

**LA SORTE DELLA DOMANDA DI RISARCIMENTO DEL DANNO  
EX ART. 1453 COD. CIV. NELLA MODIFICA DELLA DOMANDA IN  
CORSO DI CAUSA: LE SEZIONI UNITE PONGONO FINE AI CONTRASTI**

*Daniele Giglio* \*

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite  
11 aprile 2014, n. 8510**

*Le Sezioni unite affrontano il tema dello ius variandi dell'azione di adempimento in quella di risoluzione ed afferma il principio secondo cui la mutatio includa anche la domanda di risarcimento del danno per scioglimento del rapporto, la quale può essere richiesta, dunque, in una con la richiesta della risoluzione. Mentre l'azione di restituzione è implicata in quella di risoluzione, la domanda di risarcimento, pur autonoma, va considerata ricompresa nello ius variandi per ragioni di economia processuale. La Suprema corte incidentalmente afferma anche che la parte fedele, in sede di conversione della domanda di adempimento in risoluzione, può allegare nuove circostanze non dedotte a fondamento della prima domanda se sopravvenute nel corso del giudizio.*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La vicenda concreta – 3. Il contrasto giurisprudenziale sul rapporto tra risoluzione e risarcimento nell'ambito dello *ius variandi* – 4. Brevi cenni sulla modificazione della domanda nel processo civile. – 5. Il quadro di tutele contemplato dall'art. 1453 cod. civ. – 6. Il ruolo assegnato alla risoluzione per inadempimento. – 7. La peculiarità del risarcimento ex art. 1453 cod. civ. – 8. La disciplina delle restituzioni da risoluzione. – 9. La quantificazione del danno da risoluzione contrattuale. – 10. Note conclusive.

1. – Con la sentenza in commento<sup>1</sup> (Cass., Sez. Un., 11 aprile 2014, n. 8510), il giudice della nomofilachia sembra avere finalmente composto il contrasto insorto tra le sezioni semplici in ordine non solo alla possibilità di modificare la domanda di adempimento in domanda di risoluzione, ma anche alla consequenziale formulazione della richiesta risarcitoria del danno.

\* Dottorando di ricerca in Diritto privato per l'Europa, Università degli Studi Roma Tre.

<sup>1</sup> Per il testo della sentenza v. [www.giureta.unipa.it/Cass\\_8510\\_2014.pdf](http://www.giureta.unipa.it/Cass_8510_2014.pdf)

La decisione merita certamente di essere segnalata perché fornisce un interessante contributo al tema dello *ius variandi* previsto dall'art. 1453, secondo comma, cod. civ., consentendo, in particolare, una riflessione sul ruolo rivestito dal risarcimento del danno all'interno delle diverse tutele contemplate dalla disposizione richiamata.

Com'è noto, la particolarità della disciplina in esame è di permettere la modifica della domanda in corso di causa (il cosiddetto *ius variandi*) all'attore, il quale, pur avendo iniziato la controversia con una domanda di adempimento del contratto, può sempre "trasformare" la sua richiesta chiedendo la risoluzione del contratto<sup>2</sup>. A questo proposito, occorre tener presente che l'attore, quando in luogo dell'adempimento chieda la risoluzione, non si limita a modificare la domanda già proposta, sibbene ne muta l'oggetto in quanto l'azione di risoluzione si pone rispetto a quella di adempimento come una pretesa nuova. In altri termini, si tratta di un'autentica *mutatio libelli*, cioè a dire una domanda obiettivamente diversa da quella originaria, atta ad introdurre un *petitum* diverso<sup>3</sup>.

Sotto questo profilo, è di tutta evidenza come le tutele summenzionate, pur non dovendo necessariamente esercitarsi nel giudizio rivolto ad ottenere

<sup>2</sup>Si richiama di seguito il testo dell'art. 1453 cod. civ. – *Risolubilità del contratto per inadempimento*:

«Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.

La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.

Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione».

<sup>3</sup>In proposito, si segnala la sentenza di Cass. n. 9236/2012, secondo la quale «si ha *mutatio libelli* quando si propone una domanda obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo un *petitum* diverso e più ampio oppure una causa petendi fondata su differenti situazioni giuridiche; si ha invece una semplice *emendatio*, quando si incida sulla causa petendi, risultando modificata soltanto l'interpretazione o qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto oppure sul *petitum*, nel senso di ampliarlo o limitarlo per renderlo più idoneo al concreto soddisfacimento della pretesa fatta valere» (in termini sostanzialmente analoghi cfr., ancor più di recente, Cass. n. 19958/2013; Cass. n. 9266/2010; Cass. n. 17457/2009; Cass. n. 26905/2008; Cass. n. 21017/2007; Cass. n. 9522/2007; Cass. n. 7579/2007; Cass. n. 4034/2007; Cass. n. 14961/2006; Cass. n. 26079/2005; Cass. n. 21354/2005; Cass. n. 20683/2005; Cass. n. 4465/1995).

l'adempimento, abbiano una valenza sicuramente processuale, come dimostra d'altronde la stessa formulazione letterale dell'art. 1453, comma 2, cod. civ., che discorre di risoluzione che «può essere domandata» e di «giudizio ... promosso per ottenere l'adempimento»<sup>4</sup>. In questo senso, allora, la norma sembrerebbe guardare alla dimensione giudiziale della vicenda contrattuale, la cui dialettica di interessi prosegue anche successivamente alla proposizione della domanda per l'adempimento o per la risoluzione. In sede processuale assumono rilievo, infatti, sia l'interesse sottostante all'azione proposta dalla parte cosiddetta «fedele» sia l'affidamento che tale azione ingenera nella controparte inadempiente (arg. ex art. 1453, commi 2 e 3, cod. civ.)<sup>5</sup>: tant'è che per chiedere la condanna all'esecuzione è sufficiente che il contratto risulti inadempito, senza bisogno di una particolare qualificazione dell'inadempimento; viceversa, la risoluzione del contratto ha presupposti ben più rigidi, occorrendo un certo livello di gravità<sup>6</sup>. Ed infatti, presupposto basilare per conseguire la risoluzione giudiziale del contratto è che «l'inadempimento di una delle parti [sia di non] scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra» (arg. ex art. 1455 cod. civ.). Ciò significa, dunque, che può aversi una violazione del sinallagma contrattuale che giustifichi sì l'azione di adempimento, ma non anche l'azione di risoluzione.

<sup>4</sup> Cfr. M. Iannone, *Domanda di risoluzione in corso di causa, ius variandi e risarcimento del danno: le Sezioni Unite pongono fine ai contrasti*, in *La Rivista Neldiritto*, n. 5/2014, 823. Sulle fattispecie risolutorie cosiddette di diritto cfr. G. Gabrielli, *Proponibilità della domanda risarcitoria e restitutoria in corso di giudizio purché congiuntamente con quella di risoluzione del contratto inadempito*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 602.

<sup>5</sup> L'osservazione è di A. Montanari, *Le Sezioni Unite sul rapporto tra risoluzione e risarcimento e la quantificazione del danno*, in *Diritto civile contemporaneo*, n. 2/2014.

<sup>6</sup> Per stabilire se l'inadempimento è grave il giudice deve valutare, in primo luogo, il comportamento di entrambe le parti nel quadro generale dell'esecuzione del contratto, in secondo luogo, l'interesse che ha la parte all'esatto adempimento dell'obbligo contrattuale. In taluni casi, è il legislatore che stabilisce espressamente quando l'inadempimento è grave, per cui il giudice dovrà limitarsi ad accertare che si sia verificata la situazione prevista dalla legge: ad esempio, in materia di locazione degli immobili urbani, la legge «sull'equo canone» (art. 5, legge 27 luglio 1978, n. 392) stabilisce che il contratto può risolversi per mancato pagamento del canone soltanto se il ritardo è superiore a venti giorni; un'altra ipotesi è quella prevista dall'art. 1525 cod. civ., nella vendita con riserva di proprietà (vendita a rate), dove è stabilito che il mancato pagamento di una sola rata, che non superi l'ottava parte del prezzo, non dà luogo alla risoluzione del contratto, sicché solo se le rate non pagate sono almeno due, oppure quella non pagata supera il limite di un ottavo del prezzo, può esercitarsi l'azione di risoluzione.

È ben chiaro, allora, che alla risoluzione il legislatore assegna il ruolo di tutela «estrema» contro la violazione contrattuale, richiedendo per essa un *quid pluris* rispetto alla «semplice» violazione del sinallagma contrattuale. Come si vedrà, proprio questo scarto tra violazione «semplice» e violazione «qualificata» esprimerà la *ratio* della deroga posta dal secondo comma dell'art. 1453 cod. civ. alla regola processuale di cui all'art. 183 cod. proc. civ.<sup>7</sup>, nota come «principio di preclusione».

La tematica è vasta e merita una trattazione ordinata che tenga adeguatamente conto delle categorie generali ad essa sottesa.

Nelle pagine che seguono si tenterà, quindi, di esaminare l'istituto dello *ius variandi*, attraverso una ricognizione delle principali questioni sorte intorno all'art. 1453 cod. civ., con l'intento di tratteggiare un quadro conclusivo sul tema della risoluzione del contratto che sia capace di tenere conto di tutte le variabili inserite nella trama del discorso.

2. – Al fine di comprendere meglio l'*iter* argomentativo seguito dal giudice di legittimità nella sentenza in esame, appare opportuno ripercorrere brevemente i fatti di causa.

Il 2 gennaio 1992 veniva stipulato, tra una società ed un privato, un contratto denominato «Promessa di appalto di escavazione», in forza del quale la prima, titolare di un'autorizzazione alla coltivazione di cava di inerti rilasciata nel 1983 e rinnovata nel 1986, si impegnava – sul presupposto dell'adozione, in data 8 aprile 1991, di un nuovo piano regolatore generale del Comune, che prevedeva l'attuazione di attività estrattiva di materiali di cava di inerti interessante un'area nel cui ambito erano ricompresi alcuni terreni già di proprietà della società – ad acquistare i restanti terreni rientranti nell'area anzidetta, con conseguente cessione dei diritti di escavazione al contraente privato. Costui, a propria volta, accettava – per sé o per persona da nominare (identificata successivamente in una s.r.l., poi trasformata in s.p.a.) – la cessione dei diritti *de quibus*, nonché il trasferimento della proprietà dell'intera cubatura dell'inerte da estrarre, dietro pagamento del prezzo di cessione, predeterminato nell'accordo contrattuale sulla base dell'intero quantitativo da estrarre dalla cava.

La società cessionaria, assumendo di aver acquisito la proprietà dell'intero giacimento di cava di inerti, con atto di citazione notificato il 26 febbraio

<sup>7</sup> A. Montanari, *Le Sezioni Unite sul rapporto tra risoluzione e risarcimento*, cit.

2000, conveniva in giudizio la cedente, chiedendone la condanna al rilascio di tutti i terreni (anche di quelli trasferiti *ex art. 1478 cod. civ.*), come individuati nel contratto.

Dal canto suo, la convenuta, nel costituirsi in giudizio, contestava la domanda attorea, rilevando che il contratto suddetto – da intendersi come preliminare di vendita mobiliare e di appalto – aveva avuto concreta attuazione, a causa della mancata approvazione del piano regolatore generale, solo nei limiti di quanto già assentito in favore di essa (originaria cedente), in forza dell'autorizzazione del 1986. La stessa proponeva, pertanto, domanda riconvenzionale volta a conseguire la dichiarazione di cessazione del rapporto contrattuale di appalto, per effetto del compimento dell'opera di escavazione, nonché l'accertamento della responsabilità dell'acquirente per vizi e difformità dell'esecuzione dello scavo rispetto a quanto autorizzato (responsabilità dalla quale chiedeva di essere tenuta indenne), instando, altresì, per la riduzione del compenso dovuto all'appaltatore e la condanna dello stesso al risarcimento dei danni, da liquidarsi in separato giudizio, oltre alla risoluzione del contratto per inadempimento, in relazione ai predetti vizi e difformità e al mancato rispetto del quantitativo minimo pattuito di materiale inerte da scavare; in ogni caso, l'originaria cedente domandava di essere immessa nel possesso e nella libera disponibilità dell'area di cantiere e la condanna della controparte al risarcimento dei danni da ritardata riconsegna della stessa.

A fronte di tale linea difensiva della convenuta, parte attrice, all'udienza di trattazione della causa, formulava, ai sensi dell'art. 183 cod. proc. civ., una *reconventio reconventionis*, avente ad oggetto l'accertamento della permanente efficacia e validità del contratto, nonché la condanna di parte avversa al suo adempimento.

Con sentenza n. 4 del 26 febbraio 2004, passata in giudicato (stante l'estinzione del relativo giudizio di appello per rinuncia al gravame), il Tribunale di prime cure rigettava la domanda principale, dichiarando inammissibili le altre domande proposte dall'attrice, nonché cessato il rapporto contrattuale in relazione alle aree detenute dall'acquirente, delle quali ordinava il conseguente rilascio in favore della convenuta, la cui domanda risarcitoria veniva tuttavia respinta.

Con successivo atto di citazione notificato il 23 novembre 2005, l'acquirente conveniva nuovamente in giudizio la società cedente innanzi al medesi-

mo Tribunale, chiedendone la condanna all'esecuzione del contratto del 2 gennaio 1992, come integrato dalle pattuizioni del 9 settembre 1993 (in forza delle quali era stata stabilita una modificazione del prezzo del materiale inerte estratto dall'appaltatrice) e del 17 novembre 1994 (con cui le parti, invece, avevano preso atto dell'intervenuta emanazione del provvedimento amministrativo regionale che impediva la realizzazione degli specchi d'acqua mediante l'attività di scavo oggetto dell'appalto, nonché dell'impugnativa dello stesso, confermando – per ipotesi dell'accoglimento dell'impugnativa – le condizioni contrattuali originariamente stabilite il 2 gennaio 1992 e successivamente modificate il 9 settembre 1993).

Per contro, la convenuta, nel contestare il fondamento delle domande di controparte, chiedeva il rigetto delle stesse.

Con sentenza n. 15 del 30 marzo 2010, l'adito Tribunale, nel rilevare che l'acquirente – in sede di precisazione delle conclusioni – aveva chiesto, a modifica dell'originaria domanda di adempimento, la declaratoria di risoluzione del contratto per inadempimento della convenuta e la condanna della stessa al risarcimento dei danni per equivalente, rigettava la domanda, accogliendo l'eccezione al giudicato esterno sollevata dalla convenuta, atteso che non può esservi alcun ulteriore «spazio giurisdizionale» circa il fatto che il contratto in questione fosse cessato in forza della sentenza n. 4 del 2004.

In accoglimento del gravame proposto dall'acquirente, questa decisione veniva riformata, con sentenza resa pubblica mediante deposito in cancelleria il 24 gennaio 2012, dalla Corte d'appello territorialmente competente, la quale dichiarava la risoluzione del contratto, condannando la cedente al risarcimento del danno, comprensivo di interessi e rivalutazione. Più nel dettaglio, la Corte d'appello escludeva che tra le parti si fosse formato un giudicato preclusivo per effetto della sentenza n. 4 del 2004, inerendo quest'ultima alle sole aree detenute dalla cedente, sulle quali, peraltro, la cessazione del rapporto di appalto tra le parti era limitata e l'attività estrattiva esaurita. Invece, con riferimento alle altre aree facenti parte di un comprensorio più esteso, che avrebbe dovuto formare oggetto dell'estrazione di inerti da parte acquirente, nessuna decisione di merito era intervenuta, ma soltanto una mera dichiarazione di inammissibilità della domanda per genericità della stessa e quindi per vizio della sua introduzione. Onde, la Corte territoriale ha giudicato ammissibile, con riferimento a queste, l'esame nel merito della pretesa dedotta in giudizio relativa all'accer-

tamento della perdurante efficacia dell'appalto. Al riguardo, la Corte rilevava che l'attività di escavazione sulle altre aree fosse ancora eseguibile sulla base del nuovo piano regolatore comunale approvato il 3 dicembre 2001 ed entrato in vigore il 3 novembre 2002 (in quanto l'impugnazione proposta avverso il provvedimento amministrativo che aveva determinato la temporanea impossibilità di esecuzione dell'appalto era stata accolta dal TAR e il Comune aveva conseguentemente deliberato di approvare un nuovo PRGC, in sostituzione di quello del 1991, in attuazione del quale era stato concluso il contratto del 1992) e che l'estrazione di inerti restasse sostanzialmente conforme a quella contrattualmente prevista.

Quel che importa, comunque, evidenziare è che il giudice di appello, disattendendo il contrario assunto della parte appellata, riteneva ammissibile anche la domanda risarcitoria introdotta unitamente a quella di risoluzione, sebbene quest'ultima fosse stata proposta, in corso di causa, in forza del combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 1453 cod. civ.

Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello, la cedente proponeva ricorso, con atto notificato il 18 luglio 2012, cui resisteva con controricorso la società acquirente.

All'esito dell'udienza pubblica svoltasi il 4 luglio 2013, la Seconda Sezione civile, con ordinanza interlocutoria del 9 agosto 2013, n. 19148, trasmetteva gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite ai fini della risoluzione del contrasto sulla questione, veicolata dal secondo motivo di ricorso, se, convertita in corso di causa la domanda di adempimento in quella di risoluzione del contratto per inadempimento ai sensi dell'art. 1453, secondo comma, cod. civ., sia consentita anche la proposizione, contestuale, della domanda di risarcimento dei danni<sup>8</sup>.

Il Primo Presidente ha, quindi, disposto l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite. Acquisita la relazione dell'Ufficio del massimario e depositata, da parte della ricorrente, una nuova memoria illustrativa, il ricorso è stato discusso all'udienza pubblica del 25 marzo 2014 e deciso con la sentenza che si annota.

---

<sup>8</sup> L'ordinanza che prelude all'assegnazione della questione alle Sezioni Unite (Cass. 9-08-2013, n. 9148) è pubblicata nella rivista *I Contratti*, 2014, 125 con nota di C. De Menech, *Mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione del contratto e pretesa risarcitoria avanzata in occasione della mutatio libelli*.

3. – Come rilevato dalla Seconda Sezione della Suprema Corte nella predetta ordinanza interlocutoria, il silenzio dell'art. 1453 cod. civ., sulla questione inerente alla possibilità di affiancare la domanda di risarcimento del danno a quella di risoluzione del contratto per inadempimento, nascente dalla conversione dell'originaria domanda di adempimento, ha ingenerato due diversi orientamenti: da un lato, l'indirizzo prevalente ha preferito escludere l'applicazione della deroga al divieto di *mutatio libelli* al risarcimento del danno<sup>9</sup>; dall'altro lato, si collocano, invece, altre pronunce che ammettono la soluzione affermativa<sup>10</sup>.

Precisamente, il primo orientamento (restrittivo) è scolpito nel principio di diritto enunciato, di recente, da Cass., Sez. II, 23 gennaio 2012, n. 870, in base al quale il secondo comma dell'art. 1453 cod. civ. deroga alle norme processuali che vietano la *mutatio libelli* nel corso del processo, nel senso di permettere la sostituzione della domanda di adempimento del contratto con quella di risoluzione per inadempimento, ma tale deroga non si estende alla domanda ulteriore di risarcimento consequenziale, rispettivamente, a quella di adempimento e di risoluzione, trattandosi di domanda del tutto diversa per *petitum* e *causa petendi* rispetto a quella originaria<sup>11</sup>. Si sostiene, infatti, che la formulazione, nel corso del giudizio, ancorché contemporaneamente all'esercizio dello *ius variandi* di cui al secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., della domanda risarcitoria affiancata alla (consentita) domanda di riso-

<sup>9</sup> Cfr., di recente, Cass. 14-03-2013, n. 6545; Id. 23-01-2012, n. 870; vedi anche Cass. 16-06-2009, n. 13953; Id. 27-03-2004, n. 6161.

