSO, A., *Il mutuo dissenso*, Milano, 2015 (ristampa inalterata con nuova prefazione dell'autore);
- LUMINOSO, A., *La compravendita*, Torino, 2015;
- LUMINOSO, A., *La vendita*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2014;
- MACARIO, F., *Dai "contratti delle imprese" al "terzo contratto": nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009;
- MACARIO, F., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I;
- MACCARI, M.V., *Nuove applicazioni giurisprudenziali dell'abuso del diritto in ambito contrattuale: la locazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 4, II;
- MAGGIO, E., *I contratti per lo sfruttamento del nome e dell'immagine. Parte speciale: il contratto di endorsement*", in *I Contratti di pubblicità e di sponsorizzazione*, a cura di A.M. GAMBINO, nel *Trattato di diritto commerciale*, diretto da R. COSTI, Torino, 2012;
- MAGNUS, U., in *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, herausgegeben von M. MARTINEK, Berlin, 2012 (e 2013), *sub art. 71-73*;
- MAGNUS, U., in *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, edited by F. FERRARI, Munich, 2008;

MAGNUS, U., *Der Tatbestand der Pflichtverletzung*, in *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, herausgegeben von R. SCHULZE e H. SCHULTE-NÖLKE, Tübingen, 2001;

MAGNUS, U., *CISG and CESL*, Max Planck Private Law Research Paper No. 12/27;

MAIORCA, S., voce *Condizione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988;

MANNINO, V., *Questioni di diritto*, Milano, 2007;

MARKOVITS, D., SCHWART, A., *The Myth of Efficient Breach: New Defences of the Expectation Interest*, in *www.ssrn.com, Research Paper n. 431*, 2010;

MASSONE, E., *Mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II;

MATAJA, V., *Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, Leipzig, 1888;

MATTEI, U., *I rimedi*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *La parte generale del diritto civile, II, Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2001;

MAZEAUD, D., *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte*, in *Riv. dir. civ.*, 2014;

MAZZACANE, A., voce "Pandettistica", in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981;

MAZZAMUTO, S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015;

MAZZAMUTO, S., PLAIA, A., *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012;

MAZZAMUTO, S., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Remedies in contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2008;

MAZZAMUTO, S., *L'inattuazione della obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Europa dir. priv.*, 2001;

MAZZARESE, S., voce *Mora del debitore*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994;

MEDICUS, D., STÜRNER, M., in H. PRÜTTING, G. WEGEN, G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, Köln, 2013, *sub* § 323;

MEDICUS, D., *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, Köln, 2004;

MEDICUS, D., *Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht*, in *JZ*, 2003;

MEDICUS, D., *Leistungsstörungenrecht*, in *Das neue Schuldrecht*, a cura di L. HAAS, D. MEDICUS, W. ROLLAND, C. SCHÄFER e H. WENDTLAND, München, 2002;

MEDICUS, D., *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, München, 2000;

MEDICUS, D., *Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Das allgemeine Recht der Leistungsstörungen*, in *NJW*, 1992;

MEMMO, D., *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. Impr. Europa*, 2004;

MEMMO, D., *L'inadempimento e il ritardo nelle obbligazioni*, in *Le obbligazioni, I, Le obbligazioni in generale (art. 1173-1320 c.c.)*, a cura di M. FRANZONI, Torino, 2004;

MEMMO, D., *Il modello tedesco*, nell'*Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. GALGANO, con l'assistenza di F. FERRARI, Tavola 10, *La responsabilità per inadempimento contrattuale*, Bologna, 1992;

MEMMO, D., *Il contratto di vendita internazionale nel diritto uniforme*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983;

MENGONI, L., *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto a non domino*, in *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011;

MENGONI, L., voce *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1989, nonché in *Scritti, II*, a cura di A. ALBANESE, C. CASTRONOVO, A. NICOLUSSI, Milano, 2011;

MENGONI, L., *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, IV, in *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011;

MENGONI, L., *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011;

MENGONI, L., *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011;

MENGONI, L., *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Milano, 2011;

MENGONI, L., *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011;

MENGONI, L., *Sull'efficienza come principio giuridico*, in *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Milano, 2011;

MENGONI, L., *Diritto e tempo*, in *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011;

MENGONI, L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996;

MENGONI, L., *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994;

MENGONI, L., *Le obbligazioni*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Atti del Convegno di Milano, I, Milano, 1993;

MENGONI, L., *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1990;

MENGONI, L., *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986;

MENGONI, L., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984;

MENGONI, L., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952;

MERKEL, A., *Juristische Encyclopädie*, Berlin-Leipzig, 1885;

MERUZZI, G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005;

MESSINETTI, D., *La sistemica rimediabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2011;

MESSINETTI, D., *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. priv.*, 2005;

MESSINETTI, D., voce *Abuso del diritto*, *ivi*, aggiornamento, II, Milano, 1998;

MOLITOR, E., *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, München, Berlin, 1963;

MOMMSEN, F., *Beiträge zum Obligationenrecht, I, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853;

MONATERI, P.G., SOMMA, A., «*Alien in Rome*». *L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro it.*, 1999, V;

MORALES MORENO, A.M., *El control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario, por falta de pago*, in *Estudios jurídicos en homenaje*

