Le monografie di **Contratto e impresa**
Serie diretta da Francesco Galgano

180

Fabio Bravo

LA CLAUSOLA *SOLVE ET REPETE* TRA AUTONOMIA PRIVATA E GIUSTIZIA CONTRATTUALE

Presentazione di Guido Alpa

Wolters Kluwer

CEDAM

F. Bravo, *La clausola* solve et repete *tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, 2021

Le monografie di **Contratto e impresa**
Serie diretta da Francesco Galgano
180

Fabio Bravo

LA CLAUSOLA *SOLVE ET REPETE* TRA AUTONOMIA PRIVATA E GIUSTIZIA CONTRATTUALE

Presentazione di Guido Alpa

Wolters Kluwer CEDAM

La presente copia pdf è rilasciata con licenza
creative commons CC BY 4.0

Copyright 2021 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.
Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.
Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato da GECA s.r.l. - Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

Alla mia famiglia

Volume pubblicato con fondi del Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia dell'Università di Bologna *Alma Mater Studiorum*

INDICE SOMMARIO

Presentazione di Guido Alpa ..... pag. XV

CAPITOLO PRIMO

INQUADRAMENTO DELLA RICERCA.
ORIGINE, EVOLUZIONE E PROBLEMI DEL PRINCIPIO
DEL *SOLVE ET REPETE* E PROSPETTIVE DIACRONICHE

1. Ambito, obiettivo e metodo della ricerca ..... pag. 2
2. Origini ed evoluzioni nell'applicazione del principio del *solve et repete* tra eteronomia ed autonomia fino all'età postunitaria ..... » 10
   2.1. Origini sull'applicazione del principio del *solve et repete* quale espressione di eteronomia a difesa non solo degli interessi di natura fiscale e tributaria, ma anche degli interessi privatistici nei rapporti contrattuali, per favorire la circolazione della ricchezza e lo sviluppo del mercato. *Jus mercatorum* e diritto comunale nel medioevo ..... » 10
   2.2. Il *solve et repete* tra eteronomia e autonomia nell'età preunitaria ..... » 18
   2.3. (*segue*) ed in quella postunitaria ..... » 29
   2.4. L'affermazione del *solve et repete* in via pattizia e la prima giurisprudenza sulla validità della clausola e sugli ulteriori limiti all'autonomia privata ..... » 39
   2.5. Il dibattito dottrinale di fine Ottocento e del primo Novecento sulla clausola *solve et repete* nei rapporti contrattuali. Le posizioni di Gabba, Ascarelli, Caravelli, Greco, La Torre, Liebman, Carnelutti, Senin e altri autori e la strada tracciata verso il regime giuridico previsto nel vigente codice civile italiano ..... » 65
      2.5.1. La posizione di Carlo Francesco Gabba (1881) e gli *essentialia negotii* ..... » 65

© Wolters Kluwer Italia

2.5.2. La posizione di Tullio Ascarelli (1929 e 1933) tra *jus condendo* e *jus condito*: l'auspicata introduzione di una disciplina a tutela del contraente di fronte alla vessatorietà delle clausole nei contratti di adesione, anche con riguardo al *solve et repete*; la natura sostanziale (non processuale) della clausola; efficacia del patto nei confronti dell'*exceptio inadimpleti*, con il limite del dolo (o mala fede) del creditore; validità del patto con riguardo al profilo della causa ..... pag. 69

2.5.3. La posizione di Casimiro Caravelli (1930) sulla nullità della clausola *solve et repete* e sulla sua natura processuale, con critiche all'impostazione di Tullio Ascarelli ..... » 80

2.5.4. La posizione di Paolo Greco (1931 e 1933) sulla portata e sui limiti di efficacia della clausola *solve et repete*, nonché sulla sua validità, con particolare riguardo alla causa del contratto. Il contributo di La Torre (1932 e 1933) ..... » 85

2.5.5. La posizione di Liebman (1931 e 1933), Carnelutti (1936), Senin (1936) e altri autori. L'apporto dei processualisti al dibattito sulla validità della clausola *solve et repete* e le repliche della dottrina di diritto sostanziale. Ulteriori orientamenti sul rapporto della clausola con la causa del contratto ..... » 103

3. Considerazioni conclusive sul dibattito giurisprudenziale e dottrinale postunitario in tema di *solve et repete* pattizio e prospettive diacroniche ..... » 111

CAPITOLO SECONDO

LA DISCIPLINA DELLA CLAUSOLA *SOLVE ET REPETE* NEL CODICE CIVILE

1. La questione della liceità della clausola *solve et repe-*

© Wolters Kluwer Italia

te alla luce della Costituzione, nel dibattito della dottrina e negli orientamenti giurisprudenziali ..... pag. 120
2. Limiti testuali relativi alla validità del contratto, in cui la clausola è inserita. Le eccezioni di nullità e di annullabilità previste dall'art. 1462, comma 1, c.c. » 154
3. Limiti testuali relativi al significativo squilibrio "normativo": la vessatorietà della clausola *solve et repete* nei contratti con i consumatori *ex* artt. 33 ss. c. cons. e nei contratti di adesione *ex* artt. 1341, comma 2, e 1342, comma 2, c.c. ..... » 159
4. Limiti testuali e atestuali derivanti dallo squilibrio economico del contratto ..... » 164
4.1. L'indifferibilità dell'eccezione di rescissione, prevista dall'art. 1462, comma 1, c.c., quale limite testuale all'efficacia della clausola *solve et repete* tra squilibrio economico, equità e compressione della libertà di contrattazione .... » 164
4.2. L'operatività della clausola *solve et repete* sul piano dell'adempimento e limiti ontologici ..... » 169
4.2.1. L'operatività della clausola *solve et repete* sul piano dell'adempimento, natura sostanziale della clausola (con ricadute processuali) ed assenza di preclusioni in ordine all'ammissibilità di eccezioni e domande riconvenzionali nel corso del giudizio, a fronte dell'avvenuto adempimento (anche in forma coattiva) ..... » 169
4.2.2. Limiti ontologici all'operatività della clausola *solve et repete* sul piano dell'adempimento, con particolare riferimento ai contratti sinallagmatici a prestazioni non simultanee e a prestazioni simultanee ..... » 172
4.2.3. (*segue*) Limiti ontologici derivanti dal venir meno del fatto costitutivo del credito ..... » 177
4.2.4. Limiti volontari, derivanti dalla rinuncia espressa o tacita (in particolare, sul piano dell'adempimento, in caso sia stata domandata previamente la risoluzione del contratto per inadempimento della parte gravata dal patto) ... » 180
4.3. La clausola *solve et repete* di fronte all'eccezione (e alla domanda riconvenzionale) di ri-

© Wolters Kluwer Italia

soluzione per inadempimento e alle altre eccezioni sinallagmatiche operanti sul terreno dell'adempimento *ex* artt. 1460 e 1461 c.c. ..... pag. 181
4.4. Clausola *solve et repete* e risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione ..... » 199
4.5. Clausola *solve et repete* e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione ..... » 204
4.6. (*segue*) La clausola *solve et repete* nei contratti sinallagmatici segnati dalla pandemia da Covid-19 ..... » 205
5. La sospensione della condanna per «giusti motivi» *ex* art. 1462, comma 2, c.c., giustizia contrattuale e limiti alla clausola *solve et repete* derivanti dalla Costituzione ..... » 215
5.1. La clausola *solve et repete* e i «giusti motivi» che postano alla sospensione della condanna ai sensi dell'art. 1462, comma 2, c.c.: l'intervento del giudice nel contratto tra vecchi e nuovi orientamenti ..... » 215
5.2. (*segue*) I «gravi motivi» di cui all'art. 1462, comma 2, c.c. nella giurisprudenza della Corte costituzionale ..... » 219
5.3. Giustizia contrattuale e «gravi motivi», tra buona fede, divieto di abuso del diritto e giustizia contrattuale. Dall'*exceptio inadimpleti contractus* alla disapplicazione giudiziale della clausola *solve et repete* al tempo del Covid-19 » 220
5.4. (*segue*) Il limite costituzionale della dignità umana: una rilettura dell'art. 1462, comma 2, c.c. in termini di giustizia contrattuale. Dall'*homo dignus* al *paciscens dignus* ..... » 232

CAPITOLO TERZO

CLAUSOLA *SOLVE ET REPETE*, LIMITI ALLA PROPONIBILITÀ DELLE ECCEZIONI E INTERVENTO DEL GIUDICE NELLA FIDEIUSSIONE E NELLA GARANZIA AUTONOMA, TRA ORDINAMENTO NAZIONALE E DISCIPLINA DEI CONTRATTI COMMERCIALI INTERNAZIONALI

1. La clausola *solve et repete* nei rapporti non sinallagmatici ..... » 240
1.1. La tesi minoritaria dell'applicabilità della clau-

© Wolters Kluwer Italia

sola *solve et repete* ai soli contratti sinallagmatici ..... pag. 240
1.2. (*segue*) La tesi dell'applicabilità della clausola *solve et repete* ai contratti non sinallagmatici, alla garanzia fideiussoria ed al contratto autonomo di garanzia ..... » 242
2. L'apposizione della clausola *solve et repete* nei rapporti di garanzia personale e la questione sulla modifica del tipo legale. Fideiussione «a prima richiesta» o «senza eccezioni» e contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*) ..... » 245
2.1. La distinzione tra fideiussione con clausole «*solve et repete*» (a prima richiesta, senza eccezioni e simili) e contratto autonomo di garanzia ..... » 245
2.2. L'evoluzione giurisprudenziale sulla validità del contratto autonomo di garanzia, distinto dalla fideiussione, contenente la clausola «a prima richiesta e senza eccezioni». La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 1° ottobre 1987 n. 7341 e l'importazione nel diritto interno dei modelli contrattuali del commercio internazionale sviluppatisi su impulso dell'esperienza tedesca (*Garantievertrag*), francese (*garantie autonome*) e anglosassone (*bid bond*, *performand bond* e *repayment bond* o *advance payment bond*) ..... » 251
2.3. (*segue*) Il costante richiamo della prassi commerciale internazionale e la distinzione tra fideiussione con clausola *solve et repete*, «a prima richiesta» o «senza eccezioni», da una parte, e il contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*), dall'altra parte, nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947), a distanza di oltre un ventennio dalla precedente pronuncia a Sezioni Unite. Rilievi critici e incongruenze di sistema ..... » 254
2.4. Gli orientamenti giurisprudenziali più recenti e le discrasie di sistema tra certezza del diritto, regole finali di interpretazione dei contratti e *favor* per la nuova *lex mercatoria* » 265
3. La riconducibilità delle clausole «a prima richiesta» e «senza eccezioni» (*et similia*) all'art. 1462 c.c. Applicabilità di tale articolo sia alla fideiussione, che

© Wolters Kluwer Italia

presenti tali clausole, sia al contratto autonomo di garanzia ..... pag. 270
3.1. L'applicabilità dell'art. 1462, comma 1, c.c. alla garanzia fideiussoria ed alla garanzia autonoma ..... » 270
3.2. La compatibilità con l'ordinamento giuridico nazionale delle clausole limitative della proponibilità delle eccezioni, *ex* art. 1462, comma 1, c.c. nel contratto autonomo di garanzia, grazie al regime delle rivalse ..... » 276
3.3. Clausola limitativa della proponibilità delle eccezioni e regime della loro indifferibilità nei rapporti di garanzia ..... » 278
4. Contratto autonomo di garanzia e rapporti di durata ai tempi del Covid-19 nell'ordinamento italiano. Emersione della casistica giurisprudenziale, questioni aperte e possibili soluzioni applicative, anche alla luce del recupero di significatività dell'art. 1462, comma 2, c.c., nella prospettiva della giustizia contrattuale ..... » 289
5. Profili comparatistici. Il *Garantievertrag* nell'ordinamento tedesco e la *garantie autonome* nell'ordinamento francese ..... » 305
6. Clausola *solve et repete* e garanzia autonoma nei contratti commerciali internazionali. La Convenzione Uncitral e le norme uniformi dell'ICC (URDG 758) ..... » 310
7. Le garanzie autonome di cui alle norme uniformi dell'ICC (URDG 758) al vaglio della recentissima casistica giurisprudenziale di rilievo internazionale ..... » 330
7.1. Il caso *Tecnicas Reunidas Saudia For Services and Contracting Co. Ltd v. The Korea Development Bank* presso la *High Court of Justice* (EWHC), 14 febbraio 2020 ..... » 330
7.2. Il caso *Leonardo Spa v. Doha Bank Assurance Company LCC*, presso la *Qatar International Court* (QIC), 5 settembre 2019 (in primo grado) e 16 marzo 2020 (in appello) ..... » 336