<sup>10</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. 27-03-2010, n. 13003; Cass. 31-10-2008, n. 26325; Cass. 27-11-1996, n. 10506; Cass. 19-11-1963, n. 2995.

<sup>11</sup> Vale la pena di precisare che il principio *de quo* è stato enunciato in un caso nel quale l'attore – un promissario acquirente di un appartamento in condominio, detentore del bene oggetto di causa per averne ricevuto la consegna anticipata – aveva agito per ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo ex art. 2932 cod. civ., per poi proporre, nel corso del giudizio, la domanda di risoluzione del contratto preliminare per inadempimento, in luogo di quella originaria di adempimento, e, contestualmente, quella di risarcimento del danno, pari agli oneri straordinari corrisposti al condominio nel periodo in cui aveva abitato l'appartamento. Nel giudizio, la Corte ha cassato senza rinvio il capo della sentenza con cui il giudice del merito aveva precedentemente accordato anche la tutela risarcitoria, trattandosi di "causa" che non poteva essere proposta in quel giudizio. Vedi anche Cass. 16-08-2009, n. 13953; in dottrina cfr., per tutti, M. Tamponi, *La risoluzione per inadempimento*, in *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, t. 2, Torino, 2006, 1746.

luzione, comporti l'introduzione di un ulteriore tema di indagine e di un nuovo *petitum*, onde sono destinate a trovare applicazione le preclusioni di cui agli artt. 183 e 345 cod. proc. civ.<sup>12</sup>

Alla base di questo orientamento vi è la convinzione che la facoltà concessa dall'art. 1453, secondo comma, cod. civ. al contraente non inadempiente di mutare l'originaria domanda di adempimento in quella di risoluzione, apporti una vistosa eccezione – come tale di stretta applicazione – alla regola del divieto assoluto di modifica della domanda, che cala all'esito dell'udienza di trattazione della causa o della sua propaggine rappresentata dalla memoria *ex* art. 183 cod. proc. civ. La deroga al divieto di *mutatio libelli*, quindi, non opererebbe per la domanda di risarcimento dei danni (fatta salva in ogni caso dal primo comma dell'art. 1453 cod. civ.), integrando questa un'azione del tutto diversa, per *causa petendi* e per *petitum*, sia da quella con cui è stato attivato il rimedio manutentivo sia da quella con cui è stato chiesto lo scioglimento del contratto per inadempimento.

Espressione del medesimo orientamento, che riconosce nello *ius variandi* di cui al secondo comma dell'art. 1453 cod. civ. una previsione eccezionale, è la regola che ammette la proponibilità della domanda di risoluzione solo se anteriormente è stato chiesto l'adempimento; il mutamento, invece, non può avvenire quando in un primo tempo l'attore si è limitato a chiedere il risarcimento del danno<sup>13</sup>. Simmetricamente, se prima è stato domandato l'adempimento, non è possibile chiedere in corso di causa il risarcimento, atteso che tornano ad applicarsi le norme processuali che precludono la proposizione di domande nuove<sup>14</sup>.

Per converso, al secondo indirizzo (estensivo, in quanto ammette la possibilità di affiancare la domanda risarcitoria contestualmente al passaggio al rimedio ablativo) è riconducibile sopra tutte Cass., Sez. II, 31 maggio 2008,

<sup>12</sup> *Cfr.*, di recente, Cass. 2-07-2013, n. 16556; Cass. 14-03-2013, 6545; Cass. 23-01-2012, n. 870. Questa tesi appare accolta anche da quelle pronunce che sposano sì la lettura estensiva, ma a condizione che i fatti dedotti a fondamento della domanda di risoluzione coincidano con quelli posti a sostegno della domanda di adempimento: insomma, la *causa petendi* deve essere la stessa (*cf.*, in tal senso, Cass. s.u. 18-02-1989, n. 962; Cass. 9-03-2006, n. 5100; Cass. 19-07-2008, n. 20067).

<sup>13</sup> *Cfr.*, Cass. 30-03-1984, n. 2119; Cass. 9-04-1998, n. 3680; Cass. 26-04-1999, n. 4164; Cass. 27-07-2006, n. 17144.

<sup>14</sup> In tal senso, Cass. 16-06-2009, n. 13953; Cass. 27-03-2004, n. 6161.

n. 26325, secondo cui «la facoltà prevista dall'art. 1453, secondo comma, cod. civ. di mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione contrattuale in deroga al divieto di *mutatio libelli* si estende anche alla conseguente domanda di risarcimento danni (nonché per le stesse ragioni a quella di restituzione del prezzo [...]), essendo quest'ultima domanda sempre proponibile quale domanda accessoria sia di quella di adempimento sia di quella di risoluzione, come espressamente previsto dall'art. 1453, primo comma, cod. civ.»<sup>15</sup>.

Bisogna ricordare, in proposito, che le Sezioni Unite avevano già avuto modo di occuparsi della questione, con la sentenza 18 febbraio 1989, n. 962; tuttavia, allora, il giudice della nomofilachia aveva precisato che la domanda di risarcimento dei danni potesse accompagnare la domanda di risoluzione, soltanto se quest'ultima fosse fondata sullo stesso fatto costitutivo della precedente domanda di adempimento, talché ad esso non fossero sostituiti altri elementi materiali atti ad integrare una nuova *causa petendi*. Ricollegandosi a tale enunciato, peraltro, la giurisprudenza ha ammesso che, in occasione della *mutatio*, possa essere avanzata *ex novo*, accanto alla domanda di risoluzione, anche quella di restituzione del *praestatum*, sempreché, beninteso, si resti nell'ambito dei fatti posti a base della inadempienza originariamente dedotta<sup>16</sup>. Concepito come un prezioso strumento per adeguare l'assetto dei rimedi alla situazione che si evolve nel corso del giudizio, lo *ius variandi* diverrebbe altrimenti espressione di un privilegio, in virtù del quale

<sup>15</sup> Sulla stessa linea estensiva si era già mossa, in un tempo ben più lontano, Cass. 19-11-1963, n. 2995, la quale, in un caso nel quale il contraente deluso aveva già esplicitamente introdotto la pretesa risarcitoria accanto a quella di manutenzione del contratto, aveva riconosciuto la possibilità di domandare, in occasione della *mutatio libelli* ex art. 1453, secondo comma, cod. civ., i danni da risoluzione in luogo di quelli da ritardo nell'adempimento o da inesatto adempimento: ciò sul rilievo che «quando la legge ammette, in deroga alle generali regole processuali, la sostituzione della domanda di risoluzione a quella di adempimento, non può, correlativamente, non ammettere l'introduzione della richiesta dei danni da risoluzione, anche se effettivamente diversi, per essenza e quantità, da quelli che siano stati richiesti insieme con l'originaria domanda di adempimento (arg. ex art. 1453, primo e secondo comma, cod. civ.)».

<sup>16</sup> Cfr., in tal senso, Cass. 27-05-2010, n. 13003; Cass. 19-07-2008, n. 20067; Cass. 09-03-2006, n. 5100; Cass. 27-11-1996, n. 10506; Cass. s.u. 18-02-1989, n. 962. In dottrina, v. G. Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento*, Art. 1453-1459, in *Il Codice Civile Comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2007, 458 s.; A. Gili, *Rapporti tra il diritto di mutare la domanda di adempimento in domanda di risoluzione, ex art. 1453, 2° comma, c.c. e nuovo regime delle preclusioni nel processo civile di primo grado*, in *Giur. it.*, 1999, 28, 1867.

il contraente deluso, svincolato dal regime delle preclusioni, può mutare la domanda inizialmente proposta sulla base di una diversa valutazione di opportunità<sup>17</sup>. Detto in altre parole, la domanda di adempimento non può agevolare l'esercizio dell'azione di risoluzione svincolandola dal regime delle preclusioni in assenza di un'ideale ragione giustificativa. Lo dimostra il fatto che il creditore non può dedurre fatti non allegati alla precedente domanda e da lui conosciuti o facilmente conoscibili sulla base dei quali, valutando con maggiore accuratezza il rimedio più idoneo a tutelare i suoi interessi, avrebbe potuto esercitare l'azione di risoluzione notificando l'atto di citazione anziché nel corso del processo.

Tanto premesso, le Sezioni Unite in commento hanno sposato la soluzione affermativa (o estensiva), muovendo dal carattere complementare del risarcimento del danno rispetto alle azioni di adempimento e di risoluzione. Secondo gli ermellini, «l'interpretazione estensiva, oltre a non essere incompatibile con il dato letterale dell'art. 1453, secondo comma, cod. civ., ne coglie le ragioni e l'intima *ratio* e al tempo stesso assicura finalità di concentrazione e pienezza della tutela che la disposizione del codice ha inteso perseguire: tale lettura, infatti, offrendo al contraente non inadempiente la possibilità di spingere la pretesa alle naturali conseguenze sul piano restitutorio e risarcitorio, consente di realizzare, nell'ambito dello stesso processo, il completamento sul piano giuridico ed economico degli effetti che si ricollegano allo scioglimento del contratto».

Occorre precisare, al riguardo, che in realtà il mutamento di *causa petendi* e, quindi, l'introduzione in giudizio di un nuovo tema di indagine avviene già con la richiesta di risoluzione. E ciò quanto meno in base al fatto che tale mezzo di tutela presuppone una violazione contrattuale qualificata<sup>18</sup>.

Per altro, all'iniziativa risolutoria il contraente in regola è stimolato a rivolgersi anche per un interesse che va al di là della mera cancellazione del sinallag-

<sup>17</sup> Il rilievo è di M. Dellacasa, *Ius variandi e risarcimento del danno tra disciplina legislativa e regole giurisprudenziali*, in *I Contratti*, 8-9/2014, 765.

<sup>18</sup> Cfr. A. Montanari, *Le Sezioni Unite sul rapporto tra risoluzione e risarcimento*, cit.; v. anche G. Gabrielli, *Proponibilità delle domande risarcitoria e restitutoria*, cit., 604-605; nonché Cass. s.u. 11-04-2014, n. 8510, § 9.1. la quale, sul punto, precisa che, se da un lato la successiva domanda di risoluzione non può fondarsi su un diverso inadempimento, dall'altro lato l'attore può dedurre dati ulteriori a sostegno della non scarsa importanza "sopravvenuta" dell'inadempimento.

ma, qual è la restituzione della propria prestazione, ove già eseguita, oppure la riparazione del pregiudizio che abbia eventualmente sofferto a causa dello scioglimento del rapporto. Questa soluzione appare suffragata dall'ulteriore argomento, suggerito da un'autorevole dottrina, secondo cui il riferimento all'azione di adempimento e alla risoluzione richiama implicitamente le tutele ad esse correlate: il risarcimento del danno nell'uno e nell'altro caso, le restituzioni soltanto nel caso della risoluzione<sup>19</sup>. In proposito, rilevano le Sezioni Unite che «l'art. 1453, secondo comma, cod. civ., infatti, proprio nel suo carattere processuale, ha la funzione di recare non solo la disciplina generale dell'azione di risoluzione, ma anche dei suoi rapporti con le altre azioni poste comunque a tutela del contraente non inadempiente, mirando ad attuare, nello specifico contesto del rapporto contrattuale con prestazioni corrispettive litigioso, il principio di economia del e nel processo, consentendo alla vittima dell'inadempimento di evitare il promovimento di un'ulteriore controversia attraverso lo sfruttamento più razionale ed intensivo delle risorse del giudizio già promosso, che è e diventa la sede idonea per dispiegarvi la richiesta di tutela complementare»<sup>20</sup>. Correttamente, poi, si osserva che «in questa prospettiva, neppure appare logico circoscrivere la possibilità per il contraente fedele di introdurre la pretesa risarcitoria in occasione della *mutatio libelli* al solo caso in cui questi avesse già proposto sin dall'origine la domanda di danni, affiancandola a quella di adempimento», perché «anche in tale evenienza, pur essendo la domanda risarcitoria presente sin dall'inizio del processo, il tema d'indagine è destinato comunque a variare con il passaggio al rimedio ablativo»<sup>21</sup>.

In definitiva, una volta posta la deroga al divieto di *mutatio libelli* e dischiuse le porte ad un nuovo tema di indagine è parso irragionevole vietare l'estensione della deroga alla domanda accessoria di risarcimento. Se tale estensione appesantisce, in effetti, il procedimento in corso, la proposizione di un nuovo giudizio aggraverebbe di certo ed in modo maggiore la *machinery* processuale nel suo complesso, atteso che il nuovo giudizio replicherebbe, almeno in parte, il primo, richiedendo la valutazione delle ragioni poste a fondamento della risoluzione, degli effetti di questa (come ad esempio le re-

<sup>19</sup> Così G. Gabrielli, *Proponibilità delle domande risarcitoria e restitutoria*, cit., 603-604.

<sup>20</sup> *Cfr.*, Cass. s.u. 11-04-2014, n. 8510, § 9.2.

<sup>21</sup> *Cfr.*, Cass. s.u. 11-04-2014, n. 8510, § 9.3.

stituzioni) e altro<sup>22</sup>.

Al fondo di questa convinzione, vi è la consapevolezza, insita anche nella giurisprudenza di legittimità, che «sarebbe irragionevole costringere l'attore a promuovere successivi giudizi per far valere il progressivo ampliarsi del danno, in presenza di un comportamento dannoso in atto al momento della domanda o di un evento dannoso che non ha ancora esaurito i suoi effetti»<sup>23</sup>. Le Sezioni Unite ritengono che come il diritto di ottenere la risoluzione dopo aver domandato l'adempimento, così il diritto di conseguire il risarcimento del danno derivante dallo scioglimento del contratto non possa essere pregiudicato dalle preclusioni previste dalla disciplina processuale<sup>24</sup>. L'assunto trova conforto, ancora una volta, in quella dottrina processualistica impegnata a scongiurare l'eccessivo formalismo nell'interpretazione della regola sul divieto di *mutatio libelli*, attribuendo rilevanza al principio di economia «ultraprocessuale»<sup>25</sup>. A seguito delle domande di risoluzione e risarcimento, dunque, il giudice è tenuto ad assegnare alle parti nuovi termini ai sensi dell'art. 183, comma 6, cod. proc. civ. per lo svolgimento delle attività processuali relative ad esse (allegazioni e deduzioni istruttorie)<sup>26</sup>.

A composizione del contrasto giurisprudenziale, pertanto, le Sezioni Unite, con la sentenza in commento, hanno enunciato il seguente principio di diritto: «La parte che, ai sensi dell'art. 1453, secondo comma, cod. civ., chieda la risoluzione del contratto per inadempimento nel corso del giudizio dalla stessa promosso per ottenere l'adempimento, può domandare, contestualmente all'esercizio dello *ius variandi*, oltre alla restituzione della prestazione eseguita, anche il risarcimento dei danni derivanti dalla cessazione degli ef-

---

<sup>22</sup> L'osservazione è di A. Montanari, *Le Sezioni Unite sul rapporto tra risoluzione e risarcimento e la quantificazione del danno*, in *Diritto civile contemporaneo*, n. 2/2014, che opportunamente nota come la necessità di instaurare un nuovo giudizio, in tal senso, appaia fuori segno rispetto ai canoni di economia processuale, i quali condurrebbero tra l'altro, a seconda dei casi e dello stato del processo principale, alla riunione dei due procedimenti per ragioni di connessione (*ex art. 31 ss. cod. proc. civ.*).

<sup>23</sup> *Cfr.*, in tal senso, Cass. 10-11-2003, n. 16819.

<sup>24</sup> In senso conforme al testo v. M. Dellacasa, *Ius variandi e risarcimento del danno*, cit., 765; *cfr.* pure G. Gabrielli, *Proponibilità delle domande risarcitoria e restitutoria*, cit., 605 s.

<sup>25</sup> *Cfr.*, sul punto, C. Gamba, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, 2008, 139 s.

<sup>26</sup> *Cfr.* G. Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 312-314 e 459.

fetti del regolamento negoziale»<sup>27</sup>.

4. – Non può prescindersi, nella disamina dello *ius variandi* previsto dall'art. 1453, comma 2, cod. civ., da una seppur breve analisi del c.d. «principio di preclusione»<sup>28</sup> relativo alla modificazione della domanda nel processo civile, il quale, se è vero che non risulta regolato in alcun modo, né, tanto meno, definito nei codici di procedura, si trova ad essere unanimemente accolto in dottrina e largamente utilizzato nei giudicati.

Si tratta, invero, di una «categoria giuridica» dalle incerte radici normative e dai dubbi confini dogmatici, al punto che taluno è giunto persino a chiedersi se esista o meno un vero e proprio principio di preclusione capace di informare di per sé l'intero sistema processuale<sup>29</sup>. Ciononostante, negli ultimi anni, la «preclusione» è tornata ad attirare l'attenzione della dottrina

<sup>27</sup> Cfr. Cass. s.u. 11-04-2014, n. 8510, § 12.

<sup>28</sup> Si riconosce in dottrina il merito di aver elaborato il c.d. principio di preclusione ad Oskar von Bülow, che parla di *Rechtsverwirkungsprinzip* in riferimento alla caratteristica del processo come rapporto giuridico in formazione. Nell'esperienza tedesca si segnalano i contributi di O. von Bülow, *Civilprozessualischer Fiktionem und Wahrenen*, in *Arch. civ. praxis*, 62, 1879, 1 s., spec. 59 s.; F. Klein, *Die schuldhaftige Parteihandlung*, Wien, 1885, 42 s., 145 s.; R. F. von Canstein, *Grundlagen des Kontumazialrecht*, in *ZZP*, 16, 1891, 1 s. Per una ricostruzione del lento affermarsi delle preclusioni come principio processuale vedasi, nella nostra dottrina, A. Carratta, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in L. Marafioti – R. Del Coco (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale. Atti del Convegno (Teramo, 16 giugno 2011)*, Torino, 2012, 11 s.

<sup>29</sup> Cfr., sul punto, A. Carratta, *ult. op. cit.*, 9, il quale evidenzia proprio «la difficoltà di attribuire al fenomeno caratteristiche di principio generale onnicomprensivo, con un orientamento prevalente che sottolinea la fluidità di uno strumento interpretativo necessario ad assicurare, in generale, la progressione ordinata del processo, disciplinando l'esercizio delle facoltà e dei poteri assegnati alle parti ed al giudice» (v. anche R. Del Coco, *Incidente cautelare e procedimento principale: autonomia e interferenze*, in L. Marafioti – R. Del Coco (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale*, cit., 36-37). Va ricordato, peraltro, che in passato una parte minoritaria della dottrina aveva sostenuto l'inesistenza di un significato giuridico-processuale del concetto di preclusione, in quanto «la preclusione è l'effetto che la legge ricollega ad una pluralità di cause, tra le quali la “decadenza”, e dunque “le cause che danno luogo a preclusione possono verificarsi anche al di fuori del processo e sul piano del diritto sostanziale, di modo che, quando ciò avvenga, ad esse pure potrà ricollegarsi quell'effetto che definito “preclusione” nell'ambito del processo, consiste, per il titolare, nella perdita del potere che gli spettava» (così A. Attardi, voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 901 s.; nello stesso senso, nel contesto della dottrina processualpenalistica, E. Florian, *Diritto processuale penale*, Torino, 1939, 151).

processualistica<sup>30</sup>, soprattutto in ragione del sempre più vasto impiego di tale strumento da parte della giurisprudenza di legittimità<sup>31</sup>, per la soluzione di molteplici snodi problematici sorti in sede giurisdizionale<sup>32</sup>.