- al *Profesor José María Miquel*, coordinato da L.M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, II, Navarra, 2014;
- MOSCO, L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950;
- MOSSLER, P., *Rücktrittsrecht vor Fälligkeit bei solvenzbedingten Zweifeln an der Leistungsfähigkeit des Schuldners*, (§ 323 Abs. 4 BGB), in *ZIP*, 2002;
- MOŽINA, D., *Kršitev pogodbe*, Ljubljana, 2006;
- MUGDAN, B., FALKMANN, R., *Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts*, IV, Leipzig, 1902;
- MURARO, G., *L'inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I;
- MURARO, G., *L'inadempimento prima del termine* (nota a Cass., 8.10.1963, n. 2677), in *Riv. dir. civ.*, 1965, II;
- MUSTILL, M., *Anticipatory Breach of Contract: The Common Law at Work, Butterworth Lectures 1989-90*, London, 1990;
- NATOLI, U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XVI, 1, Milano, 1974;
- NAVARRETTA, E., *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Remedies in contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2008;
- NEUMAYER, K.H., MING, C., *Convention de Vienne sur les contrats de vente international de marchandises*, édité par F. DESSEMONTET, Lausanne, 1993;
- NICOL, A., RAWLINGS, R., *Changing Attitudes to Anticipatory Breach and Third Party Beneficiaries*, in *Mod. L. Rev.*, (43) 1980;
- NICOLÒ, R., *L'adempimento*, in *Raccolta di scritti*, t. II, Milano, 1980;
- NICOLÒ, R., *Surrogatoria-Revocatoria*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1957;
- NICOLUSSI, A., *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, *Europa dir. priv.*, 2003;
- NIEDNER, A., *Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung*, in *DJZ*, 1901;

- NIENABER, P.M., *The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy*, in *Camb. L.J.*, (20) 1962;
- NIVARRA, L., *I rimedi specifici*, in *Europa dir. priv.*, 2011;
- NONNE, L., *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013;
- OBERTO, G., *I procedimenti semplificati ed accelerati nell'esperienza tedesca ed in quella inglese*, reperibile nel sito dell'Autore, www.giacomooberto.com/csm/2002/relazione.htm#_ftn1;
- OERTMANN, P., *Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Zweites Buch, Schuldrecht, 1, Allgemeine Lehren*, Leipzig, 1907;
- OERTMANN, P., *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921;
- ORLANDO, S., *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011;
- OTTO, H., SCHWARZE, R., in *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, II, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht II)*, herausgegeben von M. LÖWISCH, Berlin, 2009, sub § 323;
- PADOVINI, F., *L'inadempimento anticipato (fra codici di diritto europeo)*, in *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, a cura di G. ALPA e E. NAVARRETTA, Milano, 2015;
- PADOVINI, F., *Risoluzione e recesso: strumenti diversi, esito identico*, in *Obbl. contr.*, 2012;
- PADOVINI, F., *L'eccezione di pericolo di inadempimento (Unsicherheitseinrede)*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Atti del Convegno svoltosi a Ferrara il 7.-8.3.2003, a cura di G. CIAN, Padova, 2004;
- PADOVINI, F., *Limitazioni convenzionali della responsabilità*, in *Violazioni del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003;
- PADOVINI, F., *La vendita internazionale dalle Convenzioni dell'Aja alla Convenzione di Vienna*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987;

- PAGLIANTINI, S., *A proposito del libro di Fabio Addis "Il 'mutamento' nelle condizioni patrimoniali dei contraenti"*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, nonché in *Persona e mercato*, 1, 2015;
- PALADINI, M., *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013;
- PARDOLESI, R., *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XII;
- PARDOLESI, R., *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in *Quadr.*, 1988;
- PARDOLESI, R., voce *Analisi economica del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987;
- PATTI, A., *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fall.*, 2013;
- PATTI, F.P., *Risoluzione per inadempimento anteriore alla scadenza del termine*, in *Giustiziacivile.com*, articolo del 10 giugno 2014;
- PATTI, S., *L'appalto*, in *Manuale di diritto privato europeo, vol. II, Proprietà, Obbligazioni, Contratti*, a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, Milano, 2007;
- PATTI, S., *Luci e ombre nella riforma dello Schuldrecht*, in *Annuario di diritto tedesco* 2003, a cura di S. PATTI, Milano, 2005;
- PATTI, S., voce *Abuso del diritto*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987;
- PELOSI, A.C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975;
- PERLINGIERI, P., *Rimedi e modello sociale europeo*, in *Remedies in contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2008;
- PERLINGIERI, P., *Cessione del credito ed eccezione di inesigibilità*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1967;
- PILTZ, B., *Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung*, München, 2008;
- PINNA, A., *L'exception pour risque d'inexécution*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2003;