Bibliografia ..... pag. 345

© Wolters Kluwer Italia

PRESENTAZIONE

L'opera ricostruisce il significato del principio solve et repete *e analizza criticamente la sua traduzione in clausole contrattuali anche con riguardo a temi attuali, come gli effetti giuridici del Covid-19 sui contratti nei quali è prevista tale clausola e il rapporto tra la clausola e la disciplina delle garanzie personali, con particolare riferimento ai contratti autonomi di garanzia e alle prassi del commercio internazionale.*

L'analisi muove da un'accurata indagine storica sull'applicazione del principio solve et repete*, applicato in origine a tutela di interessi privatistici nell'ambito del* ius mercatorum*, per favorire la circolazione della ricchezza e lo sviluppo del mercato, poi in ambito fiscale per la tutela di interessi pubblicistici, giungendo a pervadere l'area del contratto. La ricostruzione, che prende avvio con puntuali riferimenti dal diritto comunale per giungere fino all'età contemporanea, passando per quella preunitaria e postunitaria, mette in evidenza come il principio del* solve et repete *sia transitato dalla dimensione eteronoma al piano dell'autonomia privata. Su tale piano sono emersi molti problemi interpretativi in merito alla validità della clausola ed ai limiti alla sua applicabilità. L'A. esamina con cura l'acceso dibattito dottrinale e i contrasti della giurisprudenza. Si tratta di un dibattito particolarmente intenso nell'Ottocento e nel primo Novecento, che ha influenzato sia la disciplina della clausola limitativa della proponibilità delle eccezioni nel codice civile, come prevista dall'art. 1462, sia la possibilità delle parti di prevedere l'attuazione della prestazione e poi la restituzione di quanto prestato, ove del caso.*

La prospettiva storica, secondo il metodo più corretto, diventa la chiave di lettura degli istituti presenti nel diritto vigente, al fine di delinearne compiutamente gli effetti.

Quale corollario della analisi sul tema generale la ricerca riprende criticamente anche il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'art. 1462 c.c., con attenzione a temi nuovi e attuali,

© Wolters Kluwer Italia

e, nella prospettiva della giustizia contrattuale, pone in evidenza gli effetti positivi dell'intervento del giudice che può essere effettuato quando sussistano «gravi motivi» ai sensi della norma citata.

Il rapporto tra clausola solve et repete *e garanzie personali investe soprattutto il contratto autonomo di garanzia. Qui l'indagine muove dall'ordinamento nazionale (con vaglio critico delle scelte operate dalle note sentenze rese a Sezioni Unite dalla Cassazione e con ulteriori indagini sui problemi giuridici sollevati oggi dall'impatto del Covid-19 sui contratti di garanzia), ma si sviluppa poi in relazione al contesto internazionale, sul piano comparatistico e, soprattutto, su quello afferente al diritto dei contratti commerciali internazionali.*

*Quanto al primo viene tenuto adeguatamente conto dell'ordinamento francese (*guarantie autonome, ex *art. 2321 del* Code civil*) e dell'ordinamento tedesco (*Garantievertrag*). Quanto al secondo, viene coltivata l'analisi critica sia della Convenzione delle Nazioni Unite sulle* Indipendent Guarantees, *sia delle* Uniform Rules for Demand Guarantees *(URDG 758), emanate dalla Camera di Commercio Internazionale.*

Queste ultime hanno fatto progressivamente presa sul mercato e sono state oggetto di due interessanti casi giurisprudenziali del 2020, uno innanzi alla High Court of Justice *londinese, l'altro innanzi alla* Qatar International Court*. Si tratta di casi rari ed inediti, utilizzati dall'autore per discutere non solo la loro natura non contrattuale – ma di* lex mercatoria*, nella prospettiva magistralmente analizzata da Francesco Galgano –, ma anche per vagliare i limiti posti all'autonomia privata e i margini di operatività della giustizia contrattuale nel panorama delle garanzie automatiche, nel contesto internazionale, ove il rapporto con le norme dell'ordinamento nazionale riemerge mediante l'individuazione della legge applicabile (ai sensi dell'art. 34 delle URDG 758). Una ulteriore nota di originalità, che, unita alla prospettiva storica e alla approfondita disamina degli aspetti dottrinali e giurisprudenziali del principio e della clausola di* solve et repete*, porta nuovi lumi per la soluzione di questa complessa problematica.*

GUIDO ALPA

© Wolters Kluwer Italia

Capitolo I

INQUADRAMENTO DELLA RICERCA. ORIGINI, EVOLUZIONE E PROBLEMI DEL PRINCIPIO DEL *SOLVE ET REPETE* E PROSPETTIVE DIACRONICHE

Sommario: 1. Ambito, obiettivo e metodo della ricerca. – 2. Origini ed evoluzioni nell'applicazione del principio del *solve et repete* tra eteronomia ed autonomia fino all'età postunitaria. – 2.1. Origini sull'applicazione del principio *solve et repete* quale espressione di eteronomia a difesa non solo degli interessi di natura fiscale e tributaria, ma anche degli interessi privatistici nei rapporti contrattuali, per favorire la circolazione della ricchezza e lo sviluppo del mercato. *Jus mercatorum* e diritto comunale nel medioevo. – 2.2. Il *solve et repete* tra eteronomia e autonomia nell'età preunitaria. – 2.3. (*segue*) ed in quella postunitaria. – 2.4. L'affermazione del *solve et repete* in via pattizia e la prima giurisprudenza sulla validità della clausola e sugli ulteriori limiti all'autonomia privata. – 2.5. Il dibattito dottrinale di fine Ottocento e del primo Novecento sulla clausola *solve et repete* nei rapporti contrattuali. Le posizioni di Gabba, Ascarelli, Caravelli, Greco, La Torre, Liebman, Carnelutti, Senin e altri autori e la strada tracciata verso il regime giuridico previsto nel vigente codice civile italiano. – 2.5.1. La posizione di Carlo Francesco Gabba (1881) e gli *essentialia negotii*. – 2.5.2. La posizione di Tullio Ascarelli (1929 e 1933) tra *jus condendo* e *jus condito*: l'auspicata introduzione di una disciplina a tutela del contraente di fronte alla vessatorietà delle clausole nei contratti di adesione, anche con riguardo al *solve et repete*; la natura sostanziale (non processuale) della clausola; efficacia del patto nei confronti dell'*exceptio inadimpleti*, con il limite del dolo (o mala fede) del creditore; validità del patto con riguardo al profilo della causa. – 2.5.3. La posizione di Casimiro Caravelli (1930) sulla nullità della clausola *solve et repete* e sulla sua natura processuale, con critiche all'impostazione di Tullio Ascarelli. – 2.5.4. La posizione di Paolo Greco (1931 e 1933) sulla portata e sui limiti di efficacia della clausola *solve et repete*, nonché sulla sua validità, con particolare riguardo alla causa del contratto. Il contributo di La Torre (1932 e 1933). – 2.5.5. La posizione di Liebman (1931 e 1933), Carnelutti (1936), Senin (1936) e altri autori. L'apporto dei giusprocessualisti al dibattito

© Wolters Kluwer Italia

sulla validità della clausola *solve et repete* e le repliche della dottrina di diritto sostanziale. Ulteriori orientamenti sul rapporto della clausola con la causa del contratto. – 3. Considerazioni conclusive sul dibattito giurisprudenziale e dottrinale postunitario in tema di *solve et repete* pattizio e prospettive diacroniche.

1. Ambito, obiettivo e metodo della ricerca

Il principio del «*solve et repete*» ha origini remote e la sua applicazione nel nostro ordinamento giuridico ha toccato ambiti diversi, privatistico e pubblicistico, che hanno finito per intersecarsi nell'appassionante confronto dialettico che si è registrato in dottrina e in giurisprudenza, soprattutto là dove, al cospetto della Costituzione, erano emerse questioni di legittimità che hanno portato a dichiarare illegittimo il principio in questione solamente sul versante pubblicistico, con riguardo alla materia fiscale e tributaria ([1]), ma non anche su quello privatistico, ove l'autonomia delle parti, mediante l'*autopoiesi normativa*, l'ha consacrato a regola del rapporto contrattuale ([2]), declinando il *solve et repe-*

([1]) C. cost., sent. 31 marzo 1961, n. 21 (in *Foro it.*, 1961, I, c. 561), che, in riferimento agli artt. 3, 24 e 113 Costo, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, dell'all. E alla l. 20 marzo 1865, n. 2248, ove veniva subordinata l'ammissibilità degli atti di opposizione in controversie d'imposta alla prova dell'avvenuto pagamento (*solve et repete*).

Nella medesima direzione si veda anche C. cost., sent. 30 dicembre 1961, n. 79, con cui, in riferimento agli artt. 3, 24 e 113 Cost., è stata dichiarata l'incostituzionalità: (i) dell'art. 149 del r.d. 30 dicembre 1923 n. 3269, che disponeva l'inammissibilità in giudizio di ricorsi, opposizioni o istanze contro l'ingiunzione di pagamento o contro la liquidazione di tasse e sopratasse di registro ove non fosse provato il pagamento (*solve et repete*); (ii) del secondo periodo del comma 2 della l. 19 giugno 1940 n. 762, per il quale il gravame contro l'ordinanza definitiva dell'Intendente di finanza e il decreto del Ministro delle finanze doveva essere proposto previo pagamento dell'imposta e della sopratassa, in quei provvedimenti determinate (*solve et repete*); (iii) dell'art. 24, comma 3, della l. 25 settembre 1940 n. 1424, per il quale l'atto di opposizione a ingiunzione per la riscossione dei "diritti" dovuti alla Dogana non era valido se non fosse stato preceduto dal pagamento della richiesta (*solve et repete*).

Si veda, altresì, C. cost., sent. 24 febbraio 1995, n. 55, con cui è stato dichiarato illegittimo, per violazione degli artt. 3, 24 e 113 Cost., l'art. 60, comma 2, r.d.l. 19 ottobre 1938 n. 1933, nella parte in cui prevedeva l'inammissibilità del ricorso all'autorità giudiziaria contro la liquidazione della tassa per i concorsi e le operazioni a premio che non fosse stato preceduto dal pagamento della tassa stessa.

([2]) La C. cost., sent. 5 ottobre 1974 n. 256, rigetta infatti la questione di

© Wolters Kluwer Italia

te in diversi contesti causali, dalla compravendita alla locazione, dalle garanzie personali ad altri contratti tipici e atipici ([3]).

Il patto *solve et repete*, con cui viene procrastinata l'esperibilità delle eccezioni ad un momento successivo all'adempimen-

---

legittimità costituzionale dell'art. 1462 c.c. in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., precisando, *inter alia*, che la clausola *solve et repete* contemplata in tale articolo «ha sicuro fondamento nel principio dell'autonomia negoziale, sancito dall'art. 1322 del codice civile e confermato dalla disposizione dell'art. 1372, per cui il contratto ha forza di legge tra le parti», e che va ritenuta senz'altro conforme alla costituzione anche in forza della previsione di limiti legislativi, collocati sia nella disciplina in materia di clausole vessatorie *ex* art. 1341, comma 2, c.c. (e ora anche agli artt. 33 ss. c. cons.), sia nella stessa formula dell'art. 1462 c.c., che fa salva l'esperibilità delle eccezioni di nullità, annullabilità e di rescissione, e contempla l'intervento del giudice che, in caso di gravi motivi, ha il potere di sospendere la condanna eventualmente inflitta in applicazione del *solve et repete* pattizio. Su tale sentenza si tornerà più approfonditamente nel corso del cap. 2 del presente volume, a cui si rinvia.