Beninteso, si è dinnanzi ad uno strumento interpretativo il cui impiego si fonda sempre su di un bilanciamento di interessi<sup>33</sup>.

In generale, bisogna riconoscere che nell'ambito dei modelli giurisdizionali vige la regola secondo cui l'itinerario processuale della cognizione debba essere scansionato da barriere preclusive volte ad ordinare lo sviluppo della

<sup>30</sup> Sulla preclusione, in ambito processualpenalistico, *cf.* A. Guarnieri, voce *Preclusione (dir. proc. pen.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 570; G. Lozzi, voce *Preclusioni (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, XXVI, 1989, 1 s.; S. Riccio, *La Preclusione processuale penale*, Milano, 1951, 3; G. Canzio – E. Marzaduri – P. Silvestri, *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, in *Criminalia*, 2008, 241 s.; F. M. Iacoviello, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, 2190; C. Conti, *Harmonized precedents: le Sezioni Unite tornano sul principio di preclusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 697 s.; R. Orlandi, *Principio di preclusione e processo penale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, 5, 1 s.; C. Russo, *Brevi riflessioni sulla preclusione per consumazione nel processo penale*, in *Giust. pen.*, 2011, 111 s.; P. Silvestri, *Le preclusioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 2011, 555 s. In ambito civilistico, senza alcuna pretesa di completezza, si vedano i fondamentali studi di G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 859 s.; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, ristampa anastatica della 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1960, 321 s. e II, Napoli, 1936, 478 s.; Id., *Cosa giudicata e preclusione*, ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, III, Milano, 1993, 232 s.; Id., *Del sistema negli studi del processo civile (1907)*, *ivi*, I, 227 s., spec. 237 s.; Id., *Cosa giudicata e competenza (1905)*, *ivi*, II, 411 s.; nonché E. Redenti, *Giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, 67; P. D'Onofrio, *Sul concetto di preclusione*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 427 s.; E. Betti, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, 59; V. Andrioli, voce *Preclusione (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 567; A. Attardi, *Per una critica del concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, 1 s.; Id., voce *Preclusione*, *cit.*, 893 s.; M. Taruffo, voce *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 791 s.; N. Picardi, *Per una sistemazione dei termini processuali*, in *Jus*, 1963, 229 s.; G. Tesoriere, *Contributo allo studio della preclusione nel processo civile*, Padova, 1983, 30 s., spec. 51 s.; C. E. Balbi, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, 26 s.; A. Carratta, *ult. op. cit.*, 9 s.

<sup>31</sup> V., al riguardo, Cass. s.u. 31-03-2004, Donelli, in *Cass. pen.*, 2004, 2746, con nota di P. Spagnolo, *I poteri cognitivi e decisori del tribunale della libertà investito dell'appello de libertate del pubblico ministero: i confini tra devolutum e novum*; Cass. s.u. 28-06-2005, Donati, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 719, con nota di P. Troisi, *La nozione giurisdizionale di litispendenza penale*; Cass. s.u. 20-12-2007, Battistella, in *Cass. pen.*, 2008, 2310, con nota di L. Pistorelli, *Imputazione generica o indeterminata e poteri del giudice dell'udienza preliminare nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione* e di C. Marinelli, *La genericità o indeterminatezza dell'imputazione nella fase dell'udienza preliminare*, in *Giust. pen.*, 2008, III, 385, con commenti vari; Cass. s.u. 31-01-2008, Huzuneanu, in *Cass. pen.*, 2008, 2358, con nota di G. De Amicis, *Osservazioni in margi-*

procedura<sup>34</sup>. Con uno sguardo disincantato, infatti, è possibile affermare che il processo ha un "ordine", perché ciò ne garantisce in primo luogo la funzionalità e, in seconda battuta, la legalità, oltre che la ragionevole durata e l'economia, in un'ottica di tutela soggettiva dell'imputato ma anche oggettiva della collettività<sup>35</sup>. In tal senso, la preclusione finisce, dunque, per atteggiarsi a canone della ragionevolezza quale chiave ermeneutica del sistema alla luce del quadro di riferimento costituzionale<sup>36</sup>.

Orbene, nell'ambito del processo civile fu il Chiovenda, per primo, ad

---

*ne ad una recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di rapporti tra unicità del diritto di impugnazione e restituzione nel termine per impugnare una sentenza contumaciale di condanna; Cass. s.u. 24-07-2010, Giuliani, in Guida dir., 2010, 43, 86, con commento di A. Macchia, Per il nuovo codice serve un atto formale che l'astratto rito abrogato non richiedeva e in Proc. pen. e giust., 2011, I, 51 con nota di D. Servi, L'efficacia preclusiva del procedimento di archiviazione: un déjà vu con qualche ritocco; Cass. s.u. 16-12-2010, Testini, in Dir. pen. proc., 2011, 697 con commento di C. Conti, Harmonized precedents: le Sezioni Unite tornano sul principio di preclusione, cit., 701 s.*

<sup>32</sup> In tal senso *cf.* R. Del Coco, *Incidente cautelare e procedimento principale: autonomia e interferenze*, in L. Marafioti – R. Del Coco (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale*, cit., 36-37; G. Canzio – E. Marzaduri – P. Silvestri, *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, cit., 241 s.; F. M. Iacoviello, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., 2190.

<sup>33</sup> *Cf.* P. Tonini – C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 28.

<sup>34</sup> *Cf.*, in argomento, F. P. Luiso, *Diritto processuale civile, II. Il processo di cognizione*, Milano, 2013, 29 s., il quale segnala che «il processo, strutturato secondo le preclusioni, è caratterizzato dalla divisione della fase di trattazione della causa in un primo momento, dedicato all'allegazione dei fatti ed alle richieste istruttorie, ed in un secondo momento, dedicato alla prova di quelli, fra i fatti allegati, che siano controversi; rimane così esclusa la possibilità che il processo – una volta giunto allo stadio successivo – possa regredire allo stadio anteriore al fine di introdurre quegli elementi, la cui acquisizione è propria dello stadio superato. Proprio per l'impossibilità che le allegazioni e le richieste istruttorie siano effettuate nell'arco di tutta la trattazione, un processo così strutturato si dice caratterizzato dal principio di preclusione». L'A. rimarca, inoltre, le differenze tra le rigide preclusioni che caratterizzavano il rito originario del codice del 1942, poi eliminate nel 1950, e successivamente richiamate in vita dal rito del lavoro del 1973.

<sup>35</sup> *Cf.* P. Tonini – C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., 28.

<sup>36</sup> *Cf.* P. Tonini – C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., 28. Entro tale ambito si colloca la ricostruzione di chi, in sede esegetica, nel fondare il fenomeno preclusivo sul principio di ragionevole durata, ha attribuito al canone costituzionalizzato nel novellato art. 111, comma 2, Cost. carattere immediatamente precettivo, come principio dell'ordinamento ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi, dal quale scaturisce anche il principio dell'efficienza processuale (in questo senso *cf.* F. M. Iacoviello, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., 2203). Al riguardo, però, si è obiettato che si tratterebbe di una lettura insidiosa che rischia, invero, di aprire

interessarsi del problema, rilevando che lo scopo precipuo della preclusione è di assicurare precisione e rapidità allo svolgimento del processo<sup>37</sup>. Sotto questo profilo, per preclusione si intende la perdita o estinzione o consumazione d'una facoltà processuale per il solo fatto che si sono raggiunti i limiti segnati dalla legge al suo esercizio<sup>38</sup>. Nel concreto, secondo il Chiovenda, si avrebbero tre fattispecie principali cui riferire la preclusione: la mancata osservanza dell'ordine assegnato dalla legge per l'esercizio della facoltà stessa (come per i termini perentori); il compimento di attività incompatibili (ad esempio, aver compiuto atti incompatibili con l'intenzione d'impugnare una sentenza); o, infine, l'aver già validamente esercitato la facoltà (c.d. consumazione)<sup>39</sup>.

In tempi più recenti, poi, con l'obiettivo di chiarire la nozione generale di preclusione, si è distinto tra *preclusione in senso lato* e *preclusione in senso stretto*, riferendo la prima nozione «ad ogni fenomeno per cui un diritto o una facoltà diventano non più esercitabili dal soggetto che era titolare» e la seconda alle sole ipotesi in cui il meccanismo operi nel contesto processuale, «trascurando l'eventualità che fenomeni simili possano essere riscontrati anche in altre aree dell'ordinamento»<sup>40</sup>.

---

la strada ad una pericolosa valutazione delle modalità di esercizio delle facoltà difensive in termini meramente economici e, perciò, ad una inopinata compressione dei diritti stessi (così R. Del Cocco, *Incidente cautelare e procedimento principale: autonomia e interferenze*, cit., 39). Non deve trascurarsi, oltretutto, che già prima delle modifiche costituzionali del 1999, la Corte Costituzionale aveva interpretato l'art 24 Cost. nel senso che esso «implica una ragionevole durata del processo, perché la decisione giurisdizionale alla quale è preordinata l'azione, promossa a tutela del diritto, assicuri l'efficace protezione di questo e, in definitiva, la realizzazione della giustizia» (in tal senso si è espressa Corte Cost. n. 388/1999, in *Giur. Cost.*, 2991).

<sup>37</sup> Così G. Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, cit., 232; Id., *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di dir. proc. civ.*, II, Roma, 1931, 399; Id., *Cosa giudicata e competenza*, *ivi*, 411; Id., *Istituzioni di dir. proc. civ.*, I, Napoli 1935, 339; II, 1936, 478; cfr. pure P. D'Onofrio, *Sul concetto di preclusione*, cit., 427. Relativamente al processo penale si vedano le interessanti notazioni di E. Massari, *Il processo penale*, I, Napoli, 1932, 449.

<sup>38</sup> Sulla definizione di cui *supra* v. G. Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. ital. scienze giuridiche*, 1933, 5.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> A. Carratta, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., 11. Per la distinzione di cui si discorre *supra* nel testo v. M. Taruffo, voce *Preclusioni*, cit., 794 s., che opportunamente distingue altresì la preclusione dalla decadenza, in quanto quest'ultima «fa riferimento alla perdita del diritto non esercitato, mentre la preclusione si riferisce essenzialmente all'impossibilità di esercitare successivamente quel diritto, in conseguenza del fatto che esso non è più "azionabile" oltre un certo momento del processo» (sulla decadenza cfr., per tutti, A. Sau,

Ciò posto, non v'è dubbio che l'utilità del concetto di preclusione si manifesti più di ogni altro nel campo della cosa giudicata<sup>41</sup>, rispetta alla quale, però, si rendono necessarie alcune precisazioni. Per vero, quest'ultima, almeno nell'accezione sostanziale, opera fuori del processo, in quanto si fonda su «l'affermazione indiscutibile, e obbligatoria per i giudici di tutti i futuri giudizi, d'una volontà concreta di legge che riconosce o disconosce un bene della vita a una delle parti»<sup>42</sup>. La preclusione, invece, vive nel giudizio e proprio questo punto differenzia i due istituti.

---

voce «Decadenza», in Dig. Disc. Pen., VI, Torino, 1992, 547 s.); v. anche V. Andrioli, Preclusione, cit., 567, il quale rileva che, nel sistema chiovendiano, la preclusione assume due significati: «il primo di più vasta portata, accogliendo il quale s'intende per preclusione la perdita, o estinzione, o consumazione d'una facoltà processuale che si subisce per il fatto o di non aver osservato l'ordine assegnato dalla legge al suo esercizio, come i termini perentori e la successione legale delle attività e delle eccezioni, o di aver compiuto un'attività incompatibile con l'esercizio della facoltà, come la proposizione di un'eccezione incompatibile con un'altra o il compimento d'un atto incompatibile con l'intenzione di impugnare la sentenza, o di avere già una volta validamente esercitato la facoltà (consumazione propriamente detta); il secondo, specifico al processo di cognizione, facendo proprio il quale la preclusione sta ad indicare vuoi l'espeditore per garantire il risultato ultimo del processo medesimo, e cioè la cosa giudicata sostanziale, a sua volta intesa come l'affermazione indiscutibile, e obbligatoria per i giudici di tutti i futuri giudizi, d'una volontà concreta di legge che riconosce o disconosce un bene della vita ad una delle parti, vuoi la preclusione di singole questioni nel caso del processo». Merita un cenno, infine, quella dottrina che – alla luce delle finalità processuali della categoria in esame – ha classificato quattro differenti tipi di preclusione: temporale, ordinatoria, logica e consuntiva (cfr., in tal senso, S. Riccio, La Preclusione processuale penale, cit., 14, il quale precisa che la prima ricomprende al suo interno tutte le ipotesi nelle quali la preclusione sorge a seguito del mancato esercizio di una facoltà entro il termine stabilito dalla legge; la seconda trova la propria origine, invece, nel “cattivo” esercizio di una facoltà processuale, onde risulta strettamente connessa al «principio di autoreponsabilità», valido non solo nell'ambito della teoria del negozio giuridico, ma anche all'interno della dinamica processuale; la terza categoria include, poi, l'ipotesi di incompatibilità tra attività esercitate; infine, la quarta nasce dall'aver già una volta esercitato una facoltà per il raggiungimento dello scopo). Al riguardo, però, sia consentito rilevare che lo scopo di una simile elencazione rinviene la sua utilità principalmente nel dimostrare quanto sia controversa la questione e come a tutt'oggi non si sia trovata una definitiva sistematica della preclusione.

<sup>41</sup> Per approfondimenti sul giudicato v. G. Lozzi, *Giudicato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 913 s.; A. Giovane, voce *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, 423 s.; G. De Luca, voce *Giudicato (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 3 s.; P. P. Rivello, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 476 s. Con particolare riferimento al tema del *ne bis in idem*, non può condividersi l'affermazione secondo la quale il giudicato è “la somma preclusione”, atteso che l'inammissibilità di un secondo giudizio per il medesimo fatto è un effetto del giudicato, non già una vera e propria preclusione, la quale, lo si ripete,

A ciò si aggiunga che nell'imponente affresco, che costituisce lo sfondo della problematica in oggetto, un ruolo non secondario è ricoperto dalla questione spinosa dell'abuso del processo<sup>43</sup>. La preclusione, infatti, si presta efficacemente a bloccare quei comportamenti delle parti – inutilmente duplicatori – nei quali tipicamente si riscontra una natura dilatoria<sup>44</sup>. Lungo questa strada si apre, poi, quella che sembra la soluzione maggiormente condivisibile per individuare il fondamento del principio di preclusione. Il ricorso a tale meccanismo o espediente o principio, infatti, si giustifica con l'opportunità soprattutto dei sistemi processuali moderni (in quanto ispirati almeno tendenzialmente alla prevalenza del principio dispositivo) di dare la dovuta rilevanza all'autoresponsabilità<sup>45</sup> delle parti, nel processo, per ciò che fanno o non fanno<sup>46</sup>. Questo non esclude, beninteso, che anche il comporta-

---

opera solo all'interno del giudizio e non al di fuori di esso.

<sup>42</sup> Così V. Andrioli, *ult. op. cit.*, 567. Si è affermato, tra l'altro, che non dovrebbe parlarsi di giudicato, bensì di preclusione nel processo penale, in quanto nell'ambito di quest'ultimo non viene attribuito alcun bene della vita (in tal senso, F. Carnelutti, *Contro il giudicato penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, 293 s.).

<sup>43</sup> Sul punto, G. Leo, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 508 s.; E. M. Catalano, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, *passim*; F. Cordopatri, *L'abuso del processo*, vol. I, Padova, 2000, *passim*.

<sup>44</sup> Per il collegamento tra l'abuso del processo e la sanzione dell'inammissibilità v. R. Fonti, *L'inammissibilità*, in AA.VV., *Soggetti e atti*, a cura di G. Dean, in *Trattato di procedura civile*, diretto da G. Spangher, vol. I, t. II, Torino, 2008, 423 s.

<sup>45</sup> *Cfr.*, per tutti, S. Pugliatti, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 463. Il concetto di autoresponsabilità viene esaminato anche da L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Torino, 1960, 71 s., 164 s.; R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, 224 s.; G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 102 s.

<sup>46</sup> L'osservazione è di A. Carratta, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., 17; in argomento, v. pure C. Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 64 s. A questo proposito, si è sostenuto che il principio di preclusione, quale espressione dell'autoresponsabilità (privatistica) delle parti nel processo, vada assumendo sempre più una coloritura pubblicistica di strumento processuale finalizzato non solo all'ordinato e sollecito svolgimento del processo, ma anche a rendere concreto e cogente il loro dovere di collaborazione alla ragionevole durata del processo. Sul punto, v. soprattutto A. Proto Pisani, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in *Quaderni fiorentini*, 28, 1999, 73 s.; nonché F. Cipriani, *Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti*, in *Foro it.*, 2002, V, 24 s.; Id., *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 455 s.; G. Monteleone, *L'attuale dibattito sugli orientamenti pubblicistici del processo civile*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); C. Cea, *Valori e ideologie del processo civile: le ragioni di un "terzista"*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 87 s.

mento integrante autoresponsabilità debba essere rapportato alla violazione di una precisa norma posta a tutela di un interesse che fa capo allo stesso soggetto agente<sup>47</sup>.

Naturalmente, il principio di preclusione può essere attuato in maniera più o meno elastica e la scansione fra le varie fasi processuali può o meno essere anche formalmente separata da un provvedimento del giudice (ad esempio, un'ordinanza che dichiara chiusa la prima fase del processo)<sup>48</sup>.

Nello specifico, l'art. 183 cod. proc. civ. abilita l'attore a proporre solo le domande e le eccezioni che siano conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dalla controparte. In tal modo, la norma consente di fissare sin dall'inizio del processo le questioni controverse, evitando così la diluizione – per non dire l'allungamento eccessivo – della fase di trattazione<sup>49</sup>.

Non v'è dubbio, poi, che l'esigenza di economia processuale abbia militato in favore del rafforzamento della necessità di definire la materia del contendere nell'udienza di trattazione; il che è avvenuto, soprattutto, con la riforma del 2005<sup>50</sup>. Sotto questo profilo, il secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., consentendo il passaggio dalla domanda di adempimento a quella di risoluzione, costituisce una deroga alle norme processuali che precludono il mutamento della domanda nel corso del giudizio e la proposizione di do-

<sup>47</sup> Cfr. A. Carratta, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., 17.

<sup>48</sup> Cfr. F. P. Luiso, *Diritto processuale civile, II. Il processo di cognizione*, cit., 29.

<sup>49</sup> Cfr. F. P. Luiso, *ult. op. cit.*, 30, il quale segnala, inoltre, come tale scopo sia stato perseguito senza rinunciare ai benefici dello svolgimento dialettico del processo stesso: cioè, con la consapevolezza che solo la concreta attuazione del contraddittorio può consentire di giungere ad una decisione che sia il meno possibile divergente dall'effettivo modo di essere della realtà sostanziale. Tuttavia, non può negarsi che l'inammissibilità di attività difensive delle parti, fondate nel merito ma precluse, finisca di fatto per limitare le possibilità di difesa della parte stessa e, di conseguenza, determinare un'alterazione nell'accertamento della fattispecie sulla quale decidere; sicché, le esigenze di ragionevole durata del processo, che giocano a favore del sistema preclusivo, inevitabilmente impattano sulla qualità dell'accertamento (cfr., in tal senso, A. Carratta, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., 20; in argomento, v. pure G. Balena, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 45 s.; G. Monteleone, *Preclusioni e giusto processo: due concetti incompatibili*, *ivi*, 2007, 31 s.; Id., *Limiti alla prova d'ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 863 s.; Id., *Alle origini del principio del libero convincimento*, *ivi*, 2008, 123 s.).