- PIRAINO, F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015;
- PIRAINO, F., *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 cod. civ.*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015;
- PIRAINO, F., in *Annuario del contratto 2013*, Torino, 2014;
- PIRAINO, F., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa dir. priv.*, 2013;
- PIRAINO, F., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011;
- PIRAINO, F., *Alcune osservazioni in tema di rimedi*, in *Giureta*, 2010;
- POLLOCK, F., in *Holmes-Pollock Letters. The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*, edited by M. DE WOLFE HOWE, Cambridge Mass., 1946, II, 74 (lettera del 14.8.1921);
- PONZANELLI, G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983;
- POSNER, R.A., *The Economic Analysis of Law*, Boston, Toronto, 1986;
- POSNER, R.A., *The Economic Approach to Law*, in *Tex. L. Rev.*, 1975;
- PRINCIGALLI, A.M., *La dichiarazione orale e anticipata di non voler adempiere*, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1970;
- PROTO PISANI, A., *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, nonché in *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003;
- PROTO PISANI, A., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile*, in *Foro it.*, 2002;
- PUTORTÌ, V., *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008;
- PUTORTÌ, V., *La risoluzione anticipata del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2006;
- RABE, D., *Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Verjährung*, in *NJW*, 1992;
- RABEL, E., *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, Berlin-Leipzig, 1936;
- RABEL, E., *Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes*, in *RabelsZ*, (9) 1935;

- RAMMING, K., *Vorzeitiges Rücktrittsrecht und Schadensersatz statt der Leistung*, in ZGS, 2002;
- RANIERI, E., *La riforma del codice civile tedesco: spunti di riflessione*, in Giust. civ., 2003;
- RAVAZZONI, A., *Osservazioni in tema di mutamento nelle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti*, in Temi, 1958;
- REINHART, G., *Zurückbehaltungsrecht und Unsicherheitseinrede nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB*, in *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationsrecht. Referate und Diskussionen der Fachtatung Einheitliches Kaufrecht am 16./17.2.1987*, herausgegeben von P. SCHLECHTRIEM, Baden-Baden, 1987;
- REMIEN, O., *Nationale Schuldrechtsmodernisierung und gemeineuropäische Privatrechtswissenschaft*, in *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, herausgegeben von R. SCHULZE e H. SCHULTE-NÖLKE, Tübingen, 2001;
- RESCIGNO, P., *La codificazione tedesca della störung der geschäftsgrundlage*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Atti del Convegno svoltosi a Ferrara il 7.-8.3.2003, a cura di G. CIAN, Atti del Convegno svoltosi a Ferrara il 7.-8.3.2003, a cura di G. CIAN, Padova, 2004;
- RESCIGNO, P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998;
- RESCIGNO, P., voce *Condizione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961;
- RESTIVO, C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007;
- RHEINSTEIN, M., *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht*, Berlin-Leipzig, 1932;
- RIEHM, T., *Der Grundsatz der Naturalerfüllung*, Tübingen, 2015;
- ROLLAND, W., *Einführung*, in *Das neue Schuldrecht*, a cura di L. HAAS, D. MEDICUS, W. ROLLAND, C. SCHÄFER e H. WENDTLAND, München, 2002;
- ROLLAND, W., *Schuldrechtsreform – Allgemeiner Teil*, in NJW, 1992;
- ROMANO, F., *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, in Riv. dir. civ., 1965, II;

- ROMANO, S., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, 1958;
- ROPPO, V., Behavioural Law and Economics, *regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013;
- ROPPO, V., *A partire dalla formazione, divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2011;
- ROPPO, R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011;
- ROPPO, V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001;
- ROTH, H., in *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 4, §§ 253-327, Tübingen, 2008, *sub* § 259;
- ROTONDI, M., *L'abuso di diritto*, *Riv. dir. civ.*, 1923;
- ROWLEY, K.A., *A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Law*, in *University of Cincinnati L.R.* (69) 2001;
- RUBINO, D., *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, III ed., Torino, 1958;
- RUBINO, D., IUDICA, G., *Dell'appalto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1992;
- RUBINO, D., voce *Appalto privato*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 1, Torino, 1957;
- RUBINO, D., *Risoluzione giudiziale in pendenza del termine contrattuale* (nota a Cass., 17.1.1949, n. 46), in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, I (nonché in *Studi giuridici*, Milano, 1970);
- RUBINO, D., *La fattispecie e gli effetti preliminari*, Milano, 1939;
- RÜCKERT, J., *Ausgleich durch Auslegung, Schadensersatz oder Kondiktion? Die sog. Umbaufälle bei Schönheitsreparaturpflichten als Prüfstein der Schuldrechtsdogmatik*, in *AcP*, (184) 1984;
- RUSSO, E., *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, "terzo contratto"*, in *Contr. Impr.*, 2009;

RUSSO, E., voce *Termine (diritto civile), I) In generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994;

SACCO, R., in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2004 (ora *Il contratto*, Torino, 2016);

SACCO, R., in G. ALPA, A. GARNERI, P.G. MONATERI, G. PASCUZZI, R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano, 2, Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999;

SACCO, R., *Il contratto in generale*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Atti del Convegno di Milano, I, Milano, 1993;

SAENGER, B., in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, §§ 1-610, CISG, herausgegeben von H.G. BAMBERGER und H. ROTH, München, 2012, *sub art.* 71-72;

SAIDOV, D., in *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, edited by S. KRÖLL, L. MISTELIS, P.P. VISCASILLAS, München, 2001, *sub art.* 71-72;

SALVATO, L., *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fall.*, 2013;