([3]) Le prima applicazioni del *solve e repete* pattizio riguardano la compravendita, soprattutto a rate, non solo immobiliare ma anche di macchinari industriali, la locazione, la somministrazione e le fideiussioni. L'inserimento della clausola era divenuta ormai abituale nei primi decenni del secolo scorso, tanto da comparire negli anni venti e negli anni trenta in clausole standard usate per disciplinare in modo uniforme i rapporti contrattuali, come evidenziato nel celebre scritto di Ascarelli del 1929 (ASCARELLI, *Sulla clausola "solve et repete" nei contratti*, in *Foro it.*, 1929, I, c. 290 ss.) e nel contributo di La Torre del 1932 (LA TORRE, *Sulla clausola "solve et repete" nei contratti ed in ispecie nelle locazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, 2, p. 494 ss.). In quest'ultimo scritto l'a. richiamava la diffusione della clausola nei moduli e nel contratto tipo predisposti dalla Federazione nazionale fascista della proprietà edilizia, la quale annoverava, tra i propri soci, circa due milioni di proprietari immobiliari in tutto il Regno d'Italia [*ivi* si legge, a tal riguardo, a sostegno della validità della clausola: «È noto, infatti che la Federazione nazionale fascista della proprietà edilizia, succeduta alle molteplici associazioni preesistenti, e giuridicamente riconosciuta col R.D. 17 gennaio 1929, n. 102, ha alle proprie dipendenze 25 associazioni regionali, ed una ottantina di delegazioni, inquadrando un numero di proprietari di case che si valuta ascendere a circa due milioni. Or bene, da anni tutti gli organi dipendenti dalla Federazione anzidetta distribuiscono ai propri soci un modulo di locazione a stampa (migliaia e migliaia ne sono stati impiegati) ed in molti di tali moduli (abbiamo sott'occhio quelli delle Associazioni di Roma, Genova e Trieste) la clausola del *solve et repete* è contenuta. Non solo; a cura della Federazione nazionale, è stato allestito, in questi ultimi tempi, uno schema di contratto tipo, uniformo, da valere, per quanto possibile, in tutto il Regno; anche in tale contratto tipo, che sarà licenziato quanto prima, è, almeno sino ad oggi, inclusa la clausola *solve et repete*. Una clausola iniqua e contraria all'ordine pubblico o comunque inutilmente o eccessivamente vessatoria non avrebbe, per certo, sortito tutta la diffusione da noi dianzi esposta, né avrebbe riportato il benestare delle associazioni sindacali fasciste, che sono organi pubblici ispirantisi non soltanto agli interessi di una categoria, ma anche a quelli, assai poziori, dell'economia della Nazione»].

© Wolters Kluwer Italia

to, mantiene ancora oggi alcune connessioni tra la sfera del diritto pubblico e quella del diritto privato: basti pensare alla controversa interpretazione sull'efficacia processuale o sostanziale della clausola ([4]).

Ignorata dal legislatore codicistico dell'Italia neonata, ma non dalla prassi, con vivace eco nelle pagine della dottrina e in quelle della giurisprudenza, la clausola *solve et repete* ha trovato una sua disciplina nel codice rocco del 1942, all'art. 1462 c.c., in cui si consacra normativamente la sua validità, benché soggetta a limiti ivi rigorosamente stabiliti sul piano dell'efficacia: la clausola non ha effetto di fronte alle eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione, mentre, qualora sia efficace, è sempre sottoposta al vaglio del giudice, che ha facoltà di sospendere la condanna in presenza di «gravi motivi», imponendo un'eventuale cauzione a presidio delle ragioni del creditore.

A dispetto del tenore letterale della norma, i limiti di operatività della clausola sono tuttavia ancora oggi discussi, così come le sue implicazioni sul piano dei rapporti contrattuali.

Sul primo profilo, in particolare, dottrina e giurisprudenza si sono confrontate sul novero delle eccezioni, non espresse dal legislatore, di fronte alle quali l'efficacia della clausola deve comunque arretrare. La copiosa giurisprudenza ha finito, nel diritto "vivente" ([5]), per incrementare il controllo pubblicistico sulla clausola e, pertanto, per ridurre il margine dell'autonomia privata ([6]). Si intende, a tal proposito, indagare se possa essere ravvi-

---

([4]) Per l'efficacia processuale v., tra gli altri, DALMARTELLO, *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 847 ss.; propende invece per l'efficacia sostanziale BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Artt. 1460-1462, Bologna, 1988, p. 104.

Con riguardo al dibattito dottrinale formatosi sotto la vigenza del codice civile del 1865, in cui la disciplina del *solve et repete* pattizio non era normata, si veda invece le iniziali posizioni di Ascarelli, Greco, Senin e La Torre, sul carattere sostanziale della clausola solve et repete, mentre, per la natura processuale, si vedano le posizioni di Caravelli, Carnelutti e Liebman, su cui, *infra*, v. par. 2.5 del presente capitolo, per i riferimenti bibliografici e per le argomentazioni.

([5]) Sulla rilevanza della giurisprudenza negli ordinamenti giuridici cfr. ALPA, Il diritto giurisprudenziale e il diritto "vivente". Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?, in Sociologia del diritto, 2008, 3, p. 47 ss.;

([6]) Come rilevato anche dalla cit. sent. C. cost. n. 256 del 5 ottobre 1947, i primi limiti all'autonomia privata con riguardo alla clausola in questione sono quelli legislativi (previsti sia all'interno dell'art. 1462, comma 1, c.c. che in

© Wolters Kluwer Italia

sato o meno un tratto unificante sui limiti all'efficacia del patto, operanti sul profilo causale o in altra direzione, vagliando criticamente le soluzioni già proposte in dottrina, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento.

V'è poi da considerare il limite all'operatività della clausola e le relative implicazioni sul piano dei rapporti contrattuali dati dal connotato di vessatorietà della clausola, rilevante ai sensi dell'art. 1341 e 1342 c.c., ma anche, sotto gli impulsi del legislatore europeo, ai sensi della direttiva 93/13/CEE in tema di clausole abusive nei contratti con i consumatori e delle relative norme di attuazione, prima collocate negli artt. 1469 *bis* ss. c.c., ora nel codice del consumo agli artt. 33 ss. Ulteriore campo di indagine della presente ricerca riguarda, pertanto, il limite di validità della clausola *solve et repete*, al cospetto della disciplina eurounitaria sulla protezione del consumatore di fronte alla clausolazione abusiva – introdotta nel contratto «malgrado buona fede» del professionista –, a cui si accosta quella domestica sulla tutela formale del contraente, in caso di clausolazione vessatoria.

Tale terreno di indagine mira a verificare anche se vi siano altre implicazioni del diritto europeo sulla clausola in questione, ovvero se la progressiva evoluzione del diritto privato europeo abbia o meno inciso ulteriormente sulla validità e sull'efficacia della clausola *de qua*. Il tema richiama sia quello della buona fede nei rapporti contrattuali, sia quello dell'abuso del diritto, sia quello della giustizia contrattuale: dimensioni che meritano di essere indagate nella prospettiva di sistema, con riguardo alla clausola in esame.

---

altre disposizioni, come l'art. 1341, comma 2, c.c.) e quello giudiziario (previsto all'art. 1462, comma 2, c.c.). Si tratta di limiti che valgono a ricondurre la clausola nell'alveo della legittimità costituzionale, stante anche la riconduzione dell'autonomia privata alla libertà di iniziativa economica privata prevista dall'art. 41 Cost., richiamata dalla medesima Corte Costituzionale, e la giustificabilità della previsione pattizia nella necessità di evitare eccezioni dilatorie e defatigatorie. La stessa Corte Costituzionale, in linea con gli orientamenti giurisprudenziali andatisi a consolidare nel tempo e delle riflessioni dottrinali, ammette che l'autonomia privata ha tuttavia margini più ristretti rispetto a quelli previsti formalmente dal dettato normativo, dovendosi ammettere la sua operatività solamente per le eccezioni *non rite adimpleti contractus*: «la sua validità ed efficacia è dunque configurabile solo nei confronti delle eccezioni aventi il loro fondamento nell'inesatto o imperfetto adempimento da parte dell'attore, cioè delle *exceptiones inadimpleti*, e più propriamente *non rite adimpleti contractus*» (C. cost., sent. 5 ottobre 1974, n. 256, par. 4 delle motivazioni in diritto).

© Wolters Kluwer Italia

Ancora, merita di essere ripreso anche il tema della compatibilità del patto *solve et repete* con i principi fondativi del nostro ordinamento e dell'ordinamento europeo, già vagliati in passato dalla Corte costituzionale con riguardo agli artt. 3 e 24 Cost., ma che andrebbero ora riesaminati in una prospettiva attuale, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico nonché alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dei principi fondamentali rinvenibili nell'ordinamento sovranazionale. Si dovrebbe cioè rianalizzare il problema della compatibilità costituzionale della clausola alla luce degli attuali riferimenti "costituzionali" dell'UE, effettuando, con i nuovi strumenti eurounitari ([7]), la rilettura degli istituti giuridici e delle norme civilcodicistiche che la dottrina italiana aveva effettuato in occasione dell'avvento della costituzione ([8]).

Altro aspetto rilevante per l'indagine che si intende effettuare, ancora con riguardo alla clausola *solve et repete*, riguarda un ulteriore limite all'autonomia privata, dato dal potere di intervento del giudice nei rapporti contrattualizzati, registrabile in diversi ambiti dell'ordinamento giuridico, nazionale e sovranazionale, volto a ristabilire un equilibrio tra le posizioni delle parti, che qui ha tuttavia un carattere del tutto peculiare. Non si tratta di intervento volto a correggere un disequilibrio economico, come invece può registrarsi, ad esempio, in materia di riduzione – ad opera del giudice, con intervento esercitabile anche d'ufficio – della penale di importo manifestamente eccessivo ([9]) o, nei Principi Unidroit, in materia di *hardship* e *gross*

([7]) In questo senso v., ad es., CONTE, *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato. Notazioni sull'efficacia precettiva e sulle modalità applicative dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Giust. civ.*, 2018, 1, p. 147 ss.

([8]) Si veda, tra gli altri, ALPA, *Ruolo attuale della costituzione e modelli interpretativi. una nota bibliografica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 2, p. 781 ss.; P. RESCIGNO, *Rilettura del codice civile (per i cinquant' anni della codificazione)*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. delle obblig.*, 1993, 1-2, p. 1 ss.; N. LIPARI, *Costituzione e diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 4, p. 1255 ss.

([9]) V., sul punto, Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corriere giur.*, 2005, p. 1538, con nota di A. DI MAJO, *La riduzione della penale* ex officio; e in *Foro it.*, 2006, 1, I, c. 106 ss., con nota di A. PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto ed unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*, nonché, recentemente, RATTI, *La caparra e la clausola penale tra autonomia privata e potere correttivo del giudice*, 2020, Pisa, p. 154 ss.

© Wolters Kluwer Italia

disparity ([10]). Qui l'intervento del giudice al cospetto dell'applicazione della clausola *solve et repete* (art. 1462, comma 2, c.c.) viene previsto per ristabilire *ex post* un equilibrio alterato *ex ante*, sul versante giuridico più che sul fronte economico, dalla pattuizione vessatoria ed, in proposito, diviene doveroso il raffronto con le tecniche di tutela approntate dalla disciplina in tema di clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, volta a ridurre ulteriormente i margini di operatività del *solve* pattizio.