<sup>50</sup> Cfr. A. Montanari, *Le Sezioni Unite sul rapporto tra risoluzione e risarcimento e la quantificazione del danno*, in *Diritto civile contemporaneo*, n. 2/2014.

mande nuove in appello<sup>51</sup>. La norma, infatti, permette alla parte che ha invocato la condanna dell'altra ad adempiere di rivedere la propria scelta, sostituendo a tale pretesa quella di risoluzione. In altri termini, a fronte di un inadempimento che, nel prolungarsi del giudizio, perdura e si aggrava, l'art. 1453 offre alla parte – che con la domanda di adempimento abbia inizialmente puntato all'attuazione del contratto sul presupposto del suo mantenimento – la possibilità di reagire all'inattuazione dello scambio contrattuale passando alla domanda di risoluzione per inadempimento, onde veder cancellato e rimosso l'assetto di interessi disposto con il negozio.

Tutto ciò trova una giustificazione, sul piano pratico, nel ruolo assegnato dal diritto sostanziale alle tutele dell'adempimento e della risoluzione; il che rende la deroga posta dall'art. 1453, secondo comma, cod. civ. in linea con il canone dell'economia processuale, rammentato in precedenza. La disposizione evita, infatti, l'instaurazione di un nuovo giudizio volto alla risoluzione, la cui richiesta segue, per lo più, l'infruttuosità dell'azione di adempimento.

Lo *ius variandi* si giustifica, altresì, con il fatto che le due azioni, quella di adempimento e quella di risoluzione, pur avendo un diverso oggetto, conducono a risultati coordinati e convergenti dal punto di vista dello scopo. Nei contratti con prestazioni corrispettive, i due rimedi in parola – pur presen-

---

<sup>51</sup> Si tratta di una deroga agli artt. 183 e 345 cod. proc. civ. che può operare nelle fasi più avanzate dell'*iter* processuale, oltre l'udienza di trattazione, non solo per tutto il giudizio di primo grado, ma anche nel giudizio di appello (*cf.*, in tal senso, Cass. 05-05-1998, n. 4521; questo indirizzo è stato ribadito, in tempi più recenti, da Cass. 06-04-2009, n. 8234 e da Cass. 12-02-2014, n. 3207, entrambe riferite a vicende processuali iniziate dopo il 30 aprile 1995, vale a dire dopo la riforma del regime delle preclusioni processuali realizzata dalla legge 26 novembre 1990, n. 353). Va soggiunto, al riguardo, che neppure il passaggio in giudicato della sentenza di condanna all'adempimento preclude la via della risoluzione, che può essere imboccata tramite un successivo processo; ma ciò postula che il giudicato non venga eseguito e che tale in esecuzione rivesta un ruolo autonomo, ossia quello di aggravare ulteriormente l'inadempimento e di giustificare la perdita di interesse all'esecuzione forzata in forma specifica, la quale si potrebbe profilare lunga e difficile (così F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 61, il quale aggiunge che «alla domanda successiva di risoluzione non è opponibile l'*exceptio rei iudicatae* per la diversità di *petitum* tra le due azioni ed anzi il giudicato di condanna assume pieno valore nel giudizio di risoluzione, precludendo la possibilità di mettere in discussione l'inadempimento già accertato»; in senso conforme v. U. Carnevali, *Della risoluzione per inadempimento*, in A. Luminoso-U. Carnevali-M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 88; G. G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 465; A. Smirollo, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 317).

tando diversità di *petitum* – mirano a realizzare lo stesso interesse del creditore insoddisfatto, consistente nell'evitare il pregiudizio derivante dall'inadempimento della controparte<sup>52</sup>. E lo testimonia, del resto, il fatto che la proposizione dell'azione di adempimento ha effetto interruttivo della prescrizione anche con riferimento al diritto di chiedere la risoluzione del contratto, il quale potrà essere esercitato fino a quando il termine prescrizionale non sarà nuovamente decorso per intero<sup>53</sup>.

5. – È stato giustamente osservato che l'art. 1453 cod. civ. derivi dalla maggiore attenzione riservata nel codice del 1942 alla tutela del contratto<sup>54</sup>. Precisamente, si riscontra nell'attuale codice un mutamento di prospettiva avuto riguardo alla tradizionale teorica del contratto, di cui era impegnato il codice del 1865, che considerava quest'ultimo come un tutt'uno indistinguibile dall'obbligazione. Esso assume rilevanza piuttosto quale piano di giurificazione degli interessi delle parti per il raggiungimento di uno scopo<sup>55</sup>.

In particolare, la categoria della risoluzione del contratto rappresenta una novità del codice del 1942. La Relazione del Guardasigilli (n. 660), dopo avere richiamato la categoria dei contratti con prestazioni corrispettive e dopo avere individuato l'inadempimento di uno dei contraenti, l'impossibilità e l'eccessiva onerosità di una delle prestazioni come anomalie influenti sul sinallagma contrattuale, così spiega: «La identica conseguenza cui adducono ciascuna delle cennate situazioni, di rompere il vincolo di corrispettività e quindi di togliere giustificazione alla prestazione o alla controprestazione, ha condotto ad un avvicinamento delle medesime sotto l'unico profilo della risoluzione del contratto, in modo che questa viene considerata dal nuovo codice come rimedio concesso per ogni caso di mancata realizzazione del sinallagma».

Resta preclusa, invece, la possibilità di domandare l'adempimento successivamente alla domanda di risoluzione; ciò in ragione della rilevanza che il nostro legislatore attribuisce all'affidamento della parte inadempiente gene-

<sup>52</sup> *Cfr.*, in tal senso, Cass. 29-11-2011, n. 15171.

<sup>53</sup> *Cfr.*, sul punto, Cass. s.u. 10-04-1995, n. 4126.

<sup>54</sup> L'osservazione è di A. Montanari, *Le Sezioni Unite sul rapporto tra risoluzione e risarcimento*, cit.

<sup>55</sup> *Ibidem.*

rato dalla domanda di risoluzione<sup>56</sup>. Quest'ultima, infatti, manifesta il non interesse al proseguimento del rapporto contrattuale, generando conseguentemente l'affidamento della parte inadempiente in questo stato di fatto.

Sotto un diverso profilo, peraltro, questa regolamentazione del rapporto tra i due rimedi conferma la tendenza del diritto dei contratti a privilegiare l'adempimento e a scongiurare il più possibile il ricorso alla risoluzione: la proposizione del primo non preclude mutamenti di strategia; viceversa, la richiesta della seconda pone il contraente fedele nella situazione di non potere accettare l'adempimento volontario della controparte in sede stragiudiziale<sup>57</sup>.

Inoltre, si è giustamente osservato che lo *ius variandi* della vittima dell'inadempimento non possa cogliere di sorpresa il debitore. Questi, infatti, rimanendo inadempiente nonostante sia stato sollecitato ad eseguire (o ad eseguire correttamente) la prestazione richiesta, ha ben chiaro che la propria inerzia, per ogni momento che passa, viene ad aggravare lo iato tra il momento della scadenza ed il momento dell'esecuzione; sicché, la scelta iniziale per il rimedio manutentivo in presenza di un inadempimento precorso non distrugge la facoltà di ricorrere alla tutela ablativa per un inadempimento che si rinnova, anzi che cresce o si aggrava nella pendenza del processo.

---

<sup>56</sup> Cfr., al riguardo, R. Alessi, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 67; A. Luminoso, *Della risoluzione per inadempimento*, in A. Luminoso-U. Carnevali-M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Art. 1453-1454, Bologna-Roma, 1990, 10, 39; G. Auletta, *Risoluzione e rescissione dei contratti. A) Risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 641 s. e ivi, 1949, 170 s.; M. Giorgianni, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Contr. impr.*, 1991, 68 s.; C. Consolo, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 229-344; M. Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, 334-335.

<sup>57</sup> Sul principio di priorità logico-giuridica dell'adempimento in natura cfr. M. Giorgianni, *Tutela del creditore e tutela «reale»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 620 s.; S. Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, 113 s.; L. Mengoni, *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, 128; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 279 s.; F. Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 1 s. e *passim*; L. Nivarra, *I rimedi specifici*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 157-201; M. Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, 298-308, 325-329 e *passim*. Va rilevato, tuttavia, che questo rapporto di consequenzialità logico-giuridica manca con riguardo all'azione risarcitoria, la quale non solo non presuppone il necessario esperimento dell'azione di risoluzione del contratto, ma neppure, a maggior ragione, il suo accoglimento (cfr., in tal senso, Cass. 10-06-1998, n. 5774; Cass. 23-07-2002, n. 10741; Cass. 27-10-2006, n. 23273).

Tutto ciò vale, però, a condizione che i fatti dedotti a fondamento della domanda di risoluzione coincidano con quelli posti alla base della domanda di adempimento originariamente proposta. Per cui, se l'attore allega alla domanda di risoluzione un inadempimento diverso, ossia una nuova *causa petendi*, con l'introduzione di un nuovo tema d'indagine, tornano ad applicarsi le preclusioni di cui agli artt. 183 e 345 cod. proc. civ., giacché la deroga alla disposizione del codice di rito è limitata all'introduzione di un nuovo e sostitutivo *petitum* immediato. Al riguardo, la sentenza in commento rileva, infatti, che «l'immutazione dei fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio, introducendo nel processo un nuovo tema d'indagine e di decisione, altererebbe "l'oggetto sostanziale dell'azione ed i termini della controversia", e si risolverebbe, in definitiva, nel far valere in giudizio "una pretesa [...] diversa, per la sua intrinseca natura, da quella fatta valere in precedenza»<sup>58</sup>. Inderogabili esigenze del contraddittorio e della difesa – hanno precisato le Sezioni Unite – sono d'ostacolo a che possa porsi a base della nuova domanda di risoluzione un fatto costitutivo materialmente diverso da quello su cui sia stata fondata la domanda originaria d'adempimento; in altri termini, non è permesso di dedurre, quale *causa petendi* della domanda di risoluzione, inadempimenti nuovi e diversi da quelli in base ai quali sia stata prima richiesta la prestazione pattuita.

A ben vedere, tra i due rimedi in parola si instaura un rapporto di concorsualità alternativa, stante la loro surrogabilità, con il limite però posto dalla seconda parte del comma 2, in forza del quale «non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione».

All'iniziativa risolutoria il contraente in regola può poi affiancare la domanda di risarcimento e ciò non solo quando abbia puntato, sin dall'inizio, alla cancellazione degli effetti del contratto, ma anche quando questi, dopo una citazione con domanda di condanna ad adempiere, abbia abbandonato il rimedio attuativo del contratto e sia passato ad una domanda rivolta ad eliminarne gli effetti.

Nell'ambito delle tutele contrattuali apprestate dall'art. 1453 cod. civ., il risarcimento del danno svolge, infatti, un ruolo complementare, presupponendo l'espletamento delle tutele dell'adempimento e della risoluzione; il che prende corpo sul piano processuale nel nesso di accessorietà sussistente tra la domanda di risarcimento e quella per l'adempimento o per la risoluzio-

<sup>58</sup> Cfr. Cass. s.u. 11-04-2014, n. 8510, § 7.

ne. In altre parole, la pretesa risarcitoria trova il suo titolo nella pretesa che forma l'oggetto della domanda per l'adempimento o per la risoluzione<sup>59</sup>.

Se, dal punto di vista letterale, il secondo comma dell'art. 1453 cod. civ. disciplina l'ipotesi tipica del passaggio dall'azione di esecuzione del contratto a quella di risoluzione dello stesso per il persistere dell'inadempimento della controparte, la lettera della norma non impedisce di cogliere che si tratta di una disciplina dettata senza pretesa di completezza. Piuttosto, lasciando all'interprete il compito di completare il dettaglio della trama normativa per le fattispecie non espressamente regolate, la disposizione non esclude che, in occasione dell'esercizio dello *ius variandi*, vi si affianchino altresì quelle pretese che hanno una funzione complementare rispetto al rimedio base.

Del resto, il primo comma dello stesso articolo, nel fare «salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno», configura come possibile il cumulo tra la domanda rivolta ad ottenere lo scioglimento del contratto e l'azione risarcitoria per la riparazione del pregiudizio economico del creditore insoddisfatto, delineando un modello di tutela unitario risultante dall'operare combinato dei due rimedi con l'azione di danno, che può accompagnarsi, quindi, tanto all'azione di adempimento quanto alla domanda di risoluzione. A questa soluzione conduce un'interpretazione sistematica dei commi primo e secondo dell'art. 1453 cod. civ., orientata dalla *ratio* dello *ius variandi*.

6. – Prima di considerare l'accoppiamento dei rimedi summenzionati (risoluzione del contratto e risarcimento del danno), si rende necessaria una piccola digressione circa il ruolo assegnato dal nostro legislatore alla risoluzione per inadempimento.

Preliminarmente, va rilevato che l'intero istituto della risoluzione consente la rivisitazione del rapporto tra la tutela dell'obbligazione e la tutela del contratto, per sottolinearne la specificità<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Cfr. A. Montanari, *Le Sezioni Unite sul rapporto tra risoluzione e risarcimento*, cit.; giunge alla medesima conclusione anche C. De Menech, *Mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione del contratto e pretesa risarcitoria avanzata in occasione della mutatio libelli*, in *Contratti*, 2014, 131-135. Per la definizione di accessorialità fatta propria dalla dottrina processualcivile cfr., *ex multis*, S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile, I. Disposizioni generali*, Milano, 1959, 138, 329-339; L. Montesano – G. Arieta, *Trattato di diritto processuale civile, I. Principi generali. Rito ordinario di cognizione*, Padova, 2001, 389.

<sup>60</sup> A. Montanari, *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013, 9-10. Sulla necessità di distinguere

La scelta del legislatore del '42 di fissare nell'inadempimento il presupposto della risoluzione ne ha alimentato, infatti, la lettura tradizionale come vicenda dell'obbligazione e non già del contratto<sup>61</sup>. Tale lettura potrebbe apparire giustificata dalla circostanza che l'inadempimento è categoria dell'obbligazione (arg. ex art. 1218 cod. civ.) e ciò induce a richiamarne la disciplina.

Per vero, la sovrapposizione di tutela contro l'inadempimento dell'obbligazione e di tutela del contratto dipende dall'idea che di quest'ultimo era fatta propria dal codice abrogato, vale a dire lo «accordo di due o più persone

---

tra la tutela del contratto e la tutela dell'obbligazione cfr. L. Mengoni, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 507 s.; M. Giorgianni, *La «parte generale» delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I. *Diritto Civile*, Milano, 1995, 535 s. e in *Raccolta di scritti. Itinerari giuridici tra pagine classiche e recenti contributi*, Padova, 1996, 255 s.

<sup>61</sup> A. Montanari, *Il danno da risoluzione*, cit., 10. Per un'efficace sintesi delle varie teorie con cui, in dottrina, è stato spiegato il fondamento della risoluzione per inadempimento, v. G. Scalfi, voce *Risoluzione del contratto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII; Roma, 1991, 3; 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, 3 s., spec. 73; G. F. Basini, *Risoluzione del contratto e sanzione per l'inadempimento*, Milano, 2001, spec. 183 s.; G. Auletta, *Risoluzione e rescissione dei contratti*, cit., 147-173; L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, III. *L'attuazione*, Milano, 1948, 238; G. Persico, *L'eccezione d'inadempimento*, Milano, 1955, 114 s.; A. Dalmarcello, voce *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1957, 128 s.; R. Miccio, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di illustri giureconsulti, IV, 1, Torino, 1957, 144 s.; A. Belfiore, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1316 s.; M. Tamponi, *La risoluzione*, cit., 1718 s.; G. Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 161; F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, 500 s.; P. M. Putti, *La risoluzione*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, in *Diritto Civile*, diretto da N. Lipari – P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. III, t. II, Milano, 2009, 1147 s.; G. Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milano, 2012, 35 s., spec. 40-41. *Contra* M. Della-casa, *Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto di vista sulla giurisprudenza*, in *Danno resp.*, 2008, 261, nt. 3, spec. 263. L'inadempimento – sovente indicato con il termine colpa – è criticato anche da L. Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, 18 s.; M. Giorgianni, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975, 312 s., spec. 320 s.; F. Macioce, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Napoli, 1988, 31 s. e passim; G. Pisciotta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2000, 42; M. Costanza, *sub art. 1456*, in L. Nanni-M. Costanza-U. Carnevali, *Della risoluzione per inadempimento*, Art. 1455-1459, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, I, 2, Bologna-Roma, 2007, 62 s., spec. 64; A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 207 s.; A. Plaia, *Risoluzione per mancanza di qualità e colpa del venditore*, in *Contratti*, 2010, 631 s.; S. Lorenz, *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 104 s.

per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico» (art. 1098 cod. civ. 1865), ove per «vincolo giuridico» si intendeva esclusivamente quello cui dà luogo l'obbligazione<sup>62</sup>. Al riguardo, va ricordato come questa concezione discendesse dall'esperienza giuridica francese<sup>63</sup>; nondimeno, essa è stata superata dal legislatore del '42 che all'art. 1321 cod. civ. menziona non più il vincolo giuridico, sibbene il rapporto giuridico, includendovi altresì la funzione traslativa o costitutiva di diritti reali<sup>64</sup>. Ne emerge, pertanto, una nozione di contratto che risulta di gran lunga più ampia rispetto alla precedente, dal momento che la disciplina dello stesso appare maggiormente autonoma rispetto a quella dell'obbligazione. E di tutto ciò si trae conferma anche dalle norme sulla risoluzione del contratto con prestazioni corrispettive (artt. 1453 e ss. cod. civ.)<sup>65</sup>.

Il contratto con prestazioni corrispettive s'incentra, infatti, sul rapporto tra le prestazioni, anziché tra le obbligazioni, e ne segnala il «nesso speciale,

---

<sup>62</sup> A. Montanari, *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, in *Europa e diritto privato*, n. 3/2010, 787. Sotto il codice del 1865 la dottrina era solita distinguere tra contratto e convenzione, designando, il primo, l'accordo diretto a costituire un'obbligazione e, la seconda, ogni specie d'accordo su un oggetto di interesse giuridico, che poteva avere quale contenuto sia la costituzione di un'obbligazione sia la costituzione di un diritto reale. *Cfr.* R. De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile, III. Diritti di obbligazione. Diritto ereditario*, Messina-Milano, 1935, 241-242. *Contra* G. Pacchioni, *Dei contratti in generale, Diritto civile italiano*, II, 2 (Padova 1936), 7 s., secondo cui nel codice del 1865 era accolta «una definizione assai lata che comprende[va] tutti i contratti, tanto obbligatori che reali non solo, ma anche quelli famigliari, successori ecc.»

<sup>63</sup> Storicamente, si deve all'insegnamento di Pothier l'impossibilità di concepire il contratto come immediatamente produttivo di effetti reali ed il conseguente accoglimento esclusivo della figura dei contratti obbligatori. *Cfr.*, sul punto, R. De Ruggiero, *Istituzioni*, III, cit., 241 s.; G. Osti, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 490.