SALVI, C., voce *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1988;

SANTINI, G., *La sospensione e la risoluzione anticipate del contratto*, in *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure, 26.-28.9.1980, Milano, 1981;

SARACINI, E., *Il termine e le sue funzioni*, Milano, 1979;

SARDO, G., *Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimpleti contractus* (nota a Cass., 14.3.2003, n. 3787), in *Contr.*, 2004;

SARTORI, F., *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011;

SCARANTINO, E., nel *Codice civile commentato*, a cura di G. ALPA e V. MARICONDA, I, Milano, 2013, *sub* 1185;

SCHAPP, J., *Empfiehl sich die „Pflichtverletzung“ als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts?*, in *JZ*, 2001;

SCHEIFELE, B., *Die Rechtsbehelfe des Verkäufers nach dem deutschen und UN-Kaufrecht*, Rheinfelden, 1986;

SCHEVEN, M. v., *Der Sukzessivlieferungsvertrag. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen Recht, zum Haager Einheitlichen Kaufrecht und zum UN-Kaufrecht*, Frankfurt a.M., 1984;

SCHLECHTRIEM, P., BUTLER, P., *UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sale of Goods*, Heidelberg, 2009;

SCHLECHTRIEM, P., *Internationales UN-Kaufrecht. Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, Tübingen, 2005;

SCHLECHTRIEM, P. SCHMIDT-KESSEL, M., *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2005;

SCHLECHTRIEM, P., *Abstandnahme vom Vertrag, in Europäische Vertragsvereinheitlichung und deutsches Recht*, herausgegeben von J. BASEDOW, Tübingen, 2002;

SCHLECHTRIEM, P., *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws, Saggi, Conferenze e Seminari 24, Roma (February 1997), Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, diretto da M.J. BONELL, in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem16.html>*;

SCHLECHTRIEM, P., *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1997;

SCHLECHTRIEM, P., *Bemerkungen zur Geschichte des Einkaufsrechts, in Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, Baden-Baden, 1987;

SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law, The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Wien-Vienna, 1986;

SCHLECHTRIEM, P., *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers, in Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. Und 20. November 1984*, herausgegeben von Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, Zürich, 1985;

SCHLECHTRIEM, P., *Einheitliches UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über internationale Warenkaufverträge: Darstellung und Texte*, Tübingen, 1981;

SCHLESINGER, W., *Die vorläufige und die endgültige Nichterfüllung*, in *ZbljP*, (44) 1926;

- SCHMIDT, E., *Das Schuldverhältnis. Eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts*, Heidelberg, 2004;
- SCHMIDT-KESSEL, M., in H. PRÜTTING, G. WEGEN, G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, Köln, 2013, *sub* § 280;
- SCHMIDT-KESSEL, M., *The Right to Specific Performance Under the DCFR*, in *The Common Frame of Reference: A View from Law and Economics*, edited by G. WAGNER, München, 2009;
- SCHMIDT-KESSEL, M., *CISG-Verträge in der Insolvenz – eine Skizze -*, in *Festschrift für Peter Schlechtriem um 70. Geburtstag*, herausgegeben von I. SCHWENZER und G. HAGER, Tübingen, 2003;
- SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *Das neue Schuldrecht. Anwendung und Auswirkungen in der Praxis*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002;
- SCHMIDT-KESSEL, M., *Vertragsaufhebung nach UN-Kaufrecht*, in *RIW*, 1996;
- SCHOPPER, A., *Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrages oder eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte (Teil IV CESL Entwurf)*, in *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, herausgegeben von C. WENDEHORST, B. ZÖCHLING-JUD, Wien, 2012;
- SCHOTT, V., *Antizipierter Vertragsbruch und Leistungsgefährdung. Eine Vergleichung des amerikanischen Rechts mit dem international vereinheitlichten Kaufrecht*, Diss. Bonn, 1992;
- SCHULZE, R., *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I;
- SCHULZE, R., *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz e prospettive di unificazione del diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti*, Atti del Convegno svoltosi a Ferrara il 7.-8.3.2003, a cura di G. CIAN, Padova, 2004;
- SCHULZE, W., *Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners. Ein Beitrag zur Lehre von den positive Vertragsverletzungen*, Diss. Leipzig, 1934;
- SCHÜNEMANN, W.B., *Die positive Vertragsverletzung – ein offenes Problem?*, in *JuS*, 1987;

SCHWAB, D., *Das BGB und seine Kritiker*, in *Zeitschrift für neuere Geschichte*, 2000;

SCHWARK, E., *Grundsätzliche Fragen einer Überarbeitung des Schuldrechts*, in *JZ*, 1980;

SCHWARTZ, A., *Law and Economics: l'approccio alla teoria del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996;

SCOGNAMIGLIO, R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969;

SELIAZNIOVA, T., *Prospective Non-Performance or Anticipatory Breach of Contract (Comparison of the Belorussian Approach to CISG Application and Foreign Experience)*, in *J.L. & Com.*, (24) 2004;

SEONG, S., *Der Begriff der nicht gehörigen Erfüllung aus dogmengeschichtlicher und rechtsgeschichtlicher Sicht*, Frankfurt a.M., 2004;

SIBER, H., *Schuldrecht*, Leipzig, 1931;