La dimensione sovranazionale, in particolare quella dei rapporti commerciali segnata dalla *lex mercatoria* ([11]), segna un ulteriore terreno di indagine, per verificare se, al di là dell'espressa codificazione dei *principles* ([12]), la prassi registra il ricorso al patto *de quo* o ad altre pattuizioni analoghe, di cui andrebbe indagata la rilevanza e l'ambito di operatività. Del resto, l'originaria applicazione del principio *solve et repete* nell'ambito dei rapporti privatistici ha interessato proprio la prassi mercantile – non necessariamente nel settore *b2c*, ma anche *b2b* –, al fine di favorire la soddisfazione delle pretese creditorie negli scambi commerciali e, in tal modo, lo sviluppo di un settore nevralgico per l'economia del tempo ([13]).

Il ricorso al *solve et repete* nei rapporti privatistici, in origine strumento "pubblicistico" volto a favorire lo sviluppo economico ([14]) e successivamente oggetto di appropriazione da parte

---

([10]) ALPA e ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Tratt. dir. priv.,* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2005, p. 344 ss.; VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (*Gross disparity*)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 1, p. 40 ss.; PRADO, *La theorie du hardship dans les principes de l'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (Une approche comparative des principes et les solutions adoptées par le droit français et par le droit américain)*, in *Dir. comm. internaz.*, 1997, 2, p. 323 ss.; ROSSELLO, *Sopravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in *Studi urbinati*, 1987, 38-40, p. 225 ss.; FRIGNANI, *La* hardship clause *nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di* civil *e di* common law, in *Riv. dir. civ.,* 1979, 6, p. 680 ss.

([11]) Su cui si vedano le mirabili pagine di GALGANO, *Lex mercatoria*, 5ª ed., Roma-Bari, 2010.

([12]) Il riferimento è ai Principi Unidroit in materia di contratti commerciali internazionali, giunti nel 2016 alla quarta edizione.

([13]) V., *amplius*, quanto si dirà nel par. 2 del presene capitolo.

([14]) Sul tema generale del rapporto tra diritto ed economia si vedano le bellissime pagine di GALGANO, *Comm. art. 41 Cost.*, in GALGANO e RODOTÀ, *Rapporti economici*, tomo II, in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, artt. 41-44, Bologna-Roma, 1982, p. 4 ss.

© Wolters Kluwer Italia

dell'autonomia privata nelle pattuizioni contrattuali ([15]), è oggi alla ricerca nuovi equilibri – per esigenze di protezione del soggetto debole nei rapporti contrattuali e per l'introduzione di strumenti volti a ripristinare l'equilibrio non solo economico ma anche giuridico tra le parti – ed impone, in tale direzione, un ripensamento.

L'ambito di indagine della nostra ricerca, pertanto, è dato dai limiti all'autonomia privata nel ricorso delle parti alla clausola *solve et repete*, mettendo in luce i problemi attuali che discendono dall'applicazione del patto e le prospettive di soluzione, in una ricostruzione di sistema che tenga conto delle sollecitazioni del diritto sovranazionale, sia quello eurounitario, sia quello relativo al diritto dei contratti commerciali internazionali.

Il lavoro di ricerca, sul versante metodologico, richiede approcci diversi: quello di paziente ricostruzione dell'evoluzione storico-giuridica dell'istituto e delle vicende che lo hanno accompagnato fino ai nostri giorni, anche al fine di cogliere appieno gli aspetti problematici attuali e le prospettive evolutive future dell'istituto in esame ([16]), collocato in un più ampio contesto

---

([15]) Sull'applicazione del patto *solve et repete* ai diversi rapporti contrattuali, tra cui compravendita, somministrazione, locazione, appalto, fideiussione e contratti autonomi di garanzia, salvo altri, si vedano, oltre agli autori citati *supra*, nota n. 3, anche POLETTI, *Clausola* solve et repete, in *Diritto civile*, a cura di Martuccelli e Pescatore, Milano, 2011, p. 237 ss.; ID., *Comm. art. 1462 c.c.*, in *Dei contratti in generale. Comm. Gabrielli, artt. 1425-1469 bis c.c.*, a cura di Navarretta e Orestano, Torino, 2011, p. 529 s.; LECCESE, *La clausola* solve et repete, Milano, 1998, p. 33 ss. e 74 ss.

Sul versante giurisprudenziale, tralasciando ora la giurisprudenza precedente al codice del 1942 (presa in esame al par. 2.4 del presente capitolo), si riscontrano sentenze sul *solve et repete* in varie tipologie di contratti, tra cui quelli in materia di somministrazione (es.: Cass., sez. I, 27 febbraio 1995, n. 2227, in *Giust. civ. mass.*, 1995, p. 455), compravendita (es.: Trib. Grosseto, 12 maggio 2015, n. 453, in *De Jure*), locazione (es.: Cass., sez. III, 16 novembre 1993, n. 11284, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 11), affitto d'azienda (es.: Trib. Sondrio, 29 marzo 2019, in *De Jure*), appalto (es.: Cass., sez. II, 3 dicembre 1981, n. 6406), fideiussione (es.: Cass., sez. II, 21 febbraio 2008, n. 4446, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 2, p. 267), contratto autonomo di garanzia (Cass., sez. III, 28 febbraio 2007 n. 4661, par. 3.1 delle motivazioni in diritto, in *De Jure* e in *Giust. civ. mass.*, 2007, p. 2; Cass., sez. II, 7 marzo 2002, n. 3326, in *Giur. it.*, 2002, p. 1205; Trib. Milano, sez. VI, 16 ottobre 2018 n. 10369, in *De Jure*), *factoring* (es.: Trib. Milano, 12 maggio 1988, in *Riv. it. leasing*, 1989, p. 643), *etc*.

([16]) Sull'approccio "storico" si vedano le pagine di Paolo Grossi, nelle sue molteplici opere, in cui è forte e pervasivo l'invito a «comprendere il di-

© Wolters Kluwer Italia

di carattere generale (approccio storico-giuridico) ([17]); quello di necessaria analisi del dettato normativo, in una ricostruzione di sistema, che tenga conto della complessità attuale, segnata dal superamento inevitabile dell'autoreferenzialità del diritto domestico, con conseguente rilevanza anche dei sistemi sovranazionali (approccio sistematico) ([18]); quello della prospettiva giusrealista, che assegna un ruolo decisivo al formante giurisprudenziale ([19]), di fronte alla constatata crisi dello Stato mo-

---

ritto nella sua storicità» (P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 95). Il giurista, attraverso la prospettiva storicistica, riesce a comprendere meglio il diritto, affrancandosi dalla lettura "legalistica", che vede il principio di legalità coincidente con il formante legislativo, e recuperando, al contrario, la dimensione "fattuale", che lega il diritto alla società, nel suo progressivo divenire.

([17]) Come ricorda Giovanni Tarello, il metodo storico non deve soffermarsi sull'analisi dell'evoluzione del singolo istituto per rintracciarne la continuità, spesso apparente, della sua disciplina giuridica nell'evoluzione dell'ordinamento o degli ordinamenti che si susseguono nel corso delle epoche storiche, ma deve tener conto, anche del succedersi delle diverse strutture di organizzazione gius-politica in cui l'istituto si trova immerso. Così G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, 1973, p. 71 e, *ivi*, nota n. 68.

([18]) Sull'approccio sistematico v. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 16 ss.; M. BARCELLONA, *Su sistema e metodo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 1-2, p. 27 ss.; nonché N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 32 ss. Lo stesso Lipari, nell'indagare l'evoluzione che le categorie hanno all'interno del sistema giuridico, afferma che quest'ultimo «non si presenta più come un quadro definito dal quale si possano ricavare deduttivamente conclusioni univoche e soluzioni per ogni possibile caso, ma semmai come un punto di riferimento tendenziale, una prospettiva cui si deve necessariamente guardare vincendo una volta per tutte la tentazione che l'unico sistema pensabile e possibile sia quello assiomatico-deduttivo. Un certo modo di utilizzazione delle categorie ha funzionato come strumento di chiusura stativa del sistema attuando la mancanza della sua ineliminabile dimensione diacronica. Spesso il riferimento alla categoria ha funzionato come perentoria chiusura verso gli aspetti o contenuti dei problemi non afferrabili dal punto di vista del sistema. Un ripensamento delle più classiche fra le categorie del diritto civile, assunte non come presupposto oggettivo ma come strumento operativo sempre plasmabile in funzione di sopravvenienze normative o fattuali, induce una buona volta a rompere il pregiudizio secondo i quale il sistema non possa che essere completo e definitivo e determina la costruzione di un sistema aperto mediante un'opera continua di correzione, ampliamento e modificazione. In quest'attività di perdurante ricostruzione dell'oggetto della propria analisi si riafferma il ruolo determinante della dottrina a della giurisprudenza (...)» (*Ibidem*, p. 32 s.).

([19]) Sulla giurisprudenza come fonte del diritto cfr., tra gli altri, GALGANO, Stare decisis *e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contratto e impresa*, 2004, n. 1, p. 12 ss.; ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1, p. 1 ss.; CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contratto e impresa*, 2017, 2, p. 364 ss.

© Wolters Kluwer Italia

derno ([20]) (approccio giusrealista) ([21]), ma che reclama un ritorno al "sistema", mediante la ricostruzione effettuata con il filtro dei principi ([22]).

2. Origini ed evoluzioni nell'applicazione del principio del *solve et repete* tra eteronomia ed autonomia fino all'età postunitaria

2.1. *Origini sull'applicazione del principio* del solve et repete *quale espressione di eteronomia a difesa non solo degli interessi di natura fiscale e tributaria, ma anche degli interessi privatistici nei rapporti contrattuali, per favorire la circolazione della ricchezza e lo sviluppo del mercato.* Jus mercatorum *e diritto comunale nel medioevo.*

Le origini sull'applicazione del principio *solve et repete* ([23]) – avente ad oggetto l'improponibilità delle eccezioni prima del-

---

([20]) GALGANO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova, 2010, p. 73 ss.; P. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. IX.

([21]) Sull'approccio giusrealista v., in particolare, TARELLO, voce *Realismo giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959; TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962; ALPA, *Trattato di diritto civile*, I, *Storia, fonti, interpretazione*, Milano, 2000, p. 230 ss.

([22]) Di grande monito sono a tal riguardo le parole di Stefano Rodotà: «Soprattutto in Italia, la ricomposizione realistica dell'intero sistema, lungo l'asse indicato dalle norme costituzionali, ha permesso una straordinaria dilatazione degli orizzonti ed un attivismo giudiziario che ha consentito al nostro sistema di dare risposte che altrimenti non sarebbero state possibili. Tuttavia, la sola "rottura" realistica, se nell'immediato produce una forte innovazione metodologica e di politica del diritto, non è di per sé sola in grado di sostenere il peso di tutte le richieste di cui viene solitamente caricata. Sul terreno delle politiche del diritto non può a lungo supplire l'assenza di riforme legislative; sul piano metodologico deve essere associata ad una adeguata ricostruzione dei principi fondanti del sistema». Così RODOTÀ, *Un metodo tra i metodi*?, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 1-2, p. 282 (fascicolo doppio, dedicato al tema «*Il metodo della ricerca civilistica*»); ma v. anche ALPA, *Trattato di diritto civile*, I, *Storia, fonti, interpretazione*, cit., p. 228 ss. e 233 ss. e ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2006, *passim*; nonché P. PERLINGIERI, *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, p. 20 ss. e, *ivi*, spt. p. 23, ove si rimarca la necessità che accanto all'enucleazione dei principi vi sia anche la regolamentazione del caso concreto, giacché «il principio ha un senso maggiormente intellegibile se espresso mediante la tipizzazione di un possibile comportamento, che non pretende di essere tassativa ed esaustiva di ogni possibile fattispecie concreta (...)».

([23]) Parla di «*principio*» del *solve et repete* N. LIPARI, *Principio di egua-*

© Wolters Kluwer Italia

l'avvenuto adempimento – sono alquanto incerte, mancando una chiara ricostruzione storica in materia.