<sup>64</sup> Così F. Messineo, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 817, il quale rileva che il distacco dal *Code civil* era già presente sotto il codice del 1865, laddove si assegnava al contratto non solo la funzione di costituire il vincolo giuridico – come l'art. 1101 *Code civil* –, ma anche quella di regolare e di sciogliere il medesimo. *Contra* G. Osti, *Contratto*, cit., 468, che dà minore rilevanza all'innovazione di cui si discorre *supra* in testo, sottolineando che in realtà la definizione di contratto del nuovo codice costituisce un perfezionamento meramente formale dell'idea sostanziale di contratto già desumibile per via di interpretazione sistematica dal codice del 1865.

<sup>65</sup> *Cfr.* per indicazioni in senso contrario, G. Cian, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 496 s.

che è detto di *corrispettività*, e che consiste nell'*interdipendenza* (o *causalità reciproca*) fra esse, per cui, ciascuna parte non è tenuta alla propria prestazione, se non sia dovuta, ed effettuata, la prestazione dell'altra»<sup>66</sup>.

Va da sé, inoltre, che il significato autentico dell'innovazione fatta segnare dal contratto con prestazioni corrispettive non consiste nell'ampliamento dell'ambito di applicazione della risoluzione, bensì nell'esigenza di predisporre una tutela apposita contro la violazione del contratto, la quale, beninteso, può coincidere talvolta con l'inadempimento di un'obbligazione, talaltra con la mancata realizzazione dell'effetto reale, altre volte ancora con la violazione di un obbligo di protezione e, infine, con il verificarsi dei presupposti per l'attivazione di una garanzia<sup>67</sup>. Sotto questo profilo, allora, la nor-

<sup>66</sup> F. Messineo, *Contratto*, cit., 911. In dottrina è pressoché pacifica l'identificazione del nesso di corrispettività con il collegamento causale o di interdipendenza tra le prestazioni, per cui l'una trova la sua giustificazione nell'altra: M. De Simone, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 48 s.; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, 221; A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, 319; A. Luminoso, *sub art. 1453*, cit., 2 s.; P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 364; C. Camardi, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, 455; M. Tamponi, *La risoluzione*, cit., 1477 s.; L. Cabella Pisu, *Impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Art. 1463-1466, Bologna-Roma, 2002, 44; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. Trabucchi, Padova, 2005, 694. Diversamente G. Scalfi, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano, 1960, 57 il quale sostiene che «quando la legge usa l'espressione contratto con prestazioni corrispettive essa indica quei contratti caratterizzati da ciò: che le utilità che le parti tendono a conseguire (che cioè il contratto è destinato a procurare loro) sono reciproche». Ancora diversa è la lettura di A. Pino, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, 159, secondo cui il dato caratteristico e tipico del contratto con prestazioni corrispettive è «lo scambio, inteso non in senso economico, giacché qualunque negozio con contenuto patrimoniale può essere utilizzato per svolgere attività economica, ma in senso giuridico, con il significato cioè che appare accolto dalla disciplina positiva: il reciproco trasferimento di beni o di servizi attuato con un unico strumento negoziale».

<sup>67</sup> Cfr. A. Montanari, *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, cit., 790. Sul punto v. L. Mengoni, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 16, il quale, ricordando W. Fiume, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Münster, 1948, 41 secondo cui «si deve distinguere inadempimento del contratto (in genere) e inadempimento di una obbligazione *ex contractu* (in specie)», afferma che la maggior ampiezza del primo rispetto al secondo è data dalla circostanza che «la forza della *lex contractus* non si esprime necessariamente in un'obbligazione»; adde A. Nicolussi, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 532-533; M. Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli, 2008, 157 s. D'altra parte si è precisato, di recente, che è scorretto discorrere di inadempimento del contratto giacché l'adempimento/inadempimento è una

mativa sulla risoluzione tratta l'inadempimento non in termini di mancata realizzazione dell'interesse creditorio *tout court*, ma come causa di alterazione del nesso di corrispettività. La conclusione, d'altronde, sembra trovare conferma anche nella risoluzione per impossibilità *ex art.* 1463 cod. civ., la quale costituisce effetto immediato della rottura del nesso di corrispettività causata dall'estinzione di una delle obbligazioni<sup>68</sup>. Quel che emerge, in definitiva, è un sistema bipolare della tutela contrattuale, in cui il giudizio di responsabilità del debitore per inadempimento resta distinto per presupposti ed effetti dalla risoluzione del contratto, la quale costituisce il rimedio posto a presidio del rapporto di corrispettività<sup>69</sup>, cui è estraneo qualsiasi riferimento all'obbligazione<sup>70</sup>.

Va soggiunto, però, che la risoluzione del contratto per inadempimento tutela non solo il sinallagma contrattuale, ma quell'ulteriore bene giuridico costituito dall'interesse del contraente a liberarsi dal vincolo violato, in quanto non più idoneo a dare corso all'equilibrio economico consacrato nel rego-

---

coppia categoriale esclusiva dell'istituto dell'obbligazione, sicché appare più opportuno disquisire di «violazione del contratto». *Cfr.*, in proposito, C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 707; nonché F. Piraino, *Il pagamento al creditore apparente nella prospettiva di un diritto europeo dell'obbligazione*, *ivi*, 313, nt. 113 e già implicitamente *Id.*, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, *ivi*, 2006, 585 s. *Contra* E. Barcellona, *Le tutele dell'acquirente nella vendita di beni di consumo tra responsabilità garanzia e esatto adempimento*, in *Contr. impr.*, 2009, 201, secondo cui è irrilevante distinguere tra «inadempimento dell'obbligazione» ed «inadempimento del contratto» in quanto entrambe le forme di inadempimento innescano il medesimo apparato di rimedi «tanto nel caso che si riferisca ad una «obbligazione» che nel caso in cui si riferisca ad un «contratto»».

<sup>68</sup> A. Montanari, *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, *cit.*, 792 ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici. *Cfr.* pure F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, *cit.*, 638 s., secondo cui il nodo del giudizio di responsabilità consiste non già nell'individuazione del criterio di imputazione dell'inadempimento, bensì nell'identificazione del criterio di imputazione del danno da violazione del vincolo obbligatorio. Tale criterio deve ravvisarsi proprio nell'inadempimento in quanto la riconducibilità del danno alla sfera di imputazione del debitore passa attraverso la prova del nesso di causalità tra la perdita (patrimoniale o non patrimoniale) e la condotta dell'obbligato, che non richiede alcuna connotazione ulteriore (in termini di dolo o di colpa) rispetto a quella connessa alla sua natura di violazione dell'obbligo principale di prestazione o degli obblighi accessori.

<sup>69</sup> V. però B. Marucci, *La risoluzione per inadempimento dei contratti non corrispettivi*, Napoli, 2000, 75 s. e *passim*; G. Biscontini, *Assenza di corrispettività e risoluzione*, in AA.VV., *Violazione del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. Del Prato, Milano, 2003, 43 s.

<sup>70</sup> *Cfr.*, nello stesso senso, anche M. De Simone, *Il contratto*, *cit.*, 34.

lamento contrattuale<sup>71</sup>. Tutto ciò mette in risalto il ruolo assegnato alla risoluzione di tutela «estrema» contro la violazione contrattuale e la peculiare effettività conseguentemente attribuita alla forza vincolante del contratto con prestazioni corrispettive<sup>72</sup>.

Non a caso, la domanda di adempimento può essere proposta sulla base della mera inesecuzione della prestazione; la risoluzione, di contro, risulta subordinata alla verifica che tale inesecuzione provochi una frustrazione di non scarsa importanza per la parte fedele dell'assetto di interessi consacrato nella *lex contractus* (arg. ex art. 1455 cod. civ.). In sostanza, per l'azione di risoluzione del contratto la legge richiede un *quid pluris* rispetto alla "semplice" violazione del sinallagma contrattuale, la quale può certamente giustificare l'azione di adempimento, ma non anche l'azione di risoluzione<sup>73</sup>.

Sul piano giuridico assume, innanzitutto, rilevanza l'interesse del contraente all'esecuzione del contratto, finché la sua violazione non sia tale da compromettere, in modo pressoché irreversibile, l'operazione economica pattuita. E questo scarto tra violazione "semplice" e violazione "qualificata" esprime, invero, la *ratio* della deroga posta dal secondo comma dell'art. 1453 cod. civ. alla regola processuale di cui all'art. 183 cod. proc. civ.<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Cfr., sul punto, A. di Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 427; R. Alessi, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 71, sulla quale v. *contra* C. Turco, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, 1997, 115; G. Collura, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, 37 s.; M. Tamponi, *La risoluzione*, cit., 1492 s. La duplicità di piani che informa il rimedio della risoluzione sembra desumibile anche dall'art. 3:502 del *Draft Common frame of reference* (DCFR) sul *fundamental non-performance*: «a creditor may terminate if the debtor's non-performance of a contractual obligation is fundamental. (2) A non-performance of a contractual obligation is fundamental if: (a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or (b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on».

<sup>72</sup> A. Montanari, *Le Sezioni Unite sul rapporto tra risoluzione e risarcimento*, cit.

<sup>73</sup> Cfr., in argomento, A. di Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto*, cit., 427; G. Collura, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, 37 s.

<sup>74</sup> Nel senso di interpretare l'art. 1453, secondo comma, cod. civ. non solo dalla prospettiva processualistica cfr. F. Rota, *Dalla domanda di adempimento alla domanda di risoluzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 876-917. A questo proposito, va rilevato che la sentenza in commento (Cass. s.u. 11-04-2014, n. 8510) condivide l'assunto secondo il quale la norma avrebbe, anzitutto, carattere di diritto sostanziale: un diritto che non può essere ostacolato dall'antecedente scelta per il

7. – Vale la pena, a questo punto, interrogarsi sul ruolo che il risarcimento del danno assume nell'ambito delle tutele approntate dall'art. 1453 cod. civ. Dal quadro sopra descritto si ricava, infatti, una diversa modulazione dello strumento risarcitorio *ex art.* 1453 rispetto al risarcimento del danno *ex art.* 1218, giacché il primo, mirando alla compensazione del danno che la violazione del sinallagma (*rectius* del contratto con prestazioni corrispettive) ha arrecato alla parte non inadempiente, completa la tutela contrattuale rappresentata dall'alternativa adempimento-risoluzione. Per converso, il rimedio *ex art.* 1218 cod. civ. risponde a ben altri presupposti e precisamente al risarcimento inteso come surrogato della prestazione inadempita<sup>75</sup>.

Ciò non vuol dire, beninteso, che il primo non possa rientrare concettualmente nel secondo, giusta l'identità di risultato cui essi mirano. Ed infatti, la diversità di presupposti non allontana le due tipologie di risarcimento e tampoco le pone in contrasto, tant'è che entrambe mirano finalmente all'ottenimento del plusvalore economico legato all'operazione contrattuale o, in altre parole, alla compensazione delle perdite subite e dei mancati guadagni tramite l'allocatione del costo del danno sul soggetto ritenuto responsabile.

In breve, più che parlarsi di «peculiarità della funzione» del danno da risoluzione<sup>76</sup>, dovrebbe parlarsi soltanto di «peculiarità della disciplina».

---

rimedio manutentivo. Lo dimostra, d'altronde, il fatto che la giurisprudenza ammette che il contraente deluso, anche se si sia formato un giudicato di condanna all'esecuzione in forma specifica, conservi pur sempre la possibilità di domandare la risoluzione del contratto dopo il processo, qualora l'adempimento non si sia verificato (*cf.*, in tal senso, anche Cass. 18-05-1994, n. 4830; Cass. 04-10-2004, n. 19826; Cass. 12-07-2011, n. 15290). In dottrina, v. F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 61; U. Carnevali, *Della risoluzione per inadempimento*, in A. Luminoso-U. Carnevali-M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 88; G. G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 465; A. Smirolto, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., 317.

<sup>75</sup> *Cfr.* A. Montanari, *Il danno da risoluzione*, cit., 148; v. pure L. Mengoni, *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986 e in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 88 secondo cui bisogna distinguere tra l'obbligo di risarcimento del danno che si pone in luogo del dovere primario di prestazione e quello che, viceversa, si colloca accanto alla prestazione. Tale distinzione sembra presente rispettivamente ai §§ 281-283 e al § 280 del BGB riformato (*cf.*, sul punto, A. Di Majo, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni e dei contratti in Germania*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 361 s., 369 s.; S. Grundmann, *Risarcimento del danno contrattuale. Sistema e prospettive nell'interazione fra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa*, in *Dir. giur.*, 2005, 177 s.).

<sup>76</sup> A. Montanari, *Le Sezioni Unite sul rapporto tra risoluzione e risarcimento*, cit.

A livello di sistema, si è osservato che la scelta del legislatore di anteporre alla tutela risarcitoria l'alternativa tra l'azione di adempimento e quella di risoluzione sembra ispirarsi all'esigenza di privilegiare la tutela dei due interessi antitetici che la violazione della *lex contractus* può suscitare nel contraente non inadempiente: l'interesse a conseguire, seppure in seconda battuta, quanto il contratto prevede tramite la tutela in natura e l'interesse a tornare libero dal vincolo contrattuale, reputato ormai irrimediabilmente fallito, mediante il rimedio ablativo della risoluzione<sup>77</sup>. A ben vedere, in entrambe le ipotesi si tratterebbe di un danno c.d. consequenziale, il quale viene identificato dall'esperienza di *common law* nel pregiudizio incidentale (*consequential/incidental loss*) che si aggiunge alla perdita della prestazione in sé considerata e che si sostanzia nel danno provocato dall'inesecuzione del rapporto contrattuale, in contrapposizione al danno c.d. normale (*normal loss*) che corrisponde, invece, al danno "immediato" provocato dall'inadempimento<sup>78</sup>.

Osservando attentamente il modulo di cui all'art. 1453, infatti, sembra più coerente la scelta di qualificare il danno da risoluzione come pregiudizio consequenziale, provocato, nel caso in cui la prestazione venga successivamente eseguita in natura, dal ritardo nell'adempimento, nel caso di rinuncia tramite risoluzione, invece, dal contratto *tout court*, inteso in termini retrospettivi come vicenda storica fallimentare per la parte infedele. In definitiva, la tutela contrattuale in esame assume una duplice espressione in relazione all'interesse del contraente, che può orientarsi verso l'adempimento del contratto ovvero optare per lo scioglimento del medesimo. In entrambi i casi non viene meno, comunque, la natura consequenziale del risarcimento del danno, giusta la funzione di rimedio complementare assegnatogli dall'art. 1453.

Eppure, nel diritto applicato non sempre l'ammissibilità della domanda di risarcimento proposta nel corso del processo presuppone il contestuale esercizio dell'azione di risoluzione. In giurisprudenza, infatti, si ammette che

<sup>77</sup> Cfr. A. Montanari, *Il danno da risoluzione*, cit., 147 s.

<sup>78</sup> Cfr., al riguardo, D. B. Dobbs, *Law of remedies. Damages-Equity-Restitution*, St. Paul Minn., 1993, 226 s.; R. Craswell – A. Schwartz, *Foundations of Contract Law*, Oxford-New York, 1994, 68 s.; H. McGregor, *McGregor on Damages*, London, 2003, 23 e ss.; G. H. Treitel – E. Peel, *The Law of Contract*, London, 2007, 1012; H. G. Beale – W. D. Bishop – M. P. Furmston, *Contract. Cases & Materials*, Oxford, 2008, 706 s. In Italia v. soprattutto G. Smorto, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005, 87 s.; A. Di Majo, *Le tutele*, cit., 167 s.

formulando l'atto di citazione il creditore possa chiedere l'adempimento e, in via subordinata, il risarcimento del danno, scegliendo poi la domanda di risarcimento nel corso del processo, una volta accertato che l'inadempimento del debitore convenuto perduri o sia divenuto definitivo<sup>79</sup>. Sulla stessa linea si muove quell'orientamento favorevole ad ammettere il passaggio dal rimedio specifico, rappresentato dall'azione di adempimento, a quello per equivalente, cioè il risarcimento del danno, senza il contestuale esercizio dell'azione di risoluzione. In tal caso, il contratto non si scioglie; l'unica conseguenza che si ha è la conversione della prestazione di cui il creditore aveva inizialmente domandato l'esecuzione in una somma di denaro<sup>80</sup>. Con ogni probabilità, rispondono a tale esigenza di carattere equitativo le sentenze che ammettono il mutamento della domanda di adempimento in quella di risarcimento nel caso in cui il promittente alienante convenuto in giudizio dal promissario acquirente abbia alienato a terzi il bene promesso in esecuzione di un preliminare di vendita immobiliare<sup>81</sup>.

Talvolta, il creditore non può conseguire la risoluzione perché la prestazione di cui ha inizialmente chiesto l'adempimento ha una rilevanza marginale nell'economia del contratto<sup>82</sup>, o perché – come avviene in relazione ai garanzie per i vizi dell'opera appaltata (art. 1668, comma 2, cod. civ.) – il legislatore ancora la risoluzione al verificarsi di alterazioni particolarmente gravi<sup>83</sup>. Date queste condizioni, quando a seguito della domanda di adempimento il debitore convenuto in giudizio rimanga inadempiente il creditore può ottenere solo il risarcimento del danno, senza essere legittimato a conse-

<sup>79</sup> Cfr. Cass. 27-07-2006, n. 17144, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Contratto in genere*, 592; Cass. 28-07-2005, n. 15883, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Procedimento civile*, 200.

<sup>80</sup> Cfr. Cass. 28-07-2010, n. 17688, in *I Contratti*, 2011, 136 con nota di M. Mastrandrea, *Esecuzione in forma specifica ed offerta di adempimento della controprestazione*; Cass. 22-02-2011, n. 2613, in *Foro it.*, 2001, I, n. 2244 con nota di B. Tassone, *La Cassazione tira diritto sulla transmissibilità agli eredi del diritto di prelazione di origine convenzionale*; Cass. 20-08-1993, n. 8797, in *Arch. civ.*, 1994, 31.

<sup>81</sup> Cfr. Cass. 28-07-2010, n. 17688; Cass. 22-02-2001, n. 2613.

<sup>82</sup> Cfr. Cass. 20-08-1993, n. 8797.

<sup>83</sup> Cfr. l'ampia argomentazione sulla conversione della domanda di adempimento in quella di risarcimento di M. Dellacasa, *Ius variandi e risarcimento del danno*, cit., 768 s. Sia consentito osservare che l'Autore opportunamente correda le proprie ricostruzioni con precisi riferimenti giurisprudenziali che consentono al lettore ed allo studioso una visione organica della materia.

guire la risoluzione<sup>84</sup>. In tal caso, il mutamento della domanda è funzionale alla realizzazione della pretesa creditoria: il risarcimento del danno “in sostituzione della prestazione” integra, infatti, la tutela offerta dalla legge al contraente deluso.

Per converso, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, che trova riscontro in dottrina<sup>85</sup>, il creditore che abbia proposto in un primo momento la domanda di risarcimento non può chiedere successivamente la risoluzione<sup>86</sup>. Chiedendo in prima battuta il risarcimento, infatti, il creditore non manifesta interesse per l'attuazione del rapporto, in quanto assume che l'inadempimento sia già definitivo: la successiva domanda di risoluzione non è giustificata dal perdurante inadempimento del debitore (né dalla sopravvenuta conoscenza di nuove circostanze), ma risponde ad una semplice valutazione di opportunità in ordine al merito che appare maggiormente idoneo a tutelare i propri interessi<sup>87</sup>.