SIBER, H., *Grundriss des bürgerlichen Rechts, II, Schuldrecht*, Leipzig, 1931;

SIRENA, P., ADAR, Y., *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I;

ROWAN, S., *The New French Law of Contract*, *IC.L.Q.* 2017;

SONNENBERGER, H.J., *Leistungsstörung, positive Forderungsverletzung und Beweislast – rechtsvergleichende Bemerkungen*, in *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von V. BEUTHEIN, M. FUCHS, H. ROTH, G. SCHIEMANN, A. WACKE, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999;

SPALLAROSSA, M.R., *Importanza dell'inadempimento e risoluzione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1972;

SPINELLI, M., *Le cessioni liquidative, I*, Napoli, 1959;

STAUB, H., *Le violazioni positive del contratto*, traduzione a cura di G. VARANESE e presentazione di R. FAVALE, Napoli, 2001;

STAUB, H., *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904;

STAUB, H., *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag*, Berlin, 1902;

STAUB, H., *Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung*, in *DJZ*, 1901;

- STAUNOVO POLACCO, E., *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: i contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, articolo del 24.7.2015;
- STOETZER, W.-J., *Die Theorien der positiven Vertragsverletzung*, Borna-Leipzig, 1932;
- STOLL, Ha., *Zur Haftung bei Erfüllungverweigerung im Einheitlichen Kaufrecht*, in *RabelsZ*, (52) 1988;
- STOLL, He., *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre*, in *AcP*, (136), 1932;
- STRUB, M.G., *The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries*, in *I.C.L.Q.*, (38) 1989;
- TABACHNIK, E., *Anticipatory Breach of Contract*, in *C.L.P.*, 1972;
- TARTAGLIA, P., *Dichiarazione di risoluzione del contratto per fatti imputabili alla controparte e inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II;
- TESCARO, M., *I punitive damages nordamericani: un modello per il diritto italiano?*, in *Contr. Impr. Europa*, 2012;
- TEUBNER, G., *Gegenseitige Vertragsuntreue. Rechtsprechung und Dogmatik zum Ausschluß von Rechten nach eigenem Vertragsbruch*, Tübingen, 1975;
- TITZE, H., *Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse*, in *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, begründet von F. VON LISZT e W. KASKEL, herausgegeben von E. KOHLRAUSCH, H. PETERS e A. SPIETHOFF, *Abteilung Rechtswissenschaft*, herausgegeben von E. KOHLRAUSCH e H. PETERS, VIII, Berlin, 1932;
- TORRENTE, A., *Il giudice e il diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962;
- TORSELLO, M., FRIGNANI, A., *Il contratto internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, 2010;
- TORSELLO, M., *Italy*, in *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, edited by F. FERRARI, Munich, 2008;
- TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2013;
- TREITEL, G.H., *Remedies for Breach of Contract*, 1988;

TREITEL, G.H., *Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII, *Contracts in General*, edited by A.T. v. MEHREN, 2, ch. 16, Tübingen-Boston, 1976 (2008);

TRITTEL, G.H., *The Law of Contract*, London, 1962;

TRIMARCHI, P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010;

TRIMARCHI, P., *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970;

TRIMARCHI, P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961;

TRIMARCHI, V.M., voce *Termine (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973;

TROIANO, S., *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005;

VANWIJCK-ALEXANDRE, M., *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme. Les droits belge et français face à l'«anticipatory breach» de la common law*, Liège, 1982;

VATTERMOLI, D., *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in *Giustiziacivile.com*, articolo del 6.7.2015;

VENTURELLI, A., *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinallagmatica «anticipata»*, in *Contr. Impr.*, 2015;

VENTURELLI, A., *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013;

VENTURELLI, A., *Dalla minaccia di inadempienza alla violazione anticipata del rapporto obbligatorio*, in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, a cura di A. VENTURELLI, Torino, 2013;

VENTURELLI, A., *Tutela dilatoria «anticipata» e contratto d'appalto*, in *Obbl. contr.*, 2012;

VENTURELLI, A., *Il rifiuto serio e definitivo dell'adempimento*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato, Atti del X Incontro Nazionale, Firenze, 25.-26.1.2008*, a cura di G. COLLURA, Milano, 2009;

VESSICHELLI, A., in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Commentario coordinato da C.M. BIANCA, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, sub art. 71-73;

- VETTORI, G., *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo tra le Corti*, in *Europa dir. priv.*, 2011;
- VETTORI, G., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2005;
- VILUS, J., *Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer*, in *International Sales of Goods, Dubrovnik Lectures*, edited by P. ŠARČEVIĆ and P. VOLKEN, New York-London-Rome, 1986;
- VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979;
- VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H., BEALE, H., HERRE, J., HUET, J., SCHLECHTRIEM, P., STORME, M., SWANN, S., VARUL, P., VENEZIANO, A., ZOLL F., (edited by), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, Munich, 2009;
- WEIDT, H., *Antizipierter Vertragsbruch. Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2008;
- WEITNAUER, H., *Vertragsaufhebung und Schadensersatz nach dem Einheitlichem Kaufgesetz und nach geltendem deutschem Recht*, in *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg*, herausgegeben von E. WAHL, R. SERICK, H. NIEDERLÄNDER, Heidelberg, 1967;
- WEIS, H., *Einführung in den Diskussionsentwurf*, in *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, herausgegeben von W. ERNST, R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2001;
- WENDEHORST, C., in *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, München, 2014, *sub art.* 116;
- WERTENBRUCH, J., *Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllungsanspruch und den Rechten aus § 326 nach einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners*, in *AcP*, (193), 1993;
- WESTERMANN, H.P., in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar* herausgegeben von H.P. WESTERMANN, I, Köln, 2011, *sub §* 321;