Riscontri sono stati sicuramente rinvenuti, dagli studiosi di storia del diritto italiano, nelle disposizioni degli statuti comunali medievali, dal XIII secolo in poi ([24]), ove erano contenute norme che affermavano il suddetto principio sia in materia fiscale e tributaria ([25]), sia nei rapporti tra privati ([26]).

Con riguardo al *solve et repete* nella materia fiscale e tributaria, particolarmente significativa è la ricostruzione di Antonio Pertile nella sua poderosa opera «*Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*», ove richiama, tra gli altri, lo Statuto comunale di Verona del 1220, ma anche quelli di Padova e di Ferrara ed altri – anche nei secoli successivi –, evidenziando, in relazione all'imposta da corrispondere in relazione al valore degli immobili censiti catastalmente, che la medesima «si ripartiva tra i singoli ad un tanto per libbra d'estimo, onde la si chiamava libbra, ed essere allibrato voleva dire essere iscritto nei libri o ruoli d'imposta. Chi reclamasse d'essere stato tassato soverchiamente *doveva intanto pagare*: all'incontro chi sosteneva d'essere stato allibato per errore mentre non doveva nulla, veniva udito tantosto e si procedeva sommariamente» ([27]).

---

glianza ed esercizio della giurisdizione, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 2, p. 530 ss. e, *ivi*, par. 4.

([24]) In materia fiscale si veda, ad esempio, gli statuti comunali di Verona, risalente al 1220, di Padova e di Ferrara, ma anche di Pisa, Bologna, ed altri. Per una rassegna v. SICARI, *La clausola* solve et repete *nel sistema delle obbligazioni negoziali*, Padova, 2008, p. 11 e, *ivi*, nota n. 7.

([25]) Cfr. la ricostruzione di PERTILE, *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, 2ª ed., Torino, 1897, II, 1, p. 466, online all'url https://archive.org/details/storiadeldiritt02eusegoog/page/n479 (visitato da ultimo in data 11 agosto 2020).

([26]) Si pensi alla lettera di cambio, su cui cfr. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 78 ss.

([27]) PERTILE, *op. cit.*, II, 1, p. 466 ss., il quale ricorda che era ammesso il pagamento «per rate di tre o quattro mesi in tre o quattro mesi, od anche ogni secondo mese e di mese in mese (...) Affine d'ottenere quanta maggior esattezza potevasi nel pubblico servizio, a chi pagava puntualmente talora levasi fare uno sconto [A Venezia poteva giungere al 10 per cento; e però a pagare in tempo si disse *pagar in don* (...); Anche a Siena, almeno nei prestiti forzati, l'abbuono era del 10 per cento (...). A Firenze davansi altri vantaggi a chi anticipava la propria quota (...)]; invece chi non pagava al tempo stabilito doveva pagare un tanto di più, datogli brevissimo termine per soddisfare l'una somma e l'altra.

Molto più gravi erano le sanzioni per chi non pagava punto, o non pagava

© Wolters Kluwer Italia

Il *solve et repete* veniva dunque previsto in via eteronoma, a tutela delle esigenze pubblicistiche di riscossione di imposte e tributi. Il regime di paralisi delle eccezioni sollevabili dal debitore aveva una valenza essenzialmente processuale ed era accompagnato da giudizi a cognizione sommaria, volti ad evitare che le lungaggini processuali – anche a fronte di eventuali difese dilatorie – potessero ritardare il conseguimento dell'imposta o del tributo.

Anche in ambito privatistico la disciplina volta a paralizzare le eccezioni di fronte alle pretese di adempimento era essenzialmente di tipo eteronomo e passava per la previsione di un regime di maggior favore per il creditore, attraverso strumenti processuali di *summaria cognitio* che potessero agevolarne la pretesa: «(...) i termini venivano notevolmente abbreviati, riducendosi a pochi giorni il tempo per tutta quanta la lite, e non concedendosi proroghe non necessarie. Si dovea por limite alle eccessive contese delle parti, alle arringhe degli avvocati, e risecare il soverchio numero dei testimoni. *Non si ammettevano eccezioni che non toccassero la sostanza della pretesa*, che esigessero molte ricerche e potessero esaminarsi da altro giudice» ([28]).

---

interamente, e di cui a Firenze dicevasi ch'era messo a specchio. Egli era escluso dal partecipare ai beni comunali, e cessava a suo riguardo la protezione che lo stato assumeva per le sostanze degli altri cittadini. Non poteva essere consigliere, avere ufficio nè beneficio; di più, quasi messo fuor del comune, gli veniva negata giustizia, con proibizione ai suoi debitori di pagargli quanto gli dovevano, ai mugnai di macinargli il grano, a tutti di coltivargli i campi o rendergli altro servizio; si scacciavano gl'inquilini dalle case di sua proprietà, che dovevano rimanere disabitate: anzi le case e i fondi gli venivano tolti e confiscati, o venduti all'asta, o devastati. E quando tutto ciò non fosse sufficiente a rompere la disobbedienza del debitore, si mettevano in alloggio presso di lui soldati, cui era tenuto di provvedere a proprie spese; per ultimo veniva posto in carcere, cosa che per le contribuzioni messe a carico d'una città si solea fare coll'intero consiglio: in Piemonte, in tal caso, chiudevansi le porte della città in maniera che nessuno potesse più entrare nè uscire. Nel Napolegano sotto gli Angioini, a chi non pagava le imposte si menavano in prigione le mogli; in Sicilia chiudevansi e suggellavansi le case, oppure le si rendevano inabitabili, levandone via il letto e le porte: rigori che Federico III si sive contratto a temperare. E lo statuto fiorentino, non contento delle sanzioni accennate, voleva che oltracciò si obbligassero a pagare per lui i coloni o conduttori dei capi e gl'inquilini delle case, o, se questi non erano in grado, i parenti del debitore: la qual cosa riguardo ai parenti e vicini si trova praticata anche in Corsica sotto la denominazione genovese. Che s'era d'uopo agire contro dei beni, modi particolari e privilegiati di procedimento e di esecuzione garantivano i debiti verso lo stato in quanto il debitore avesse di che soddisfarli» (così PERTILE, *op. cit.*, p. 466-472 e v. altresì, *ivi* in nota, i riferimenti storiografici completi).

([28]) PERTILE, *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, Torino, 1902, VI, 2, p. 119.

© Wolters Kluwer Italia

Lo strumento processuale della *summaria cognitio* (*summatim cognoscere*) era noto già nel diritto romano, traducendosi in una deroga alle norme applicabili a garanzia dei contendenti nel processo ordinario ([29]), con lo scopo di evitare lo svilimento del diritto fatto valere in sede giudiziale a causa dell'eccessiva durata del giudizio ([30]). Nel medioevo la *summaria cognitio* si traduce nel processo *de plano*, sia nel diritto canonico ([31]) che in quello "laico" ([32]), ove se ne fa ricorso soprattutto per protegge-

---

([29]) Cfr., *amplius*, ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli, 1991, p. 157. Si vedano anche, in materia, BIONDI, *Summatim cognoscere*, in *Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano (Vittorio Scialoja)*, 1921, 30, p. 220-258; ID., *Cognitio summaria*, in *Nuoviss. dig. it.*, Torino, 1959, III, p. 436 ss.; nonché KRÜGER, *Das* summatim cognoscere *und das klassische Recht*, in *Zeitschrift der Savigny für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 1925, 45, p. 39 ss.

([30]) La *cognitio*, conosciuta in età classica, ha subito modifiche nell'età postclassica e giustinianea, soprattutto con riguardo ad un più complesso sistema di impugnazione, che ha comportato un'eccessiva durata dei tempi del giudizio, che si è reso necessario ridurre con il ricorso a procedimenti speciali, tra cui quelli a cognizione sommaria, con compressione delle eccezioni esperibili dal convenuto. Nella dottrina romanistica s'è evidenziato – con riguardo all'età postclassica e giustinianea – che l'«appellabilità delle sentenze era certo una caratteristica delle *cognitiones* classiche. Nel nostro periodo, dopo la riforma dell'ordinamento provinciale di Diocleziano, vi fu un complesso sistema di organi giudiziari sovraordinati gli uni agli altri in modo gerarchico e l'appello non si indirizzò più necessariamente al tribunale imperiale, bensì all'organo gerarchico superiore a quello che aveva emanato la sentenza, rimanendo ferma la possibilità di adire in ultima istanza il tribunale imperiale o quello delegato a farne le veci. Non vi fu quindi più un unico appello, ma – potremmo dire – un appello duplice: dall'organo di prima istanza a quello competente per l'appello, da questo al tribunale imperiale o a quello delegato a farne le veci. E vi si aggiunse un altro mezzo di impugnazione, sia pure straordinario: la *supplicatio* all'Imperatore.

La nuova procedura favorì inoltre l'allungamento della durata dei processi. Nel nostro periodo, infatti, la lunghezza dei processi, nonostante le disposizioni di vari imperatori, crebbe a dismisura tanto a far dire a Giustiniano, nel motivare un provvedimento mirante a drasticamente abbreviarla (...), che bisognava impedire che le liti divenissero "*paene immortales*" ("quasi immortali") e superassero in durata "*vitae hominum modum*" ("la misura della vita umana")». Così PUGLIESE, SITZIA e VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, p. 427 s.

([31]) Sulla transizione della summaria cognitio al medievale processo de plano CORETTI, *Del summatim cognoscere al proceso de plano: la sumariedad en el derecho romano y en la edadmedia*, in *Vergentis. Revistade Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, N° 8, enero-junio 2019, p. 45 ss., ove vengono tracciati i connotati distintivi del processo de plano istituito da Papa Clemente V, a cognizione "breve" ma "plena".

([32]) CORETTI, *op. cit.*, p. 46, rimarca che «*la historiografía es unánime*

© Wolters Kluwer Italia

re ed incentivare gli scambi commerciali ([33]), mediante la tutela offerta alle pretese creditorie dei mercanti ([34]).

---

cuando considera que los orígenes del proceso sumario medieval tienen que buscarse en el Derecho romano». In senso analogo, *ex multis*, cfr. LATTES, *Studi di diritto statutario*, Milano 1886, p. 3; LEFEBVRE, *Les origines romaines de la procédure sommaire aux XII et XIII s.*, in *Ephemerides iuris canonici*, 1956, 1, p. 170 ss. Sul processo a cognizione sommaria sul fronte "laico", diffusosi nel XII secolo, si veda l'ampia rassegna di PERTILE, *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, cit., VI, 2, p. 116 ss., con riferimento agli statuti di Pisa, Bologna, Parma, Alessandria, etc., nonché BARTOLO DI SASSOFERRATO, *Commentarius de summaria cognitione*, a cura di Briegleb, Erlangen, 1943, p. 31, nn. 1-3.

([33]) Le materie su cui la cognizione sommaria nel processo medievale trovava applicazione erano molteplici e riguardavano, tra l'altro, i diritti reali e il possesso, il commercio terrestre e marittimo, il pagamento dei lavoratori e collaboratori, etc. Per una rassegna si veda PERTILE, *op. cit.*, VI, 2, p. 121 ss.