La peculiare disciplina prevista per il risarcimento del danno *ex art. 1453* non priva, quindi, la parte non inadempiente di richiedere il risarcimento sostitutivo della prestazione in natura cui si accennava *supra*. Ciò accade, ad esempio, in caso di inadempimento derivante da impossibilità per causa imputabile al debitore<sup>88</sup> oppure qualora sia sopraggiunta la mancanza di interesse della parte ad ottenere la prestazione in natura a seguito del perdurante inadempimento<sup>89</sup>. Trova riscontro su questo terreno l'opinione di chi sostiene che la definitività dell'inadempimento necessaria per la conversione della

---

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> Cfr. U. Carnevali, *La risoluzione giudiziale*, in U. Carnevali, E. Gabrielli, M. Tamponi, *La risoluzione*, in *Tratt. Bessone*, XIII, Torino, 2011, 78; Id., *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 82 s.; M. Tamponi, *La risoluzione per inadempimento*, in *Tratt. contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti in generale*, II ed., Torino, 2006, 1746 s.; M. Dellacasa, *Il giudizio di risoluzione*, in *Tratt. contratto*, diretto da V. Roppo, V, Rimedi-2, Milano, 2006, 223.

<sup>86</sup> Cfr. Cass. 27-07-2006, n. 17144, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Contratto in genere*, 592; Cass. 26-04-1999, n. 4164, in *Rep. Foro it.*, 1999, *Contratto in genere*, 534; Cass., 09-04-1998, n. 3680, in *Rep. Foro it.*, 1998, *Contratto in genere*, 483; Cass., 30-03-1984, n. 2119, in *Rep. Foro it.*, 1984, *Procedimento civile*, 100.

<sup>87</sup> Il rilievo è di M. Dellacasa, *Ius variandi e risarcimento del danno*, cit., 766.

<sup>88</sup> Cfr. Cass. 28-07-2010, n. 17688; Cass. 22-02-2001, n. 2613.

<sup>89</sup> Cfr. Cass. 16-03-2011, n. 6181; Cass. 28-07-2005, n. 15883; Cass. 01-03-1995, n. 2346.

prestazione nel suo equivalente pecuniario non presupponga necessariamente l'impossibilità; essa si configura anche quando il debitore sia stato costituito in mora e sia decorso un congruo termine senza che la prestazione sia stata eseguita<sup>90</sup>.

Nelle predette ipotesi, non v'è dubbio che il risarcimento funga da sostituto dell'adempimento in natura, tant'è che non libera la parte "fedele" dall'obbligo di eseguire la controprestazione.

Di conseguenza, il ricorso al risarcimento in parola non esclude affatto l'ulteriore attivazione del risarcimento ex art. 1453 con funzione complementare<sup>91</sup>, il quale, ovviamente, coprirà quei pregiudizi che residueranno ancora dopo l'attivazione dei due rimedi previsti dalla norma. Tra i due, insomma, non c'è antitesi, ma complementarità.

La natura consequenziale del danno contrattuale comporta, infine, una ridefinizione dell'idea secondo cui la sua valutazione mira a collocare la parte nella stessa posizione economico-giuridica in cui si sarebbe trovata in caso di esatta esecuzione del contratto<sup>92</sup>: in effetti, non può escludersi che, tanto nel caso dell'adempimento in ritardo quanto in quello della risoluzione, il pregiudizio subito possa rivestire un valore superiore a quello della prestazione contrattuale: il che avviene, ad esempio, nell'ipotesi di danno non patrimoniale<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> Cfr. G. Grisi, *Responsabilità del debitore*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2013, sub art. 1218, 32; Id., *La mora debendi nel sistema della responsabilità per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 78 s.; Id., *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. Ruscello, II, Napoli, 2009, 117, nt. 20; A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 137, nt. 27 e 157.

<sup>91</sup> Sul punto cfr. A. Belfiore, *Inattuazione dello scambio per causa imputabile al debitore e tecniche di tutela del creditore: la conversione della prestazione in natura in prestazione per equivalente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 227 s.; A. Luminoso, sub art. 1453, in A. Luminoso – U. Carnevali – M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, Art. 1453-1454, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, I, 1, Bologna-Roma, 1990, 127 s.; G. Amadio, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Tratt. del contratto*, V. *Rimedi*, 2, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 115; F. Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 196 s.; A. Di Majo, *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine ad un libro recente)*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 1161 s.

<sup>92</sup> Cfr. G. H. Treitel – E. Peel, *The Law of Contract*, cit., 1004-1005.

<sup>93</sup> Cfr. A. Montanari, *Il danno da risoluzione*, cit., 150-151. Sul danno non patrimoniale da inadempimento cfr., ex multis, C. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 467 s.;

8. – È opportuno soffermarsi, per un attimo, sulla disciplina delle restituzioni da risoluzione. Queste ultime rappresentano, infatti, il corollario logico dello scioglimento *ex tunc* del contratto dovuto, nell'ipotesi della risoluzione, all'inefficacia del rapporto di causalità tra le prestazioni ivi dedotte<sup>94</sup>. Sicché, sorge tra le parti l'obbligo di restituire le prestazioni eventualmente eseguite, che siano divenute, per l'effetto, prive di giustificazione causale<sup>95</sup>.

Va detto, in proposito, che l'assenza nella disciplina generale dei contratti

---

M. Gazzara, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003; S. Mazzamuto, *Il mobbing*, Milano, 2004, 61 s.; Id., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 437 s.; A. Liberati, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004; M. Rabitti, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, 663 s.; M. R. Marella – L. Cruciani, *Il danno contrattuale*, in *Il nuovo contratto*, diretto da P.G. Monateri, E. del Prato, M.R. Marella, A. Somma e C. Costantini, Bologna, 2007, 1173 s.; M. Bona, *Il danno contrattuale non patrimoniale*, ivi, 1211 s.; G. Vettori, *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 235 s.; M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, 87 s.; A. Di Majo, *Le tutele*, cit., 192 s.; V. Tomarchio, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009; AA.VV., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, a cura di F. Macario e C. Scognamiglio, in *Contratti*, 2010, 701 s.; M. R. Marella, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, 35 s.

<sup>94</sup> Va precisato, al riguardo, che la tutela restitutoria tende di suo al ripristino dello *status quo ante*, evocando le geometrie della tutela reale, atteso che la sua azione prescinde dalle qualificazioni soggettive dei soggetti coinvolti. Per converso, il risarcimento del danno mira piuttosto alla compensazione delle perdite subite e dei mancati guadagni tramite l'allocazione del costo del danno sul soggetto ritenuto responsabile. Sulla distinzione tra la tutela restitutoria e la tutela risarcitoria cfr. L. Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 272 s.; T. Ascarelli, *Obbligazioni pecuniarie*, Art. 1277 - 1284, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1968, 545; A. Di Majo, voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 269; Id., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, 319 s.; E. Moscati, *Pagamento dell'indebito*, Art. 2028-2042, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 232, spec. 242 s.; A. Luminoso, *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento*, in *Giur. Comm.*, 1990, I, 19 s.; Id., sub art. 1453, in A. Luminoso – U. Carnevali – M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, Art. 1453-1454, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, I, 1, Bologna-Roma, 1990, 234 s.; P. Sirena, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 65 s.; P. Gallo, voce *Restituzioni contrattuali*, in *Digesto, Delle disc. priv., Sez. civ., Agg.*, Torino, 2011, 799 s. Per la differenza tra tutela restitutoria e tutela risarcitoria nel *common law v.*, per tutti, G. H. Treitel – E. Peel, *ult. op. cit.*, 1004-1005.

<sup>95</sup> È appena il caso di precisare che le azioni di caducazione del contratto non sono azioni di

di una normativa sulle restituzioni da caducazione del contratto ha dato impulso al dibattito, sorto in dottrina<sup>96</sup>, circa le regole entro cui sussumere le restituzioni conseguenti alla risoluzione o, più in generale, le restituzioni c.d. contrattuali<sup>97</sup>. Constatata la mancanza di altri dati positivi e l'assenza di dibattiti nei lavori preparatori al codice civile, gli interpreti hanno valorizzato l'art. 1463 cod. civ., unica disposizione apparentemente inequivoca, e per il rinvio ivi contenuto hanno individuato nel pagamento dell'indebito l'istituto su cui modellare il regime delle obbligazioni restitutorie conseguenti all'intervento di

---

restituzione, costituendo piuttosto l'antecedente logico-giuridico della pretesa restitutoria, sicché di per sé non valgono a coprire l'area dell'azione di ripetizione. Ciò è tanto vero che la richiesta di restituzione conseguente alla caducazione degli effetti di un contratto non si considera contenuta implicitamente nella domanda di annullamento, di rescissione o di risoluzione, ma deve essere formulata in un capo separato delle conclusioni, di solito come domanda consequenziale all'accoglimento della domanda principale (*cf.*, in tal senso, E. Moscati, *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, Padova, 2012, 211, spec. le note 31 e 32). Isolata è rimasta, in dottrina, la contraria opinione di L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, 364, che ritiene implicita la domanda di restituzione in quella di annullamento o di rescissione.

<sup>96</sup> Per un approfondimento sul tema delle restituzioni si vedano i contributi di A. Belfiore, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II, Milano, 1988, 245 s.; A. Di Majo, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 291 s.; Id., *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in AA.VV., *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 423 s.; Id., *Le tutele contrattuali*, cit., 241 s.; Id., *La tutela civile*, cit., 308 s.; E. Moscati, *Ripetizione dell'indebito e azioni restitutorie*, in *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, a cura di L. Vacca, Torino, 2005, 209 s.; Id., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 450 s.; Id., *Restituzioni contrattuali e disciplina dell'indebito in una prospettiva di riforma del diritto delle obbligazioni*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, 563 s.; Id., *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, cit., 207 s.; E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010; A. Nicolussi, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 611 s.; AA.VV., *Le restituzioni contrattuali*, a cura di G. De Nova, Padova, 2012; M. Ambrosoli, *Le restituzioni nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 39 s.; L. Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012; v. anche N. Rizzo, *Momento della determinazione del danno e mora del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 275 s. che segnala l'ulteriore questione legata al momento del sorgere degli obblighi restitutori e, quindi, del *dies a quo* cui collegare la mora nell'adempimento degli stessi.

<sup>97</sup> Il codice, com'è noto, prevede una disciplina generale di natura extracontrattuale sulla sorte delle prestazioni eseguite *sine causa* rinvenibile nelle norme sulla ripetizione dell'indebito (art. 2033 s. cod. civ.). Con particolare riguardo al diritto dei contratti, inoltre, i pochi riferimenti alle restituzioni si individuano nella nullità, in cui l'art. 1422 fa salvi gli effetti della prescrizione delle azioni di ripetizione, nell'annullabilità, in cui l'art. 1443 limita la restituzione dell'incapace alla sola parte di prestazione che sia stata rivolta a suo vantaggio e, infine, nella risoluzione per impossi-

rimedi contrattuali<sup>98</sup>.

Parallelamente, nei repertori di giurisprudenza, già dai primi anni cinquanta si trova costantemente ribadito il principio di diritto secondo cui ogni qual volta nell'ambito di un rapporto contrattuale venga acclarata la mancanza *ab initio* o sopravvenuta della *causa acquirendi*<sup>99</sup> – e dunque, tanto nei casi di nullità, annullamento, rescissione o risoluzione, quanto in qualsiasi altra ipotesi in cui venga meno un vincolo originariamente esistente – l'azione accordata dall'ordinamento per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione

bilità in cui l'art. 1463 rinvia alle norme sulla ripetizione dell'indebito per la disciplina della restituzione della prestazione eventualmente adempiuta. Più incisivi appaiono, invece, i pur sporadici interventi in chiave normativa sulle restituzioni nelle norme sui contratti tipici: basti pensare all'art. 1492, sulle restituzioni da risoluzione nella vendita, all'art. 1519, sulla restituzione di cose non pagate nella vendita di cose mobili, all'art. 1526, sulla restituzione delle rate riscosse conseguente alla risoluzione del contratto di vendita con riserva di proprietà, all'art. 1551, comma 2, sulla (non) restituzione in caso di inadempimento di una delle parti del contratto di riporto, all'art. 1557, sull'impossibilità di restituzione nel contratto estimatorio, all'art. 1590, sulla restituzione della cosa locata, all'art. 1645, sulla riconsegna del bestiame nell'affitto di fondo rustico, all'art. 1771, sulla restituzione della cosa nel deposito, all'art. 1809, sulla restituzione della cosa data in comodato.

<sup>98</sup> Così L. Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, cit., 2 con ampie referenze dottrinali; v. pure M. Libertini, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 114 s.; U. Breccia, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 263 s.; P. Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, 642; nonché i fondamentali studi di E. Moscati, *Indebito (pagamento dell')*, cit., 83 s. poi ripreso ed ampliato in *Id.*, *Pagamento dell'indebito*, in L. Aru – E. Moscati – P. d'Onofrio, *Delle obbligazioni, Art. 2028-2042*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 132, nt. 44, 117, nt. 43; *Id.*, *Ripetizione dell'indebito e azioni restitutorie*, cit., 209 s.; *Id.*, *Caducazione*, cit., 450 s.; *Id.*, *Restituzioni contrattuali e disciplina dell'indebito*, cit., 563 s.; *Id.*, *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, cit., 207 s., spec. nt. 25 ove si osserva che, da questo punto di vista, il diritto italiano è perfettamente allineato al diritto francese, in cui fino a qualche tempo fa ha dominato incontrastato un unico modello di obbligazione restitutoria: la ripetizione dell'indebito. Nella dottrina francese v., in particolare, J. Carbonnier, *Droit Civil*, IV, *Les obligations*, Thémis, 2000, 208, 535 e 538; E. Poisson-Drocourt, *Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat*, Dilloza, 1983, chron., 90. Vale la pena di rilevare, peraltro, che la proposta di introdurre nel diritto francese una disciplina delle restituzioni contrattuali autonoma rispetto a quella dell'indebito è il punto di arrivo di un'evoluzione in corso nell'esperienza francese diretta a rivedere l'impostazione tradizionale delle obbligazioni restitutorie in caso di nullità del contratto. Infatti, per quanto l'obbligazione da indebito abbia nel diritto francese un fondamento «autoreferenziale» più marcato rispetto al diritto italiano (*cf.*, in tal senso, A. Di Majo, *Il regime delle restituzioni contrattuali*, cit., 543) stante la generale rilevanza dell'errore del *solvens* al fine della ripetizione dell'indebito (in questo senso v., per tutti, H., L. e J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, II, t. I (a cura di Chabas), Paris, 1978, 774-775; J. Carbonnier, *Droit Civil*, cit., 536), la

del contratto caducato è quella di ripetizione di indebito oggettivo<sup>100</sup>. Secondo Moscati, in particolare, l'art. 2033 cod. civ. sarebbe la «clausola generale»<sup>101</sup> cui riferirsi in ogni ipotesi in cui non sia mai esistita, o venga successivamente a mancare, la ragione giustificativa dello spostamento patrimoniale. In altri termini, la disciplina dell'indebito costituirebbe il «punto di riferimento comune» capace di «abbracciare» i diversi casi in cui una prestazione risulti non sorretta da una «valida causa di attribuzione»<sup>102</sup>.

Di diverso avviso, invece, è la tesi di coloro che hanno avanzato proposte

---

giurisprudenza francese tende a svalutarne la funzione in presenza di un contratto nullo, con evidente sovrapposizione della disciplina della nullità su quella dell'indebito (*cf.*, al riguardo, E. Moscati, *Ripetizione dell'indebito e azioni restitutorie*, cit., 213). Donde, il successivo passo di ricondurre l'obbligazione restitutoria all'interno del diritto dei contratti con tutta una serie di conseguenze: di negare l'azione di annullamento in caso di perimento o di alienazione della cosa imputabili all'attore (così, E. Poisson-Drocourt, *Les restitutions*, cit., 85-86; J. Schmidt-Szalewski, *Les conséquences de l'annulation d'un contrat*, in *Sem. Jur.*, 1989, 23), di ancorare le restituzioni dei frutti e degli interessi alla domanda giudiziale anziché alla buona o mala fede dell'*accipiens indebiti* (è l'opinione di C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, 1992, 379-380) e di introdurre il principio delle restituzioni reciproche (facendo applicazione alle obbligazioni restitutorie della teoria del *contrat synallagmatique renversé*, elaborata da Carbonnier, cit., 208), in modo da riconoscere al contraente "fedele" l'eccezione di inadempimento (così, J. Schmidt-Szalewski, *ult. op. cit.*, 15). Al termine di questa evoluzione l'esperienza francese ha introdotto nel sistema un duplice modello di obbligazione restitutoria, diversificando le restituzioni contrattuali rispetto alla disciplina dell'indebito (in questo modo, secondo Di Majo, *ult. op. cit.*, 546, il diritto francese è divenuto in qualche misura sensibile per la «causa» dell'obbligazione restitutoria).

<sup>99</sup> *Cfr.*, al riguardo, E. Moscati, *Caducazione*, cit., 435, il quale rileva che «in un ordinamento come il nostro, che si ispira al principio della causalità delle attribuzioni patrimoniali, la caducazione degli effetti del contratto a seguito di sentenza di annullamento o di rescissione o di risoluzione ovvero per l'avveramento della condizione risolutiva concreta una di quelle ipotesi che la giurisprudenza italiana, con orientamento fermissimo, da decenni qualifica come mancanza sopravvenuta della *causa solvendi*». Con espresso riferimento alle ipotesi di annullamento, rescissione o risoluzione del contratto, tutte ricondotte all'indebito oggettivo v., ad esempio, le due sentenze, quasi coeve, di Cass. 21-07-1979, n. 4398, in *Rep. F. it.*, 1979, voce *Indebito*, n. 2; Cass. 22-09-1979, n. 4889, *ivi*, voce cit., n. 3; nonché, a conferma di una continuità di indirizzo, Cass. 04-02-2000, n. 1252, *ivi*, 2000, voc. cit., n. 3; Cass. 01-08-2001, n. 10498, in *Rep. G. it.*, 2001, voce *Indebito (Pagamento dell')*, n. 1.

<sup>100</sup> *Cfr.*, tra le prime, Cass. 10-02-1953, n. 327, in *Rep. Foro it.*, 1953, voce *Indebito*, n. 2; più di recente, Cass. 07-02-2011, n. 2956, in *Contratti*, 2011, 677, con nota di M. Pirovano, *Rilevabilità d'ufficio della nullità e giudizio di risoluzione*.

<sup>101</sup> *Cfr.* E. Moscati, *Pagamento dell'indebito*, cit., 119, spec. nt. 6 per l'ampia ricostruzione casistica.

per una regolamentazione in chiave contrattuale di tali restituzioni, traendo spunto anche dai progetti di codificazione in sede europea e internazionale<sup>103</sup>.

Più in generale, al modello unitario delle restituzioni contrattuali, tipico degli ordinamenti di derivazione francese, si contrappone il sistema a doppio binario, che caratterizza i sistemi di *common law* e i Principi del diritto contrattuale europeo. Tra questi due modelli una posizione a sé assume il diritto tedesco poiché, pur seguendo il sistema del doppio binario, accoglie il principio franco-italiano della retroattività degli effetti delle caducazioni contrattuali<sup>104</sup>. Come è ben noto, il modello unitario è quello che riconosce nella disciplina dell'indebito l'unico modello di obbligazione restitutoria, senza distinguere le restituzioni da fatti quasi-contrattuali da quelle conseguenti alla caducazione del contratto, come avviene invece nei modelli a doppio binario che riportano le seconde al diritto dei contratti. In altri termini, al modello «retrospettivo», tipico degli ordinamenti di *civil law*, si contrappone il mo-

---

<sup>102</sup> Così E. Moscati, *Pagamento dell'indebito*, cit., 119, secondo cui rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2033 c.c. sia le ipotesi di inesistenza originaria della *causa solvendi* (nullità) sia quelle di mancanza sopravvenuta (annullamento, rescissione, risoluzione). Altrove (*ibid.*, 89, e già Id., *Indebito (pagamento dell')*, cit., 85) l'A. propone una lettura onnicomprensiva dell'art. 2033 cod. civ. che prescinde dalla natura privatistica del rapporto obbligatorio.