WESTERMANN, H.P. BYDLINSKI, P., WEBER, R., *BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2003;

WESTERMANN, H.P., *Das Schuldrecht 2002. Systematische Darstellung der Schuldrechtsreform*, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2002;

WESTHELLE, F., *Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung*, Köln, 1978;

WHITTAKER, S., *How does French Law Deal with Anticipatory Breaches of Contract?*, in *I.C.L.Q.*, (45) 1996;

WIENERT, H., *Die Erfüllungsweigerung bei gegenseitigen Verträgen nach und vor Fälligkeit*, Göttingen, 1936;

WILLINGMANN, A., HIRSE, T., *Schuldrechtsmodernisierung und Allgemeines Schuldrecht*, in *Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz*, a cura di H.-W. MICKLITZ, T. PFEIFFER, K. TONNER e A. WILLINGMANN, in *Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V.*, a cura di H.-W. MICKLITZ, Band 9, 2001;

WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt, 1906, rist. Aalen, 1963;

WINDSCHEID, B., *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850;

WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette*, traduzione dei Professori C. FADDA e P. E. BENZA, con note e riferimenti al diritto civile italiano, I, Torino, 1925;

WITZ, W., *Zurückbehaltungsrechte im internationalen Kauf – Eine praxisorientierte Analyse zur Durchsetzung des Kaufpreisanspruchs im CISG*, in *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von I. SCHWENZER und G. HAGER, Tübingen, 2003;

WOLF, A., *Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1978;

ZACCARIA, A., *Obligatio est iuris vinculum... Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Torino, 2015;

ZACCARIA, A., *La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2000;

ZANICHELLI, V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lg. 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2008;

- ZIEGEL, J.S., *The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives*, in *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, edited by N.M. GALSTON, H. SMIT, New York, 1984;
- ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Wetton, Johannesburg, 2006;
- ZIMMERMANN, R., *The New German Law of Obligation. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, New York, 2005;
- ZIMMERMANN, R., *Gemeines Recht heute: Das Kreuz des Südens*, in *Der Praktische Nutzen der Rechtsgeschichte. Hans Hattenhauer zum 8. September 2001*, herausgegeben von J. ECKERT, Heidelberg, 2003;
- ZIMMERMANN, R., *Modernizzazione del diritto delle obbligazioni?*, in *Annuario di diritto tedesco 2001*, a cura di S. PATTI, Milano, 2002;
- ZIMMERMANN, R., *Schuldrechtsmodernisierung?*, in *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, herausgegeben von W. ERNST, R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2001;
- ZITELMANN, E., *Nichterfüllung und Schlechterfüllung. Selbstmahnung des Schuldners, Zwei Beiträge zum Schuldrecht*, in *Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum*, Berlin, 1911;
- ZÖHLING-JUD, B., *Rechtsbehelfe des Käufers im Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, in *Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?, Eine Analyse des Vorschlages der Kommission*, , herausgegeben von M. SCHMIDT-KESSEL, München, 2012;
- ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *Introduzione al diritto comparato, II, Istituti*, edizione italiana a cura di A. DI MAJO, A. GAMBARO, Milano, 2011.

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Per una raccolta delle principali pronunce giurisprudenziali, v. *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, a cura di A. VENTURELLI, Torino, 2013, 71 ss.

CASS. TORINO, 16.6.1885, n. 361, in *La Giur.*, 1885, 433 ss.; in *Dir. giur.*, 1885, 167; in *Gazz. pret.*, 1886, 83; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 71 ss.;

APP. VENEZIA, 26.6.1913, n. 477, in *Ragg. giur.*, 1913, 498 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 95 ss.;

APP. VENEZIA, 2.6.1916, n. 199, in *Ragg. Giur.*, 1916, 554 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 115 ss.;

APP. GENOVA, 2.5.1916, n. 440, in *Temi gen.*, 1916, 392 ss.; in *Dir. comm.*, 1916, II, 860 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 109 ss.;

APP. GENOVA, 26.5.1916, n. 527, in *Temi gen.*, 1916, 462 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 112 ss.;

CASS. FIRENZE, 7.1.1918, n. 2, in *Mon. trib.*, 1918, 407 s.; in *Foro it.*, 1918, I, 267 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 118 ss.;

APP. BOLOGNA, 7.1.1924, n. 50, in *Temi emil.*, 1924, I, 139 ss.;

CASS., 13.6.1924, n. 1111, in *Rep. Foro it.*, 1924, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 130; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 130 ss.;

CASS., 20.10.1924, n. 2198, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 1042 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 133 ss.;

CASS., 10.11.1928, n. 4020, in *Rep. Foro it.*, 1928, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 429; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 136 ss.;