([34]) Significativo è, in tal senso, lo statuto di Padova del 1352. Sulle caratteristiche delle e il ruolo della classe *mercantile* a partire dall'XI secolo, fino all'età contemporanea, con gli scambi commerciali internazionali, si veda la meticolosa ricostruzione di storia del diritto commerciale ad opera di Francesco Galgano (il riferimento è al celebre volume GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., *passim*). La gestione autarchica tipica dell'alto medioevo – ove l'economia era segnata da uno sfruttamento delle risorse della terra e da un lavoro essenzialmente artigianale, volti al soddisfacimento delle pretese del signore feudale, all'interno delle proprietà feudali – venne affiancata, agli inizi del secondo millennio, dall'emergere di una nuova classe mercantile, grazie alla riapertura di sbocchi commerciali nel nord e nel sud del continente europeo, che portarono presto ad un sensibile sviluppo economico: i mercanti dell'epoca, inizialmente girovaghi per le esigenze di carattere commerciale, scelsero di stanziarsi nelle città romane rimaste semideserte con la nascita del feudalesimo, ma destinate a ripopolarsi. La classe mercantile, nelle città romane, traeva agio dalle importanti vie di comunicazione già tracciate dai romani per esigenze strategiche-militari, favorendo la gestione dei traffici e, conseguentemente, quello sviluppo economico che portò ad una progressiva urbanizzazione, con forme di convivenza sociale segnate da una certa libertà organizzativa, grazie alla quale i mercanti, motori dello sviluppo economico, ebbero modo di inserirsi anche nella vita politica. Con l'ascesa della società mercantile medievale si andarono a sviluppare le società comunali, nelle quali si andò a formare un diritto funzionale alla protezione dei traffici, per sostenere l'azione dei mercanti, fautori dello sviluppo economico. Cfr. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 32, ove viene altresì evidenziato che, in tal modo, «Si costituisce una composita società urbana che ha nel comune la propria espressione politica: in essa la classe mercantile coesiste, specie nelle città italiane, con una preesistente nobiltà cittadina di origine feudale e, ovunque, con crescenti masse di lavoratori manuali, che mutano l'originaria condizione servile in quella di liberi artigiani. Poi, quando il comune riuscirà, nella sua lotta vincente con il potere feudale, ad estendere la propria sovranità sul circostante territorio rurale, la società comunale acquisirà una classe di produttori agricoli». La forza crescente della classe mercantile deriva dalla capacità di essere motore di sviluppo, il che è ben spiegato dalle

© Wolters Kluwer Italia

Al creditore veniva assicurato un processo veloce, assistito da norme limitative della facoltà di proporre eccezioni per il debitore-convenuto e dal principio *solve et repete*, in particolare là dove il creditore volesse far valere una pretesa creditoria corredata da un idoneo quadro probatorio: «Quanto un creditore presentasse in giudizio uno di quei documenti e il credito fosse liquido o almeno potesse liquidarsi indilatamente, si faceva ricorso al debitore, anche senza citarlo, precetto di pagare nel tempo suindicato, e non obbedendo, scorso quel termine, s'intraprendeva senz'altro l'esecuzione. Non si ammettevano contro la domanda se non quelle ragioni che avrebbero valso direttamente a distruggerla, e queste pure soltanto nel caso che fossero di sollecita prova o dimostrazione (*quae altiorem indaginem non requirunt*), e secondo qualche statuto dando pegni sufficienti per garantire il creditore, od anzi pagando il debito. In caso contrario il debitore, se voleva evitare l'esecuzione, doveva pagare nel tempo assegnatogli, e promuovere azione nelle vie ordinarie per ripetere la restituzione di ciò che gli era stato indebitamente richiesto» ([35]).

Si trattava di norme che, in ambito privatistico, avevano il chiaro intento di favorire la circolazione dei traffici e, quindi, lo sviluppo del mercato, avvantaggiando il recupero della pretesa creditoria ([36]). Sicché il *solve et repete* veniva inizialmente

---

ulteriori pagine dell'opera di Galgano: «La concentrazione urbana di forza-lavoro che progressivamente si sottrae allo sfruttamento feudale, è un ulteriore, determinante fattore della ascesa della classe mercantile medievale. Questa può modificare la precedente tecnica degli scambi, che si esaurivano nell'attività di mera interposizione: di acquisto, a basso prezzo, nei luoghi di produzione eccedente e di rivendita, ad alto prezzo, nei luoghi di produzione insufficiente. Essa può ora influire, e sia pure indirettamente, sul primo elemento dello scambio: può farsi promotrice, dandone commessa agli artigiani locali, della produzione di quei beni che si sa di potere altro vantaggiosamente rivendere (...). Nella società comunale, non diversamente che nella moderna società borghese, il modo di produzione è tenuto fermo dalla forza di coercizione del pubblico potere (...). Alla crescente potenza economica del capitale commerciale si accompagna, all'interno del comune, l'ascesa politica della classe mercantile» (GALGANO, *op. cit.*, p. 33 s.).

([35]) Cfr. PERTILE, *op. cit.*, VI, 2, p. 131 s.

([36]) Nella società comunale il diritto che si andava formando era funzionale alla protezione degli interessi economici della classe mercantile, tutelando non le ragioni della proprietà, ma quella degli scambi, dei traffici, degli affari. Ed infatti, oltre al passaggio dalla forma solenne del diritto romano al principio di libertà delle forme nei rapporti contrattuali, funzionale agli scambi, il diritto mostrava attenzione alle esigenze del creditore nelle obbligazioni pecuniarie e dunque, della parte venditrice nei contratti di compravendita: «Al favore del

© Wolters Kluwer Italia

applicato con una certa rigidità: nel XII secolo era esclusa qualsivoglia eccezione, salvo quelle di pronta soluzione volte a far

---

diritto romano per la stabilità dei rapporti giuridici il *ius mercatorum* sostituisce un opposto favore per la loro mutabilità. È il principio della assoluta libertà di forme (...), [che] interpreta le (...) esigenze di moltiplicazione della ricchezza, di valorizzazione del capitale commerciale: il mercante deve, incessantemente, comprare e rivendere; il suo profitto è tanto maggiore quanto più compra e rivende; l'interesse che il diritto protegge è l'interesse alla conclusione degli affari: non l'interesse di chi, vendendo, dispone di un proprio bene o l'interesse di chi, comperando, dispone del proprio danaro, ma l'interesse di chi, professionalmente, compera e rivende e tiene, comunque, alla conclusione della maggiore quantità possibile di affari» (così GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 44). Vero è che il mercante si trova frapposto, nelle operazioni di scambio, tra chi produce e chi acquista, ponendosi come intermediario dell'uno e dell'altro, assumendo ora la veste di compratore ora quella di venditore, ma il diritto comunale, intendendo favorire gli scambi, accorda inevitabilmente una maggior protezione per il venditore e, dunque, per il creditore del prezzo della compravendita. Le ragioni sono ben delineate nell'opera di GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 44 s.: «La compravendita è il contratto mercantile per eccellenza, designato senz'altro dalle fonti come *mercatura* o *negotiatio*. Comprende, benché regolata in modo uniforme, due distinte fattispecie contrattuali: l'acquisto a scopo di rivendita; la rivendita di cose acquistate a scopo di rivendita. È, sotto il primo aspetto, l'atto di scambio fra l'artigiano-produttore il mercante, mediante il quale il secondo si approvvigiona, presso il primo, delle merci da porre in commercio; oppure l'atto di scambio fra il contadino-produttore e il mercante, preordinato alla fornitura di materie prime dal mercante all'artigiano. È, sotto il secondo aspetto, l'atto di scambio fra il mercante all'ingrosso e un altro grossista oppure l'esercente al minuto; infine, fra questo e il consumatore.

Sebbene il mercante sia parte in tutti questi atti di scambio, e sebbene egli occupi in essi ora la posizione del compratore, ora quella del venditore, il favore dello *ius mercatorum* è tutto per la figura del venditore e, in particolare, per costui in quanto creditore del prezzo di compravendita. Il fenomeno si può, agevolmente, spiegare con la duplice considerazione che gli scambi nei quali il mercante è compratore sono, essenzialmente, scambi con le classi subalterne, in rapporto alle quali la classe mercantile può fruire di una supremazia economica, e sono scambi endo-comunali, in ordine ai quali la classe mercantile poteva far valere, come in effetti faceva valere, la sua supremazia politica. Il mercante era protetto, nella veste di compratore, più che da norme privatistiche, inerenti al contratto di compravendita, da norme di "ordine pubblico economico", come quelle (...) che vietavano ad artigiani e contadini di vendere a forestieri o al minuto, o che istituivano controlli sulla qualità dei prodotti, ecc.» (*Ibidem*, p. 44 s.). Ed ancora, nella sua lucida analisi, Galgano approfondisce ulteriormente le ragioni di favore del diritto comunale per la posizione del venditore, in relazione all'esigenza di favorire i traffici commerciali e di tutelare il mercante quale fautore dello sviluppo economico, tanto da potersi ravvisare in ciò un tratto connotante rispetto al diritto romano: «Il favore per il venditore-creditore asseconda il processo di accumulazione capitalistica; agisce a vantaggio del mercante, nella fase in cui egli trasforma in denaro il valore espropriato ai produttori. Si manifesta nel superamento dei principi romanistici nei quali si

© Wolters Kluwer Italia

valere la falsità del credito o l'avvenuto adempimento ([37]). Solo successivamente, secondo le ricostruzioni storiografiche, fu operata una sensibile mitigazione del *solve et repete*, per recuperare un miglior equilibrio nel rapporto contrattuale, mediante un rafforzamento della posizione del debitore, ammesso via via a produrre un ventaglio di *exceptiones* sempre più ampio, purché facilmente verificabili.

Lo stesso Pertile – sempre nella sua opera più volte citata,

---

era espresso un opposto favore per il debitore: il pagamento deve essere eseguito immediatamente, senza possibilità per il debitore di ottenere dal giudice, come poteva ottenere per diritto romano, un termine di grazia; il pagamento deve essere effettuato in denaro, con la esclusione della *datio in solutum necessaria*, concessa dal diritto romano al debitore che si fosse trovato, senza sua colpa, nella impossibilità di procurarsi il denaro; il ritardo nel pagamento produce *ipso iure* l'obbligazione degli interessi e non, come per diritto romano, solo se valutato e ammesso *ufficio iudicis* (e qui il *ius mercatorum* supera, oltre che il diritto romano, anche il diritto canonico virgola che subordinava la corresponsione degli interessi alla prova del lucro cessante)».

Così spiegate le ragioni per la posizione del venditore-creditore, la preziosa analisi di Francesco Galgano va oltre, sgomberando ogni eventuale dubbio sull'interesse protetto dalle norme in questione: non quello del compratore *tout court*, ma quello del mercante, giacché «le ragioni della proprietà sono destinate a cedere quando si trovano in conflitto con quelle della mercatura. Chi comperava, anche se in buona fede, una cosa furtiva era soggetto, per diritto romano, alla rivendica del proprietario derubato (...). Il *ius mercatorum* esclude l'azione del proprietario del rubato se il compratore ha acquistato la cosa, poi scopertasi furtiva, da un pubblico mercante. L'interesse protetto non è, manifestamente, quello del compratore, la cui buona fede non merita protezione maggiore dell'incolpevole spoliazione del derubato (né è protetta quando la cosa gli sia stata venduta da un mercante); l'interesse protetto è quello del mercante: chi compera da lui deve, comunque, comperare bene, perché ogni perplessità del compratore sarebbe una remora all'acquisto e si rifletterebbe negativamente sul volume delle vendite (poco conta poi che il derubato possa essere un mercante, perché il subire un furto sarà per questo un fatto occasionale , mentre egli è professionalmente un venditore)» (GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 44-46).

Nell'ambito di queste logiche sono da valutare le previsioni normative che imponevano al debitore il pagamento immediato senza opporre eccezioni che non fossero di pronta soluzione, demandando ad altro giudizio l'eventuale ripetizione ove il pagamento non fosse dovuto (*solve et repete*).

([37]) Cfr., ancora una volta, PERTILE, *op. cit.*, VI, 2, p. 135, il quale ricorda che, nel napoletano, «il devitore, impetito per una polizza bancaria, non ammettevasi a produrre le sue eccezioni se non depositava la somma nel banco, o non si costitutiva nelle carceri». Ad ancora, lo statuto senese del 1282 conferma tale ricostruzione: «sian tenuti i consoli comandare al convenuto che paghi el devito (...) e le spese al credito (...) et non si debbia alcuna exceptione ammettere (...) se rima quel cotale convenuto non darà idonee cauzioni di stare a ragione e pagare el devito (...)».