<sup>103</sup> Cfr. A. Di Majo, *Restituzioni*, cit., 304 s.; Id., *Il regime delle restituzioni contrattuali*, cit., 423 s.; Id., *Le tutele contrattuali*, cit., 247 s., spec. 249; C. Castronovo, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 793 s.; v. anche L. Garofalo, *Commento all'art. 1519-quater commi 7-10 c.c.*, in *Comm. alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, coordinato da L. Garofalo, Padova, 2003, 432; P. Barcellona, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 35 s.; S. Tandoi, *Le restituzioni nei progetti di codificazione dottrinale del diritto contrattuale*, in *Le restituzioni contrattuali*, cit., 9 s.; A. Nicolussi, *Le restituzioni de iure condendo*, cit., 617. Per uno sguardo complessivo alle diverse opinioni sostenute dalla dottrina, in materia di restituzioni da risoluzione, si rinvia inoltre alla ragionata analisi di F. Piraino, *Il pagamento al creditore apparente nella prospettiva di un diritto europeo dell'obbligazione*, cit., 265 s.

<sup>104</sup> Nel diritto francese l'efficacia retroattiva della caducazione del contratto sembra trovare un riferimento testuale nell'art. 1184, comma 1, *Code civil* (al quale corrispondeva l'art. 1165 c.c. it. 1865) attraverso la finzione della condizione risolutiva sottintesa nei contratti con prestazioni corrispettive: «*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*». Cfr., sul punto, E. Moscati, *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, cit., 201, spec. nt. 16; A. Di Majo, *Restituzioni e responsabilità*, cit., 539; C. Castronovo, *La risoluzione del contratto*, cit., 801, testo e nota 11. Nella dottrina francese v. per tutti, a giustificazione della retroattività della risoluzione del contratto, J. Carbonnier, *Droit civil*, IV, *Les Obligations*, s.d., ma Paris, 2000, 342.

dello «prospettico», che caratterizza i sistemi di *common law* e i Principi del diritto contrattuale europeo, ove, in entrambi, vige la regola inversa della «ir-retroattività» degli effetti della caducazione del contratto<sup>105</sup>.

Eppure, a codice immutato, non vi può essere dubbio che in un sistema come il nostro tutta la materia delle restituzioni sia regolata dalla disciplina dell'indebito oggettivo. Questa forza espansiva dell'art. 2033 cod. civ. rende la norma applicabile anche alle restituzioni conseguenti alla caducazione degli effetti del contratto. Ciò comporta che, in caso di contratto con prestazioni corrispettive, ciascuna delle due prestazioni è valutata autonomamente rispetto all'altra, al fine della restituzione. In altri termini, laddove l'obbligazione restitutoria sia la conseguenza della caducazione degli effetti del contratto, l'obbligo dell'*accipiens indebiti* non segue i principi del contratto, a cominciare da quello della corrispettività tra le due pretese restitutorie<sup>106</sup>.

Nondimeno, bisogna riconoscere che questa disciplina legislativa non è del tutto adeguata alla materia del contratto, specie con riguardo al contratto con prestazioni corrispettive in cui, in linea di massima, la parte che riceve per prima una prestazione (dovuta) è in buona fede. In questo la disciplina dell'indebito mostra un po' la corda, perché non tiene conto che al momento della ricezione la parte non fedele, tenuta quindi a restituire in ragione del proprio inadempimento, aveva ricevuto una prestazione debita, che era dovuta in virtù del fatto che il rapporto non era ancora sciolto. Salvo, ovviamente, provare che la stessa fosse già allora in mala fede, cioè intenzionata a non corrispondere la propria prestazione; il che risulta, nel concreto, per il creditore<sup>107</sup> alquanto difficile. Si badi, a questo proposito, che la buona fede

<sup>105</sup> Cfr., per una più accurata informazione, E. Moscati, *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, cit., 199, spec. nt. 9; E. Moscati, *Ripetizione dell'indebito e azioni restitutorie*, cit., 210-213; nonché i contributi dell'A. che più di ogni altro ha studiato presso di noi il problema dei modelli di obbligazione restitutoria: A. Di Majo, *Restituzioni e responsabilità*, cit., 291-317; Id., *La tutela civile dei diritti*, cit., 328 s.; Id., *Il regime delle restituzioni*, cit., 539-550; Id., *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 13 s.

<sup>106</sup> È questa la linea di pensiero di E. Moscati, *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, cit., 218, il quale rileva che «su queste posizioni è attestata fermamente la giurisprudenza italiana che ha escluso l'applicazione dell'eccezione di adempimento (art. 1460 c.c.) alle obbligazioni restitutorie ex art. 2033 c.c.». Cfr., in tal senso, Cass. 11-11-1992, n. 12121, in *Resp. giur. it.*, 1992, voce «*Indebito (Pagamento dell')*», n. 11.

<sup>107</sup> In giurisprudenza si afferma che, «in materia di obbligazioni contrattuali, l'onere della

nel sistema dell'art. 2037 cod. civ. costituisce una forma di esonero da responsabilità per il perimento e/o il deterioramento della cosa imputabile all'*accipiens* debitore della restituzione<sup>108</sup>.

Sul fronte della pratica, lo stato d'incertezza della normativa sulle restituzioni ha incentivato massimamente il libero esplicarsi dell'autonomia privata, la quale non di rado inserisce nel contratto delle clausole volte alla regolazione delle restituzioni da risoluzione<sup>109</sup>. Si tratta di clausole che devono certamente ritenersi valide, in quanto non negano l'efficacia retroattiva della risoluzione, bensì la presuppongono, mirando alla regolazione del rapporto obbligatorio che ne costituisce la conseguenza<sup>110</sup>. L'insensibilità, inoltre, di

prova dell'inadempimento incomba sul creditore, che è tenuto a dimostrarlo, oltre al contenuto della prestazione stessa; mentre il debitore, solo dopo tale prova, è tenuto a giustificare l'inadempimento che il creditore gli attribuisce. Per di più, ai fini della ripartizione di detto onere, si deve avere riguardo all'oggetto specifico della domanda, talché, a differenza del caso in cui si chiedi l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ove è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, e cioè l'esistenza del contratto, e, quindi, dell'obbligo che si assume inadempito, nell'ipotesi in cui si domandi invece la risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'obbligazione, l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze inerenti, in funzione delle quali esso assume giuridica rilevanza, spettando al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa, solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento» (così Cass. s.u. 30-10-2001, n. 13533; *cf.*, *ex multis*, Cass. n. 2024/68; n. 1234/70; n. 2151/75; n. 5166/81; n. 3838/82; n. 8336/90; n. 11115/90; n. 13757/92; n. 1119/93; n. 10014/94; n. 4285/94; n. 7863/95; n. 8435/96; n. 124/97).

<sup>108</sup> In questo senso con grande chiarezza G. Giampiccolo, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, 335 s., *ivi* 337; F. D. Busnelli, *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto «ingiusto»*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, 442 s.; U. Breccia, *La buona fede nel pagamento dell'indebitito*, *ivi*, 1974, I, 139; Id., *La ripetizione dell'indebitito*, Milano, 1974, 409; E. Moscati, *Pagamento dell'indebitito*, cit., *sub* Art. 2037-38, 498; Id., *Tutela della buona fede e mala fede sopravveniente nella disciplina dell'indebitito*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 195; nonché A. Bruni, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione di indebitito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 195. Il sistema dell'art. 2037, terzo comma, cod. civ. è criticato da A. Belfiore, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 295, perché risponde alla logica della «pena», l'unica che può giustificare l'accollo del rischio per il perimento o per il deterioramento della cosa al *solvens*.

<sup>109</sup> *Cf.* L. Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, cit., 191 s. Bisogna riconoscere, al riguardo, che è sempre più frequente nella pratica il ricorso dell'autonomia privata a testi contrattuali per così dire autosufficienti e ciò per diverse ragioni: talvolta per l'insoddisfazione delle regole positive, talaltra per il carattere internazionale del contratto medesimo. Sul punto *cf.* l'interessante contributo di G. De Nova, *Il contratto alieno*, Torino, 2010.

<sup>110</sup> In proposito v. G. De Nova, *Il contratto e le restituzioni*, in *Le azioni di restituzione da*

queste clausole all'efficacia retroattiva trova giustificazione nel fatto che esse non risultano incastonate nel rapporto di corrispettività, ma anzi la loro rilevanza – sovente per espressa previsione delle parti – è condizionata, per l'appunto, al suo scioglimento<sup>111</sup>.

Al riguardo, occorre rammentare che la risoluzione origina proprio dalla rinuncia della parte alla prosecuzione del programma contrattuale fallito a causa dell'inadempimento della controparte. In tal ottica, le restituzioni mirano a far recuperare al contraente che ha eventualmente adempiuto il valore di quanto ha trasmesso alla controparte<sup>112</sup>: valore che deve essere necessariamente quello di mercato, stante l'eliminazione dello scambio economico contrattualmente previsto provocata dalla risoluzione<sup>113</sup>. In questo senso,

---

*contratto*, a cura di F. Carpi, Milano, 2012, 2, secondo cui va riconosciuto spazio all'autonomia delle parti nel disciplinare la risoluzione del contratto per inadempimento, atteso che «la diffusione dei contratti alieni ha posto in evidenza anche da noi il tema della cosiddetta *way out* dal contratto con la correlata previsione di opzioni di *put and call* e di clausole di preliquidazione del danno».

<sup>111</sup> L'osservazione è di A. Montanari, *ult. op. cit.*, 95. *Cfr.* nello stesso senso del testo anche la disciplina della risoluzione nella vendita internazionale di beni mobili secondo la quale «La risoluzione non ha effetto sulle clausole del contratto relative alla composizione delle controversie né sulle altre clausole del contratto che regolano i diritti e gli obblighi delle parti derivanti dalla risoluzione del contratto» (art. 81, comma 1, CISG); nonché l'art. 7.3.5., § 3, Principi Unidroit: «La risoluzione non ha effetto sulle clausole del contratto relative alla composizione delle controversie o su qualunque altra clausola del contratto che debba essere operativa anche dopo la risoluzione» e l'art. III - 3:509 (2) DCFR: «*Termination does not, however, affect any provision of the contract for the settlement of disputes or other provision which is to operate even after termination*».

<sup>112</sup> *Cfr.* in tal senso anche A. Belfiore, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., 282-283 secondo il quale la negazione della possibilità della restituzione in natura come presupposto per l'azione di risoluzione non significa escludere il diritto alla restituzione, bensì significa dare luogo alla soddisfazione di tale interesse, «non in forma specifica, ma per equivalente. Ne discende che il sacrificio imposto al convenuto troverà un adeguato ristoro e, comunque, una contropartita che salvaguarda tipicamente l'interesse alla integrità del patrimonio (diritto al valore oggettivo del bene che il convenuto non riacquisisce in natura)».

<sup>113</sup> A. Montanari, *ult. op. cit.*, 111. L'A. rileva, inoltre, che la conversione della restituzione in natura in restituzione per equivalente è predicata anche dai progetti di codificazione del diritto privato sovranazionale. Più nel dettaglio, l'art. 7.3.6, (2), Principi Unidroit stabilisce che «Se la restituzione in natura non è possibile o appropriata, la parte è tenuta a dare l'equivalente in denaro, sempre che ciò sia ragionevole»; l'art. III - 3:510, (3) e (4), DCFR prevede, invece, che la restituzione possa avvenire per equivalente sia se la restituzione in natura comporti uno sforzo o una spesa irragionevole per il debitore sia se la restituzione in natura risulti impossibile; infine, l'art. III. 3:512 DCFR contempla la dettagliata disciplina del contenuto della restituzione per

un'attenta dottrina ha affermato che nella prospettiva restitutoria la risoluzione costituisce «una tecnica che permette di sostituire al sinallagma in senso soggettivo la restituzione dei valori in senso oggettivo, riportando le parti, retroattivamente, alla situazione economica in cui si trovavano prima del contratto»<sup>114</sup>.

Il corollario ulteriore di quest'assunto va individuato nell'interpretazione estensiva dell'art. 1453, secondo comma, cod. civ., nel senso che la possibilità di mutamento della domanda di adempimento in domanda di risoluzione include l'introduzione *ex novo* o la modifica della domanda accessoria per il risarcimento del danno. Viceversa, «precludere a chi in prima battuta abbia chiesto in giudizio la condanna della controparte all'adempimento e si sia poi rivolto alla tutela risolutoria, di azionare, nell'ambito dello stesso giudizio in cui ha esercitato la facoltà di mutamento, la tutela complementare restitutoria e risarcitoria, vanificherebbe la finalità di concentrazione che il codice civile ha inteso perseguire accordando al contraente in regola lo *ius variandi* nel corso di uno stesso ed unico giudizio. La vittima dell'inadempimento, infatti, per procurarsi il risultato ripristinatorio della risoluzione, con la restituzione della prestazione eseguita e dei suoi accessori, ovvero per rimuovere le differenze tra la situazione in cui si sarebbe trovato in caso di integrale attuazione del contratto e la situazione conseguente allo scioglimento del vincolo, sarebbe costretta ad intraprendere un nuovo e separato processo, con la frammentazione delle istanze giurisdizionali e l'allungamento dei tempi complessivi necessari ad ottenere l'integrale soddisfazione delle proprie ragioni»<sup>115</sup>.

9. – Si tratta di stabilire, a questo punto, se il risarcimento del danno da risoluzione investa l'interesse positivo<sup>116</sup>, e sia, dunque, sostitutivo della pre-equivalente.

<sup>114</sup> Cfr. A. Nicolussi, *Le restituzioni de iure condendo*, cit., 634; v. anche A. D'Adda, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 553 il quale vede nel riferimento al valore capitale e di godimento della prestazione ricevuta l'unica via per evitare sovrapposizioni tra restituzioni e risarcimento. In senso conforme è anche M. Ambrosoli, *Le restituzioni nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, I, 59 s., 67 s.

<sup>115</sup> Così, Cass. s.u. 11-04-2014, n. 8510, § 8.2.

<sup>116</sup> Si tratta dell'opinione prevalente: cfr. L. Coviello (*junior*), *Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, 30 s.; G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 142 s.; E. Enrietti, *Della risoluzione del contratto*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*,

stazione, o si appunti sul solo lucro cessante legato all'interesse positivo<sup>117</sup> o ancora abbracci esclusivamente l'interesse negativo<sup>118</sup>. Il tema, peraltro, non si esaurisce nei termini appena prospettati, perché investe la questione della possibilità o meno di invocare il risarcimento sostitutivo (la c.d. *aestimatio rei* cui si affianca il danno da ritardo e gli eventuali pregiudizi ulteriori), senza ricorrere alla risoluzione<sup>119</sup>.

Sul punto, la prevalente dottrina ritiene che, con particolare riguardo all'ipotesi di impossibilità imputabile al debitore, il contraente fedele possa scegliere tra due alternative: domandare l'equivalente pecuniario della prestazione impossibile (c.d. risarcimento sostitutivo) oppure la risoluzione<sup>120</sup>, in considerazione del fatto che il debitore non è liberato dal vincolo obbligatorio e, dunque, non è pregiudicata l'alternativa rimediabile di cui all'art. 1453

---

*Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 814; A. De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, 346 s.; A. Belfiore, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, 313 s.; Id., *Inattuazione dello scambio per causa imputabile al debitore e tecniche di tutela del creditore: la conversione della prestazione in natura in prestazione per equivalente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 227 s.; A. Luminoso, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 199 s., spec. 205 s.; S. Pagliantini, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006, 170 s.; G. Villa, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, cit., 936 s. In giurisprudenza v. Cass. 29-04-2003, n. 6651, in *Rep. foro it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, 896.

<sup>117</sup> Cfr. C. Castronovo, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 833 s., spec. 840.

<sup>118</sup> Con diversità di accenti, cfr. F. Carnelutti, *Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, 330; G. Gorla, *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, 1936, 106 s.; M. R. Marella, *Tutela risarcitoria della risoluzione per inadempimento*, in *Giur. it.*, 1985, I, 375 s.; A. Di Majo, *La responsabilità contrattuale*, cit., 177-178; Id., *Le tutele contrattuali*, cit., 220-221 e nt. 42; M. Pacifico, *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli, 2009, 206 s.; A. Montanari, *L'interesse negativo da risoluzione*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 785 s., spec. 820 s.

<sup>119</sup> In argomento cfr. G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 106 s., 246 s.; M. Giorgianni, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975, 94, 179; L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1096; A. Belfiore, *Inattuazione dello scambio*, cit., 227 s.; A. Luminoso, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 127 s.; P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 59 s.

<sup>120</sup> Sulle possibilità di ricorso al risarcimento sostitutivo dell'adempimento in natura cfr., di recente, A. Di Majo, *L'adempimento "in natura" quale rimedio*, cit., 1161 s.; F. Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 196 s.; U. Huber, *Schadenersatz statt der Leistung*, in *Arch. civ. pr.*, Aug. 2010, 319 s., 323 s.

cod. civ.<sup>121</sup>.

Analogamente, si è cercato di estendere tale soluzione anche alle fattispecie in cui la parte fedele perda l'interesse a ricevere l'adempimento in natura<sup>122</sup>. Ciò può avvenire, ad esempio, allorquando il bene si sia deteriorato oppure nell'ipotesi di apprezzabile ritardo nell'esecuzione<sup>123</sup>. In proposito, è stato tuttavia evidenziato che «la definitività dell'inadempimento e la correlata insorgenza del risarcimento sostitutivo discendono da un procedimento nel quale assume centralità la fissazione di un termine perentorio per l'adempimento, che certo non è una conseguenza esclusiva della mora, potendo ad esempio discendere anche dalla rinegoziazione del termine dell'adempimento che preveda l'essenzialità della nuova coordinata temporale oppure dall'assegnazione di un termine di grazia non associato ad un'intimazione di adempiere»<sup>124</sup>. Da qui, l'esigenza allora di porre un filtro che scongiuri l'attribuzione alla parte fedele del diritto alla mera rimeditazione dell'affare e gli consenta il ricorso arbitrario al risarcimento sostitutivo, in tutte le ipotesi in cui l'accoppiata risoluzione-risarcimento del danno positivo si riveli sconveniente<sup>125</sup>. La conclusione da trarre dalla linea di pensiero appena esposta è, comunque, che il contraente fedele avrebbe a disposizione due diversi rimedi destinati alla medesima finalità: l'ottenimento del plusvalore economico le-

---

<sup>121</sup> Cfr., al riguardo, A. Belfiore, *Inattuazione dello scambio*, cit., 227 s.; nonché A. Luminoso, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 128. Il problema non è certo di poco conto: non solo se si accolga la tesi del risarcimento in sede di risoluzione del solo interesse negativo, poiché in tal caso, in presenza di un'impossibilità della prestazione imputabile al debitore, il creditore non potrebbe ottenere mai la tutela dell'interesse positivo neppure per equivalente; ma anche nell'ottica delle restituzioni, giacché la manutenzione del contratto e la richiesta di risarcimento sostitutivo impediscono alla parte non inadempiente di pretendere la restituzione di quanto prestato o gli impongono di prestare, qualora non abbia ancora provveduto (in senso conforme v. F. Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 205).