CASS., 3.5.1930, n. 1507, in *Rep. Foro it.*, 1930, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 282 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 140 ss.;

APP. BOLOGNA, 8.6.1931, n. 503, in *La Giur.*, 1931, 1470 ss.; in *Temi emil.*, 1931, I, 1, 354 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 144 ss.;

CASS., 27.7.1933, n. 3173, in *Rep. Foro it.*, 1933, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 250; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 158 ss.;

CASS., 15.1.1935, n. 128, in *La Giur.*, 1935, 161 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 163 ss.;

CASS., 4.8.1936, n. 3032, in *Rep. Foro it.*, 1936, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 286; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 170 ss.;

CASS., 31.7.1939, n. 3109, in *Rep. Foro it.*, 1939, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 385, nonché in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 174;

CASS., 1.2.1950, n. 271, in *Foro it.*, 1950, I, 1032 ss.; in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, II, 37 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 224 ss.;

CASS., 7.7.1952, n. 2060, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 262; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 234 ss.;

CASS., 13.5.1954, n. 1516, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1107 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 237 ss.;

CASS., 9.6.1956, n. 1994, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 309; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 249 ss.;

CASS., 30.6.1959, n. 2064, in *Rep. Foro it.*, 1959, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 203; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 256 ss.;

CASS., 26.10.1959, n. 3076, in *Rep. Foro it.*, 1959, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 249;

CASS., 29.2.1960, n. 364, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 35 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 259 ss.;

CASS., 20.12.1960, n. 3291, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 284 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 264 ss.;

CASS., 27.6.1961, n. 1542, in *Cal. giud.*, 1961, 517 ss.; in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 336; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 268 ss.;

CASS., 18.7.1962, n. 1919, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Obbligazioni e contratti*, 276 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 275 ss.;

CASS., 6.10.1962, n. 2858, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 275; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 278 ss.;

CASS., 6.10.1962, n. 2858, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 275; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 278 ss.;

CASS., 8.10.1963, n. 2677, in *Giust. civ.*, 1964, I, 651 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 281 ss.;

CASS., 29.9.1964, n. 2464, in *Rep. Foro it.*, 1964, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 292; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 289 ss.;

CASS., 18.2.1965, n. 265, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 329; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 292 ss.;

APP. FIRENZE, 10.3.1968, n. 348, in *Giur. tosc.*, 1968, 403 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 298 s.;

CASS., 4.3.1970, n. 529, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 261 ss.; in *Rep. Foro it.*, 1970, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 265; nonché in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 302 ss.;

CASS., 20.7.1971, n. 2335, in *Foro it.*, 1971, I, 2485 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 305 ss.;

CASS., 9.6.1972, n. 1783, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce *Obbligazioni in genere*, n. 34-37;

CASS., 29.10.1973, n. 2818, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 20; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 313 ss.;

CASS., 27.7.1973, n. 2210, in *Foro it.*, 1974, I, 1769 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 308 ss.;

CASS., 22.2.1974, n. 535, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Obbligazioni in genere*, n. 32; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 316 ss.;

CASS., 10.10.1975, n. 3229, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Contratto in genere*, n. 181; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 320 ss.;

CASS., 12.12.1975, n. 4089, in *Foro it.*, 1976, I, 1613 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 324 ss.;

CASS., 7.9.1977, n. 3900, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Obbligazioni in genere*, n. 38; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 329 ss.;

CASS., 4.4.1979, n. 1950, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Contratto in genere*, nn. 348 s.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 335 ss.;

CASS., 17.3.1982, n. 1721, in *Foro it.*, 1982, I, 2524 ss.; in *Giust. civ.*, 1983, I, 1306 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 338 ss.;

CASS., 28.11.1984, n. 6196, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratto in genere*, n. 264; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 344 ss.;

CASS., 10.4.1986, n. 2500, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 501 ss.; in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, 155 ss.; in *Riv. not.*, 1986, 787 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 348 ss.;

CASS., 10.12.1986, n. 7318, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Obbligazioni in genere*, n. 12; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 352 ss.;

CASS., 4.3.1993, n. 2653, *Arch. civ.*, 1993, 803;

CASS., 9.6.1993, n. 6441, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Contratto in genere*, n. 475; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 355 ss.;

CASS., 19.4.1996, n. 3713, in *Foro it.*, 1996, I, 2389 ss.; in *Giust. civ.*, 1997, I, 778 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 359 ss.;

CASS., 9.1.1997, n. 97, in *Danno e resp.*, 1997, 727 ss.; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 365 ss.;

CASS. 24.2.1999, n. 1574, *Corr. giur.*, 1999, 1259;

CASS., 24.2.1999, n. 1572, in *Giur. it.*, 2000, 736;

CASS., 16.7.2001, n. 9637, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 471; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 369 ss.;

CASS., 15.5.2002, n. 7060, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, n. 535;

CASS. 4.11.2003, n. 16530, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, 966 ss.; in *Arch. civ.*, 2004, 1078; in *Gius.*, 2004, 940 s., nonché in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 378 ss.;

CASS., 14.3.2003, n. 3787, in *Contratti*, 2004, 446 ss.; in *Giust. civ.*, 2004, I, 458 ss.; in *Gius.*, 2003, 1570; in *Impr.*, 2003, 876; in *Arch. civ.*, 2004, 94; in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 375 ss.;