© Wolters Kluwer Italia

«*Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*», – ha messo in guardia sull'evoluzione che s'è registrata in epoca più tarda: «siccome una tal maniera di procedimento, mentre assicurava il diritto del creditore, non tutelava sufficientemente quello del debitore, i giureconsulti cercavano ogni via di venirgli in aiuto coll'ammettere sempre maggior numero d'eccezioni e simili. Allo stesso intento le leggi esigevano cauzione dell'attore, perché si potesse far luogo contro del convenuto alla parata esecuzione» ([38]).

Come ben emerge dalle riflessioni della dottrina di storia del diritto italiano, il principio del *solve et repete* crea squilibri tra le situazioni giuridiche del creditore e quelle del debitore, di fronte ai quali l'ordinamento ha saputo generare strumenti di diversa natura atti a mitigarli e "governarli", assicurando al contempo la sopravvivenza della clausola ([39]).

2.2. *Il* solve et repete *tra eteronomia e autonomia nell'età preunitaria*

Lo sforzo di progressivo superamento del diritto comune di matrice medievale ([40]) s'è registrato, sul suolo italico, nei primi lavori di "codificazione" avvenuti agli inizi del '700 (XVII secolo) ([41]). Particolarmente significativa è l'opera di casa sabauda

---

([38]) Cfr. PERTILE, *op. cit.*, VI, 2, p. 136.

([39]) Si pensi all'individuazione di eccezioni sempre ammissibili, come quelle sull'invalidità del contratto e quelle incidenti sul sinallagma contrattuale; illegittimità – costituzionale – del *solve et repete* in materia fiscale; individuazione delle ipotesi di inefficacia e/o nullità della clausola s*olve et repete*, in relazione alla tutela del contraente debole e de consumatore; individuazione di poteri di intervento del giudice per sospendere l'efficacia della condanna, con eventuale cauzione, *etc*.

([40]) Per un inquadramento del diritto medievale si rimanda a P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2004.

([41]) Come sottolinea ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, p. 44, nel paragrafo dedicato alle prime codificazioni italiane, «(...) Nelle trattazioni monografiche, nei pareri, ecc. le opinioni dei dottori risultano assai articolate. Egual panorama offre la giurisprudenza. Di qui l'urgenza di una codificazione, o meglio la rappresentazione della codificazione come rimedio risolutivo. (...) Non si deve credere che l'idea di codificazione fosse estranea alle esperienze italiane prima della conquista napoleonica. (...) Molteplici sono le iniziative in questo senso, trattandosi, in gran parte, di consolidazioni piuttosto che non di redazioni di codici in senso moderno appunto tra queste iniziative spiccano le *Costituzioni* dei Savoia nella

© Wolters Kluwer Italia

del 1723, «*Leggi e Costituzioni di S.M.* [Sua Maestà, *n.d.a.*] / *Loix et Constitutions du Roi*», redatta in testo bilingue – volgare e francese – sotto la corona di Vittorio Amedeo, Re di Sardegna, con cui è stato effettuato un (primo) lavoro di riorganizzazione ed ammodernamento delle norme civili e penali (42), di carattere processuale e sostanziale (43), che s'erano stratificate nel tempo (44), riammodernandole e coordinandole con il *jus commune*, che non veniva abrogato, ma collocato in posizione subalterna nella gerarchia delle fon-

---

versione degli anni 1722-1723 poi ammodernate nel 1770. Certo, si tratta di regole che riguardano soprattutto l'amministrazione della giustizia, essendo questo il significato politico dell'intervento del monarca nella legislazione tra i privati: la garanzia di un procedimento e situato dinanzi ai propri ministri, cioè al giudice che amministrano la giustizia *il nome del monarca*».

(42) Il corpus normativo delle Leggi e Costituzioni di S.M., come declamato nel "sottotitolo", era «Da osservarsi nelle Materie Civili, e Criminali ne' Stati della M.S., tanto di qua, che di là da' Monti, e Colli». Nell'ambito di tale corpo normativo spicca anche la revisione delle norme sull'amministrazione della giustizia (v. nota precedente).

(43) Nelle *Costituzioni* sabaude del Settecento, si noti, la riorganizzazione delle norme di carattere sostanziale – declinate nel "sottotitolo" – appare tuttavia piuttosto recessiva rispetto a quelle di carattere processuale: mancava, in materia civile, quella connotazione sistematica di tutte le materie del diritto civile riscontrabili invece nella codificazione dell'Ottocento. Sul punto v. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 45 s., ove, con riguardo alla *Costituzioni* sabaude evidenzia: «Ciò che invece preme di meno, perché riguarda per l'appunto i rapporti tra i privati, è la legge sostanziale da applicare: si tratta di diritto romano, di consuetudini, di statuti municipali di provvedimento dell'autorità, poco imposta. Ciò che importa è che la procedura abbia il suo *rito*».

(44) Nelle pagine di apertura delle citate *Leggi e Costituzioni di S.M.* si dà conto del lavoro di riorganizzazione e aggiornamento normativo, imposto anche dal «cambiamento de' tempi», oltre che dalla complessità del diritto emersa in sede di applicazione («per le sottigliezze de' Litiganti»), per l'esigenza di offrire una maggiore organicità e chiarezza dell'apparato normativo e, non da ultimo, per fornire un'interpretazione règia del diritto, imponendo l'autorità sovrana sul potere che si andava consolidando nelle corti, quale inevitabile conseguenza di un diritto stratificato ed eccessivamente complesso. Su tali aspetti le citate pagine di apertura del *corpus* normativo così argomentano: «E perché i Saggj Editti, e gl'Ordinamenti de' Reali Nostri Predecessori, per le sottigliezze de' Litiganti, e pel cambiamento de' tempi, anno variata forte, e vicenda, di modochè, o non si considerano, o sono diversamente considerati, ci siamo risoluti di spiegare l'intrinseco loro senso, e sostanza, riducendoli in un limpido, e breve Compendio, acciocché uniti a quelle Dichiarazioni, ed Ampliazioni, che un lungo maneggio del Governo ci ha fatte conoscere per necessarie, si stabilisca una Legge facile, e chiara, e resa la spedizione degl'affari più pronta, restino sepolte quelle inutili superfluità, che partorivano sì spessi, e sì gravi sconcerti (...)».

© Wolters Kluwer Italia

ti ([45]), in cui primeggiava la neonata "*codificazione*" settecentesca ([46]).

Ripercorrendo il testo di tale *corpus* normativo, si riscontra, in ambito civilistico, quell'applicazione eteronoma del principio *solve et repete* già riscontrata negli statuti comunali a beneficio delle necessità di speditezza dei traffici mercantili. Nelle Leggi e Costituzioni sabaude del 1723 (*ivi*, a p. 244), all'art. 34 del Libro II, Titolo XXIV, Capo I, espressamente si trovava stabilito che «I Debitori del prezzo di Mercanzìe, verificato, e legittimato sommariamente il loro debito, non goderanno d'altra eccezione, che

---

([45]) Si veda, in tal senso, l'art. 2 del Libro III, Titolo XXIX, delle Leggi e Costituzioni sabaude del 1723 (*ivi*, a p. 357), ove, con riguardo all'operato dei giudici nell'emanazione delle sentenze, si prescriveva che «Non dovranno i medesimi aver riguardo ne' fondamenti delle loro Sentenze, che in primo luogo alle Leggi, e Costituzioni Nostre; Secondo agli Statuti Locali ne' casi, che sieno compatibili con esse, e purchè essi si trovino in osservanza, e abbiano riportata l'approvazione de' Nostri Precedessori, o Nostra; Terzo al Testo della *Legge Comune*, quando dall'une, o dagl'altri non è provvisto, proibendo loro di poter deferir' a quegl'Autori di qualunque sorta si sieno, che non fondano le lor'opinioni nella Ragion naturale, o delle Genti, o nella Disposizione della Legge Comune, o nelle Decisioni de' Tribunali degli Stati Nostri, le quali non si trovino repugnanti a quanto sopra».

([46]) Qui il termine "codificazione" è usato per indicare il tentativo di riorganizzazione sistematica delle «*Materie Civili, e Criminali*», che ha animato, il lavoro di raccolta, riorganizzazione e ammodernamento normativo, senza tuttavia raggiungere quel tratto tipico della "codificazione" intesa in senso moderno, avutasi dopo la rivoluzione francese, quando iniziò a sperimentarsi «un codice che tratta *tutte le materie del diritto civile*, l'utilizzazione di un testo che ricompone tute le fonti in un'unica trama». Così ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 46 (il corsivo è di chi scrive). Per un approfondimento sul processo di codificazione si veda anche ALPA, *La dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita: riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura*, in *Contratto e impresa*, 2015, 3, pp. 646-655.

Ricorda Paolo Grossi che «mai nozione è stata segnata da una intrinseca polisemia come quella di Codice: il vocabolo unitario permette di accostare il Codice Ermogeniano, il Codice giustinianeo, il Codice Napoleone e tutti quei Codici sempre più frequenti nella prassi contemporanea che abbiamo udito menzionare nelle varie relazioni congressuali particolarmente dei cultori del diritto positivo (Codice dei giornalisti, dei consumatori, delle assicurazioni, dei pricipii, delle regole, Codice comune europeo dei contratti, e così via); il vocabolo unitario, assumendo a denominatore comune la tendenza alla stabilizzazione dell'instabile che è propria di ogni codificazione, con quell'inganno che è tipico di certe impassibili persistenze lessicali, mescola ed accomuna realtà profondamente diverse per origine e per funzione ingenerando confusioni ed equivoci culturalmente perniciosi» (P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, p. 85 s.).

© Wolters Kluwer Italia

di quella del pagamento, o compensazione di cosa liquida, e non controversa, con riserva di promuovere l'altre loro pretensioni illiquide avanti que' Tribunali, o Giudici, a' quali ne potrà spettare la cognizione».

La medesima disposizione si rinviene, con identica formula, anche nelle edizioni successive del medesimo testo normativo e, segnatamente, nell'art. 17 del Libro II, Titolo XVII, Capo II delle Leggi e Costituzioni sabaude del 1729 (*ivi*, tomo I, p. 214).

Siamo ancora sul terreno dell'*eteronomia*.

Il legislatore settecentesco sabaudo, con l'obiettivo dichiarato – nelle pagine introduttive delle Leggi e Costituzioni citate – di rendere «la spedizione degli affari più pronta», non esita a prevedere in maniera sistematica, *ex lege*, a beneficio dei soli crediti *mercantili* ([47]), gli strumenti di tutela già emersi negli Statuti comunali ([48]): (i) la cognizione sommaria in ordine all'accertamento dell'esistenza del credito; (ii) la sistematica paralisi di una proponibilità immediata delle eccezioni del debitore nei giudizi di accertamento del credito e di condanna all'adempimento promossi dal creditore (salvo una limitatissima cerchia di eccezioni, di pronta soluzione e che riguardino l'esistenza stessa del credito fatto valere); (iii) l'esperibilità immediata delle sole eccezioni con cui si intende far valere l'estinzione del credito per avvenuto adempimento o per compensazione con crediti certi (non controversi) e liquidi; (iv) l'assenza di ogni preclusione, in capo al debitore, nel far valere le proprie difese non in via di eccezione, ma in via di azione in separati giudizi che il debitore ha l'onere di promuovere.

Si tratta, a ben guardare, di disposizione normativa con cui, in continuità con il *jus commune* medievale ([49]), s'è andata strutturando in via normativa, nel solo ambito dei crediti di na-

---

([47]) Si noti, infatti, che la norma si riferisce espressamente ai «Debitori del prezzo di *Mercanzìe*».

([48]) Sulle ragioni di tutela del mercante-venditore, quale creditore del prezzo di compravendita, si veda quanto già riferito, *supra*, nella nota n. 35 del presente paragrafo, ove s'è richiamata la ricostruzione storica offertaci da Francesco Galgano.