<sup>122</sup> Cfr. A. Luminoso, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 150-151. Sul punto v. la limpida ricognizione di F. Piraino, *ult. op. cit.*, 208 s.

<sup>123</sup> Quest'ultimo caso, invero, collocherebbe la parte fedele nell'alternativa o di subire il costo per l'azione di adempimento, che la costringerebbe a riorganizzare il proprio patrimonio in funzione di un bene che neppure corrisponde a quello che sostanzialmente voleva, o di subire i costi legati alla risoluzione. Cfr., in tal senso, A. Belfiore, *Inattuazione dello scambio*, cit., 234-235, 243 s.

<sup>124</sup> Così F. Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 203.

<sup>125</sup> Cfr. A. Montanari, *Il danno da risoluzione*, cit., 124.

gato all'operazione contrattuale<sup>126</sup>.

Al riguardo, si è replicato che se il risarcimento sostitutivo integra un'ipotesi autonoma fondata su presupposti specifici rappresentati da fattispecie di inadempimento ben determinate, si rivela allora incoerente l'individuazione dell'interesse tutelato in sede di risoluzione con l'interesse positivo, giacché il risarcimento di quest'ultimo include sempre il risarcimento sostitutivo – salva la posizione autorevole, ma sostanzialmente isolata, che identifica il risarcimento dell'interesse positivo in sede di risoluzione con la riparazione del solo lucro cessante<sup>127</sup> – che pertanto verrebbe disancorato dai suoi presupposti<sup>128</sup>.

Ben diverso è, invece, lo scenario nell'ottica del risarcimento dell'interesse negativo: ove non solo viene preservata l'autonomia della figura del risarcimento sostitutivo, ma vengono anche diversificate le conseguenze sul fronte risarcitorio nel caso di domanda di adempimento ovvero di domanda di risoluzione, scongiurando allocazioni di costi inopportune<sup>129</sup>. In estrema sintesi, seguendo quest'ottica l'interesse negativo non va inteso nell'accezione tradizionale di situazione soggettiva precontrattuale, giacché l'effetto retroattivo della risoluzione non incide sulla vicenda contrattuale pregressa, ma concerne solo le prestazioni corrispettive. Di conseguenza, i danni che il rimedio risarcitorio è chiamato a rimuovere, in sede di risoluzione, ledono interessi diversi da quelli che caratterizzano la fase precontrattuale: si tratta, infatti, di tutti quei pregiudizi causati dall'esecuzione del contratto inteso come relazione intersoggettiva e come operazione fallita<sup>130</sup>.

Tale assunto, però, non convince, poiché in presenza di un'impossibilità della prestazione imputabile al debitore, il creditore non potrebbe ottenere mai la tutela dell'interesse positivo, neppure per equivalente<sup>131</sup>. Il problema è

<sup>126</sup> Cfr., in tal senso, A. Belfiore, *Inattuazione dello scambio*, cit., 230 s.; A. Luminoso, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 135; P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 60, secondo cui il creditore che ha perso l'interesse all'adempimento in natura e preferisce ottenere l'equivalente pecuniario può realizzare il proprio interesse agendo per la risoluzione del contratto.

<sup>127</sup> È questa la chiave di lettura fornita da C. Castronovo, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, cit., 833 s.

<sup>128</sup> L'opinione è di A. Montanari, *Il danno da risoluzione*, cit., 127.

<sup>129</sup> *Ibidem*, 131 s.

<sup>130</sup> Cfr., in tal senso, A. Montanari, *ult. op. cit.*, 133-134.

<sup>131</sup> Cfr. F. Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 205.

rilevante soprattutto nei contratti sinallagmatici, quando l'inesatto adempimento non sia tale da innescare subito la risoluzione (art. 1455 cod. civ.) e, tuttavia, la parte non inadempiente ha perduto interesse alla prestazione oppure quando sussistono i presupposti per la risoluzione ma la parte fedele non intende ricorrervi e l'eliminazione dell'inesattezza risulta impossibile<sup>132</sup>.

Si è tentato, allora, di ricostruire un procedimento alternativo alla risoluzione che conduca proprio alla conversione della prestazione originaria in quella di risarcimento del danno, valorizzando l'art. 1553 cod. civ., dettato in materia di permuta ma reputato espressivo di un principio idoneo a fondare un'autonoma tecnica di tutela<sup>133</sup>. A questa soluzione, però, viene obiettato che la disposizione su cui essa poggia si presenta scarsamente significativa perché incentrata sulla fattispecie dell'evizione<sup>134</sup>. Si è, pertanto, ravvisato nell'art. 1256, comma 2, cod. civ. l'espressione del principio (riconducibile forse all'art. 1175 cod. civ.) secondo cui «la sopravvenuta mancanza, dopo l'infruttuosa scadenza del termine, di un interesse apprezzabile del creditore per la prestazione rende legittimo il rifiuto, da parte dello stesso, di ricevere l'adempimento (indipendentemente dall'applicazione della disciplina sulla risoluzione per scadenza del termine [art. 1454])»<sup>135</sup>.

Va segnalato, però, che a seguito dell'introduzione di una misura di coercizione indiretta di portata generale, qual è la comminatoria di cui all'art. 614-*bis* cod. proc. civ., la forma di conversione in esame appare ormai un'ipotesi marginale considerato che nella maggior parte dei casi il creditore che agisce per l'adempimento ha cura di proporre in via subordinata e condizionale la domanda di risarcimento del danno, proprio nella prospettiva dell'inesecuzione da parte del debitore soccombente dell'ordine giudiziale di condanna all'adempimento<sup>136</sup>.

<sup>132</sup> *Ibidem*, 208. Cfr., al riguardo, A. Luminoso, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 150-151.

<sup>133</sup> Cfr., in tal senso, A. Belfiore, *Inattuazione dello scambio*, cit., 248 s.

<sup>134</sup> Cfr. A. Luminoso, *ult. op. cit.*, 139 e nt. 12.

<sup>135</sup> Cfr., in tal senso, A. Luminoso, *ult. op. cit.*, 140. Per un approfondimento, sul punto, cfr. F. Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 211 s.

<sup>136</sup> Cfr. F. Piraino, *ult. op. cit.*, 212-213. In tal senso v. pure A. Luminoso, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 144 nt. 22, il quale sulla scia di A. Belfiore, *Inattuazione dello scambio*, cit., 250, parla di condanna alternativa all'adempimento in natura o all'adempimento per equivalente, «con correlativa facoltà di procedere poi esecutivamente per l'equivalente anche secondo la regola stabilita nell'art. 1287, 1° comma, c.c.»

Tale risarcimento, nella prospettiva prescelta dalle Sezioni Unite in commento, corrisponde alla differenza tra la situazione scaturita dal fallimento della vicenda ed il vantaggio che il contratto autorizzava a raffigurare. In altri termini, i giudici di legittimità configurano il risarcimento del danno da risoluzione come *species* del risarcimento del danno da inadempimento, nel senso che l'art. 1218 c.c., contemplando la regola generale di responsabilità del debitore, necessariamente include anche la disciplina della fattispecie in cui si verifichi l'inattuazione del sinallagma contrattuale. Conseguentemente, il c.d. danno positivo si attesta nel maggior valore della prestazione cui era tenuta la parte inadempiente incrementato degli utili, che rappresenta l'interesse della parte fedele all'esecuzione del contratto avuto riguardo alle specifiche obbligazioni.

Su quest'ultimo versante, va comunque precisato che, al fine di combinare il rimedio risarcitorio con le restituzioni innescate dalla risoluzione, è necessario dedurre dal *quantum* risarcitorio il valore della prestazione già eseguita e riottenuta in via restitutoria. Ciò implica, peraltro, che anche nel caso del risarcimento del danno *ex art.* 1453 cod. civ. appare più giusto parlare di danno consequenziale, dal momento che nella valutazione dello stesso non può non tenersi conto degli effetti esplicati dalla risoluzione stessa. In caso contrario, si rischierebbe di trattare il risarcimento come un mezzo di tutela astratto dal piano di tutele in cui s'inserisce<sup>137</sup>.

Ai fini della quantificazione dello stesso, però, non può condividersi la tesi di chi ravvisa il danno in questione nel mero pregiudizio che residua dopo la risoluzione<sup>138</sup>, atteso che la *ratio* della norma è quella di evitare il frazionamento dei giudizi, senza violare il divieto di *ius novorum*. Ancora una volta, ragioni di effettività e di concentrazione della tutela inducono a ritenere che nel giudizio di risarcimento del danno sia consentito all'attore chiedere tutti i danni riconducibili alla causa<sup>139</sup>.

Correttamente, i giudici di legittimità hanno aderito alla tesi secondo cui il *quantum* del danno da risoluzione va identificato nel c.d. interesse positivo, ossia nella differenza tra «la situazione scaturita dal fallimento della vi-

<sup>137</sup> Cfr. A. Montanari, *Le Sezioni Unite sul rapporto tra risoluzione e risarcimento*, cit.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> In senso conforme, Cass. 15-03-2006, n. 5678.

cenda contrattuale ed il vantaggio che il contratto autorizzava a ritrarre»<sup>140</sup>. Ma, a tale soluzione le Sezioni Unite giungono sulla base di un'argomentazione che non appare del tutto coerente, poiché, da un lato, ammettono che tra il risarcimento del danno e la risoluzione vi è un rapporto di complementarità, nel senso che insieme contrastano il *vulnus* contrattuale verificatosi, dall'altro lato, però, negano che tra i due vi sia un nesso di consequenzialità logico-giuridica. È proprio quanto si riscontra nella motivazione della sentenza.

Le Sezioni Unite ritengono che «soltanto la domanda di restituzione, e non anche la domanda di risarcimento del danno, è propriamente accessoria alla domanda di risoluzione. Soltanto la prima, infatti, pur essendo autonoma nell'oggetto (*petitum*), costituisce un effetto legale dello scioglimento del sinallagma contrattuale, avendo il proprio titolo immediato nell'effetto giuridico (recuperatorio *ex tunc* delle prestazioni eseguite) che forma oggetto della domanda principale di risoluzione»<sup>141</sup>.

Peraltro, l'epilogo di tale ragionamento è che la qualificazione concettuale non sia di per sé dirimente, perché «la tutela risarcitoria, quantunque non legata da un rapporto di consequenzialità logico-giuridica alla domanda di risoluzione, concorre nondimeno ad integrare e a completare le difese del contraente in regola, costituendo un coelemento, un tassello di un sistema complessivo di tutela, affidato – proprio nell'impianto della stessa disposizione che contempla lo *ius variandi* – all'azione combinata di più domande: sistema nel quale, con l'affiancamento alla risoluzione della pretesa risarcitoria, si offre alla parte non inadempiente la soddisfazione del suo interesse a guardare al negozio, i cui effetti vengono eliminati grazie alla risoluzione, come fonte anche di un determinato assetto quantitativo del suo patrimonio»<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> Cfr. Cass. s.u. 11-04-2014, n. 8510, § 9.3.; Cass. 24-05-1978, n. 2599; Cass. 07-05-1982, n. 2850; Cass. s.u. 25-07-1994, n. 6938; Cass. 07-02-1998, n. 1298; Cass. 30-08-2012, n. 14714.

<sup>141</sup> Cfr. Cass. s.u. 11-04-2014, n. 8510, § 9.2.

<sup>142</sup> Cfr. Cass. s.u. 11-04-2014, n. 8510, § 9.2. L'opinione prevalente ritiene, infatti, che la formulazione del primo comma dell'art. 1453 cod. civ. («salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno») consenta di affermare che il risarcimento del danno non vada relegato a rimedio complementare e integrativo delle due forme principali di tutela, quella manutentiva e quella ablativa, ma possa costituire un'ulteriore figura rimediale destinata ad affiancarsi alle due precedenti ed esperibile in via autonoma. Cfr., in argomento, A. Luminoso, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 117 s., spec. 127 s.; G. Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 449-451 e 456. In giurisprudenza v. Cass. 23-07-1994, n. 6887, secondo cui «l'inadempimento e l'inesatto

Orbene, sul punto è necessario fare chiarezza. Anzitutto, va ricordato come già in precedenza le Sezioni Unite avessero valorizzato la distinzione tra i rimedi congiuntamente previsti dall'art. 1453 cod. civ., rilevando che si tratta di azioni con le quali vengono proposte domande con diverso oggetto (adempimento, risoluzione, risarcimento del danno)<sup>143</sup>. In altri termini, secondo la Cassazione la norma in parola prefigurerebbe una triade di rimedi posti sullo stesso piano e, dunque, tra loro autonomi.

Con la sentenza in commento, sembra che la Cassazione insista sull'autonomia del risarcimento del danno nel quadro delle tutele contemplate dall'art. 1453 cod. civ., per un malinteso senso di pervasività. Invece che parlare di rimedio consequenziale, la Corte segue, infatti, un altro itinerario.

Tuttavia, l'autonomia del risarcimento è contraria all'estensione dello *ius variandi* anche alla richiesta risarcitoria, dal momento che si avrebbe l'introduzione di un ulteriore tema di indagine e di un nuovo *petitum*. Ed allora, la Corte sterilizza l'affermazione dell'autonomia del risarcimento per altra via, spostando abilmente l'attenzione sull'interesse positivo.

Come giustamente rileva Dellacasa, infatti, «in giurisprudenza, quando contestualmente al mutamento dell'azione di adempimento in quella di risoluzione il creditore chiede il risarcimento dell'interesse positivo la domanda viene ritenuta ammissibile»<sup>144</sup>.

L'idea di fondo dei giudici di legittimità è che il risarcimento unito alla risoluzione offra una tutela analoga a quella dell'adempimento in natura, sebbene per equivalente. In tal senso, le due tutele finiscono per eguagliarsi, cosicché è data la possibilità di mutare la domanda di adempimento in domanda di risoluzione includendovi anche il risarcimento; senza con ciò mutare il *petitum*.

È appena il caso di dire, però, che bastava riflettere sul fatto che il risarci-

---

adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto, a mente dell'art. 1453, comma 1, ult. p., c.c., danno al contraente adempiente titolo a chiedere il ristoro del danno derivatogli dalla mancata osservanza dei patti contrattuali "in ogni caso", e cioè, per un verso, sia quando egli chieda la risoluzione del contratto, sia quando rivendichi la relativa esecuzione, e, per un altro, così nel caso in cui le conseguenze dell'inadempimento si rivelino ormai irrimediabili, come in quello in cui le stesse siano ancora eliminabili o attualmente eliminate (restando, in tale ultima ipotesi, la pretesa risarcitoria accoglibile solo con riguardo alla rifusione del pregiudizio realizzatosi nel tempo dell'inadempimento e fino alla cessazione di questo)».

<sup>143</sup> Cfr. Cass. s.u. 30-10-2001, n. 13533.

<sup>144</sup> V., sul punto, M. Dellacasa, *Ius variandi e risarcimento del danno*, cit., 760 secondo cui, in realtà, la sentenza che si annota risolverebbe un contrasto giurisprudenziale solo apparente.

mento fosse implicito in tutti e due i rimedi (manutentivo ed ablativo) previsti dall'art. 1453 cod. civ., per giustificare l'estensione della deroga al divieto di *mutatio libelli*. Pertanto, è più giusto identificare un pregiudizio consequenziale, che un rimedio autonomo.

10. – Volendo trarre le fila di quanto dianzi esposto, è possibile concludere che la vocazione espansiva dello *ius variandi* di cui all'art. 1453, secondo comma, cod. civ. si fonda essenzialmente sul riconoscimento di una natura non *meramente* processuale della norma in parola<sup>145</sup>. La stessa collocazione sistematica consente, invero, di riconoscere alla disposizione un profilo sostanziale, al pari di altre norme che concorrono a comporre il quadro codicistico della risoluzione per inadempimento<sup>146</sup>. In particolare, lo *ius variandi* si giustifica con il fatto che le due azioni, quella di adempimento e quella di risoluzione, pur avendo un diverso oggetto mirano a risultati coordinati e convergenti dal punto di vista dello scopo.

Come si è visto, a questa soluzione conduce un'interpretazione sistematica, orientata dalla stessa *ratio* dello *ius variandi*. Nei contratti con prestazioni corrispettive, invero, le suddette azioni costituiscono due diversi rimedi giuridici a tutela del diritto che dal rapporto sostanziale deriva al contraente in regola: nonostante la diversità di *petitum*, entrambe mirano a soddisfare lo stesso interesse della parte fedele, consistente nell'evitare il pregiudizio derivante dalla violazione altrui della *lex contractus*. Correttamente, le Sezioni Unite osservano che «l'interesse del contraente deluso che domanda la risoluzione non è soltanto quello di ottenere lo scioglimento del vincolo contrattuale per un difetto funzionale sopravvenuto, di eliminare cioè il regolamento contrattuale in quanto fonte di prestazioni corrispettive e di essere in tal guisa liberato dalla prestazione su di lui ancora gravante», ma anche quello di «conseguire la restituzione della propria prestazione, ove già eseguita», ovvero per «ottenere la riparazione del pregiudizio che abbia eventualmente sof-

<sup>145</sup> Cfr. M. Iannone, *Domanda di risoluzione in corso di causa*, cit., 835.

<sup>146</sup> Cfr. A. Travi, *Jus variandi previsto dall'art. 1453 codice civile, comma 2, e suoi limiti in rapporto alla risoluzione del patto di preferenza*, in *Giur. it.*, I, 1949, 132. Nella medesima prospettiva v., sia pure con accenti diversi, G. Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 269 s.; F. Rota, *Dalla domanda di adempimento alla domanda di risoluzione*, cit., 880 s., 890 s.; L. Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 248.

ferto a causa dello scioglimento del rapporto»<sup>147</sup>.

Sulla scorta di tali considerazioni, il Supremo Consesso ha concluso, quindi, per l'estensione dello *ius variandi* previsto dall'art. 1453, secondo comma, cod. civ. anche al risarcimento del danno; sicché, non possono residuare incertezze circa la possibilità di formulare contestualmente alla domanda di risoluzione in corso di causa, ove la stessa sia stata promossa per ottenere l'adempimento del contratto, anche quella risarcitoria. Opportunamente, le Sezioni Unite hanno adottato un'argomentazione tutta incentrata sulla ragione giustificativa dello *ius variandi*: non si nega il carattere eccezionale dell'art. 1453, comma 2, cod. civ., ma si afferma che le istanze di concentrazione ed efficacia di tutela perseguite dal legislatore prevedendo lo strumento *de quo* rischierebbero di essere vanificate se fosse onere del creditore esercitare l'azione di risarcimento nel contesto di un nuovo processo. Si tratta di un approccio funzionale<sup>148</sup>, volto a garantire al creditore una tutela efficace e concentrata nel contesto della medesima vicenda contrattuale, sostituendo di fondamento ogni sua applicazione riduttiva.

<sup>147</sup> Cfr. Cass. s.u. 11-04-2014, n. 8510, § 8.2.

<sup>148</sup> Secondo la mappa tracciata da un illustre studioso, quello adottato dalle Sezioni Unite è un argomento *ab absurdo* o apagogico, dal momento che l'elaborazione di una regola non espressamente prevista dalla legge viene giustificata assumendo che il legislatore operi in modo ragionevole. Cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, I, 2, Milano, 369 s., il quale rileva altresì che questo tipo di argomento si coniuga spesso con quello teleologico, incentrato sulla *ratio legis*, e concorre con quello analogico a colmare le lacune del dato normativo.