CASS., 1.6.2004, n. 10490, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, 567;

CASS., 19.1.2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460;

CASS., sez. un., 15.11.2007, n. 23726, in *Giust. civ.*, 2008, I, 641; in *Foro It.*, 2008, I, 1514; in *Rass. dir. civ.*, 2010, 292; in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 335;

CASS., 20.2.2008, n. 4320, in *Giur. it.*, 2008, 2480;

CASS., 21.12.2012, n. 23823, in *Contr.*, 2013, 553 ss., nonché *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 383 ss.;

CASS., 22.5.2015, n. 10546, in *Corr. giur.*, 2015, 1518 ss.

GIURISPRUDENZA INGLESE

Ford v. Tiley (1827) 6 B & C 325; 108 ER 472;

Franklin v. Miller (1836) 4 Ad & El 599; 111 ER 912;

Philpotts v. Evans (1839) 5 M & W 475; 151 ER 200;

Short v. Stone (1846) 8 QB 358; 115 ER 911;

Ripley v. M'Clure (1849) 4 Ex 345; 154 ER 1245;

De Bernardy v. Harding (1853) 8 Ex 822; 155 ER 1586;

Hochster v. De La Tour (1853) 2 El & Bl 679; 118 ER 922 ;

Avery v. Bowden (1855) 5 El & Bl 714; 119 ER 647;

Frost v. Knight (1872) LR 7 Ex 111;

Bradley and Others v. H. Newsom, Sons & Company (1919) AC 16;

Heyman v. Darwins Ltd (1942) AC 356;

Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati (1957) 2 QB 401;

Denmark Productions v. Boscobel Productions (1969) 1 QB 699;

Woodar Investment Development Ltd v. Wimpey Construction UK Ltd (1980) 1 WLR 277.

GIURISPRUDENZA TEDESCA

OGH BAYERN, 30.4.1875, in *SeuffA*, 1876, 31, 158, n. 126;

RG, 19.5.1882, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Civilsachen (RGZ)*, Leipzig, 1882, 7, 44;

RG, 26.11.1901, in *JW*, 1902, 28 s.;

RG, 27.5.1902, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Civilsachen (RGZ)*, Leipzig, 1903, 51, 350;

RG, 11.7.1902, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Civilsachen (RGZ)*, Leipzig, 1903, 52, 150 ss.;

RG, 23.2.1904, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen (RGZ)*, Leipzig, 1904, 57, 113 s.;

RG, 1^o.11.1907, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen (RGZ)*, Leipzig, 1907, 66, 419 ss.;

RG, 17.9.1918, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen (RGZ)*, Leipzig, 1918, 93, 285 s.;

RG, 2.2.1922, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen (RGZ)*, Leipzig, 1922, 104, 278;

BGH, 11.1.1961, in *MDR*, 1961, 314, n. 47;

BGH, 15.3.1963, in *NJW*, 1963, 1247;

BGH, 15.11.1967, in *NJW*, 1968, 492;

BGH, 18.11.1968, in *NJW*, 1969, 40 s.;

BGH, 20.1.1969, in *MDR*, 1969, 385, n. 32;

BGH, 19.2.1969, in *NJW*, 1969, 975 s.;

BGH, 29.4.1970, in *MDR*, 1970, 756;

BGH, 14.7.1971, in *NJW*, 1971, 1839;

BGH, 21.3.1974, in *NJW*, 1974, 1080 s.;

BGH, 10.12.1975, in *WM*, 1976, 76, nonché in *JR*, 1976, 283;

OLG FRANKFURT, 27.4.1976, in *NJW*, 1976, 1015 s.;

BGH, 6.10.1976, in *NJW*, 1977, 35 s.;

BGH, 21.10.1982, in *NJW*, 1983, 989 s.;

BGH, 19.9.1983, in *NJW*, 1984, 48 s.;

BGH, 8.7.1983, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)*, 88, 1984, 96;

BGH, 14.3.1984, in *NJW*, 1984, 2034;

BGH, 1.10.1986, in *NJW*, 1987, 253;

BGH, 8.5.1987, in *NJW-RR*, 1987, 1158 s.;

BGH, 16.3.1988, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)*, 104, 16 s.;

BGH, 15.5.1990, in *NJW*, 1990, 3009;

BGH, 18.1.1991, in *NJW*, 1991, 1823 s.;

BGH, 10.7.1991, in *NJW*, 1991, 2417;

BGH, 9.10.1991, in *NJW*, 115, 297;

BGH, 12.12.1991, in *NJW*, 1992, 116, 331;

BGH, 12.1.1993, in *NJW-RR*, 1993, 882 s.;

BGH, 16.3.1993, in *NJW*, 1994, 1653 s.;

BGH, 27.4.1994, in *NJW*, 1994, 2026;

BGH, 17.1.1997, in *NJW*, 1997, 1231;

BGH, 4.5.2000, in *NJW*, 2000, 2988 ss.;

BGH, 28.1.2003, in *NJW*, 2003, 1600;

BGH, 14.6.2012, in *NJW*, 2012, 3714.