([49]) Per la verità con la fine del medioevo e la nascita degli Stati monarchici moderni, settecenteschi e ottocenteschi, s'è registrato un notevole cambiamento, in quanto la classe mercantile, con il consolidarsi di un forte potere centrale nelle mani del sovrano, ha perso quella capacità di direzione politica che aveva nelle società comunali. Ciò tuttavia non ha impedito che la classe mercantile godesse comunque di un'ampia tutela nell'ordinamento giuridico

© Wolters Kluwer Italia

tura commerciale, il *solve et repete* ([50]). Qui l'affermazione *ex lege* – e dunque in via eteronoma – ha portato ad una sua applicazione standardizzata nei rapporti *inter privatos*, senza necessità di una previsione pattizia, rimessa invece all'autonomia privata nei contratti non mercantili.

Il modello legale, infatti, finì per favorire, nella prassi, l'inserimento e la diffusione di clausole limitative della facoltà di proporre eccezioni immediate nei giudizi di adempimento, per

---

degli Stati monarchici, dato che era comunque interesse dell'epoca mantenere l'espansione dei traffici commerciali e, con essi, lo sviluppo economico garantito dalla classe mercantile. In questo senso s'è potuto registrare una certa continuità, nel passaggio tra diritto comunale e quello prodotto dalle monarchie assolute del Settecento e dell'Ottocento, con riguardo alle norme di favore per i mercanti.

A tal riguardo si vedano, ancora una volta, le preziose pagine Francesco Galgano, che così ricostruisce – con riguardo al *jus mercatorum* – la transizione dalla società comunale allo Stato moderno: «Alla fine del Medioevo la scena politica è dominata dagli Stati monarchici, a grande base territoriale, nazionale o regionale. La borghesia ha perso, con la scomparsa delle sovranità comunali, ogni forza di direzione politica, della quale intraprenderà poi un lento e contrastato ricupero all'intero delle istituzioni monarchiche (...) La classe mercantile cessa di essere artefice del proprio diritto; il diritto commerciale subisce una duplice trasformazione: non è più diritto di classe, ma diritto dello Stato; non è più diritto universale, ma diritto nazionale. Le sue fonti sono le leggi dello Stato, operanti entro confini nazionali, mutevoli da Stato a Stato; la giurisdizione commerciale passa (...) dalle antiche magistrature mercantili, interne alla corporazione, ai tribunali dello Stato (...). Alla perdita di potere politico della classe mercantile non corrisponde, tuttavia, una diminuzione del ritmo di accumulazione del capitale commerciale. Questo tende, anzi, ad intensificarsi a misura che (...) l'accentramento monarchico raggiunge le forme estreme dello Stato assoluto. La politica assolutistica ha nella espansione dei traffici una delle principali basi di appoggio (...). La classe mercantile non dirige più lo sviluppo economico, lo dirigono, all'insegna delle dottrine mercantilistiche, le monarchie assolute; ma nella misura in cui la politica mercantilistica degli Stati sollecita il massimo sviluppo dei traffici, il successo di quella politica è anche la fortuna della classe mercantile» (GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 77 e 78).

La transizione allo Stato assoluto dei monarchi non ha portato dunque ad una diminuzione di tutela della classe mercantile, che continuava ad essere oggetto di disposizioni normative di favore, in ragione della politica di sviluppo dei traffici commerciali, funzionale agli interessi della nuova organizzazione statale.

([50]) Anche il *solve et repete* ha funzione di tutela del venditore-creditore del prezzo di compravendita e, dunque, la sua previsione normativa è da leggersi anch'essa a tutela dei traffici commerciali e, dunque, dello sviluppo economico che i mercanti assicuravano.

© Wolters Kluwer Italia

ottenere pattiziamente – nei rapporti *non mercantili* – quanto la legge già assicurava d'imperio nei rapporti *mercantili* ([51]).

V'è però da riflettere sul novero delle eccezioni immediatamente ammissibili per il debitore nel giudizio promosso contro di lui: oggi, al cospetto dell'art. 1462 c.c., ci si chiede quale sia la reale estensione dei limiti alle eccezioni proponibili, che la giurisprudenza ha esteso sensibilmente al di là della formulazione letterale del dettato normativo ([52]); ieri invece, nella codificazione sabauda di inizio settecento, la politica regia mirava al contenimento di interpretazioni estensive da parte della giurisprudenza, immaginata in funzione meramente applicativa delle disposizioni emanate dal potere sovrano, di cui non poteva essere data alcuna interpretazione se non quella indicata dalla lettera della norma stessa ([53]), sicché il novero delle eccezioni, almeno

---

([51]) Sul diritto mercantile, nella sua evoluzione storica, si rimanda alle preziose pagine di GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., *passim*.

([52]) Sul punto v., *amplius*, cap. 2 del presente volume.

([53]) Le Leggi e Costituzioni sabaude del 1723, così come anche quelle delle successive edizioni (1729 e 1770), mirano – quale precisa scelta di politica del diritto – ad asservire la giurisprudenza al potere del sovrano: questi comprendeva bene che la norma potesse essere oggetto di interpretazione estensiva o finanche "creativa" (sulla creatività della giurisprudenza e sul diritto giurisprudenziale v. ALPA, *Trattato di diritto civile*, I, *Storia, fonti, interpretazione*, cit., p. 298), che portasse ad allontanare l'applicazione della norma dalle intenzioni del legislatore storico e, dunque, dalla volontà del monarca. Sicché la preoccupazione che si riscontra nel predetto *corpus* normativo è stata quella di veder sottrarre formalmente, ai giudici, qualsivoglia facoltà interpretativa sul dettato normativo, riservando ogni potere di interpretazione al sovrano medesimo: con riguardo alle disposizioni dell'ordinamento sabaudo che i giudici sono chiamati a fa valere, l'art. 2 stabiliva, *verbatim*, che «Non potrà verun Senato, Magistrato, o Tribunale, benché Supremo, usar sopra le medesime, per qualunque caso, che occorra, *interpretazione alcuna*, non volendo, che sieno soggette a Limitazione, Dichiarazione, Ampliazione, o Moderazione, che non dipenda da Noi, o da' Nostri Successori». Nell'art. 3 si prevedeva poi che «Si osserveranno esattamente, tanto nel Corso Giudiziario, quanto nella Decisione delle Cause, ed in tutto quello che entro di se *letteralmente* contengono, e non potrà ad esse contravvenirsi sotto qualunque pretesto, nettampoco d'osservare altre disposizioni, sì Nostre che de' Reali Predecessori, non comprese in questa Compilazione, alle quali in questa parte, e per tal'effetto, specialmente, e colla Nostra piena autorità deroghiamo». Ed ancora, all'art. 4: «La Relazione, che si fa agl'Editti de' Nostri Reali Antecessori, acciocché sopravviva nella Memoria de' Posteri la Gloria, che si meritarono, non darà luogo ad alcuno di poter' allegar diversità, o cambiamento di Disposizione fra essi e le presenti Costituzioni, dichiarando, che eglino non possano diversamente intendersi, e che non debbano riguardarsi, se non nella forma, e modo, che nelle presenti prescrivesi». Non si tratta di norme imperfette, giacché, in ipotesi di violazio-

© Wolters Kluwer Italia

nelle intenzioni del monarca, era da considerarsi vincolato a

---

ne, l'art. 7 determinava le conseguenze sul piano giuridico: «Tutte le Sentenze però, che si promulgassero contro le disposizioni delle presenti Costituzioni, per quello, che riguarda la Decisoria delle Cause, saranno *ipso jure* Nulle, e di niun'effetto, e quanto a' Giudici Subalterni, che le avranno profferite, resteranno obbligati a risarcire i danni, e l'interesse delle Parti, oltre le pene, che attese le circostanze de' casi, sembreranno opportune».

L'impostazione ricalca quella che si riscontra nel *Leviathan* di Thomas Hobbes, pubblicato in inglese nel 1651 e in latino nel 1668, là dove si trova scritto che «*there is only one sense of the Law. But if by the Letter, be meant the litteral sense, then the Letter, and the Sentence or intention of the Law, is all one*». Tale "passo" è ripreso da V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1994, p. 5, ove viene così spiegato: «Vale a dire: una legge non può avere che un solo significato valido, quello che è stato espresso nella sua lettera, con la quale da tutt'uno (*is all one*) l'intenzione della legge». Lo stesso Frosini ricorda un altro testo, di valenza "normativa", in cui s'è tentato di applicare il "divieto di interpretazione" (c.d. "interpretazione negativa") da parte di chi sia tenuto ad applicare la regola: il riferimento è alle Regole francescane dettate da San Francesco d'Assisi nel 1221 e nel 1223. A tal riguardo Vittorio Frosini ricorda che «La "regola non bollata", dettata nel 1221 si conclude con le parole: "Io, frate Francesco, fermamente comando e ordino che da queste cose, che sono state scritte in questa vita, nessuno tolga o aggiunga parola, nè i frati abbiano un'atra regola". E il Testamento del 1223 riconferma: "A tutti i miei frati chierici e laici, comando fermamente per obbedienza che non aggiungano spiegazioni alla Regola e a queste parole dicendo: Così si devono intendere; ma come il Signore i ha dato di dire e di scrivere la Regola e queste parole con semplicità e purezza, così semplicemente e senza commento dovete comprendere e santamente osservarle sino alla fine"». A tal riguardo Frosini commenta che l'idea di negare l'interpretazione, anche a motivo della chiarezza della regola, «fu una patetica illusione del legislatore, giacché la chiarezza di un testo non esclude l'operazione ermeneutica, che coinvolge l'interprete nella comprensione del testo stesso, che stabilisce il suo orientamento mentale e morale, che attua la necessaria relazione dialettica fra la conoscenza di alcune parole scritte [nella regola, *n.d.a.*] (...) e l'azione di chi viene indotto da esse ad agire o viene da esse distolto dall'azione (...)» (*Ibidem*, p. 76 s.). Sicché diventano inseparabili, nell'attività interpretativa, i due elemento di cui si compone la norma, ossia la "lettera" e lo "spirito" della legge e «mentre le parole in cui essa fu scritta restano ferme sulla carta, conchiuse e serrate nella letteralità delle sue espressioni, il suo spirito, cioè il significato che viene attribuito alle disposizioni normative di cui essa è composta, sembra animarsi e muoversi in direzioni diverse fra loro, indirizzate verso le altre leggi a cui essa viene collegata» (*Ibidem*, p. 3). Pertanto l'interprete non può fermarsi alla lettera della norma, dovendo comunque ricostruirne il significato in sede di applicazione. Diviene allora «fondamentale (...) la convertibilità della legge nella sua applicazione pratica, che rappresenta l'obiettivo della informazione giuridica quando essa viene formulata e trasmessa: il momento dell'interpretazione rappresenta il rapporto vitale fra la norma di legge e la sua applicazione, vale a dire che la legge e la sua interpretazione sono le due pulsioni entrambe necessarie

© Wolters Kluwer Italia

quelle testualmente indicate nella lettera della disposizione normativa.

In altre "codificazioni" preunitarie non troviamo norme specifiche volte a codificare il *solve et repete*: così, non si rinven-

---

per l'attuazione del diritto, la sistole e la diastole del suo battito cardiaco» (*Ibidem*, p. 113 s.)

Sicché la pretesa sabauda di inibire al giudice l'attività interpretativa (v. art. 2 delle *Costituzioni* sabaude del 1723 e 1729) è un nonsenso logico. Ha però un preciso significato politico, ben messo in evidenza da Paolo Grossi nelle sue opere (v., ad esempio, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 4 s., ove, discorrendo di modernità giuridica con l'acume dello storico del diritto proiettato nelle implicazioni del diritto vivente, l'insigne giurista rimarca come nel Settecento e Ottocento s'è avuto «un tempo storico (...) in cui si si vive e si teorizza un esasperato statalismo. Lo Stato – a differenza di quanto era avvenuto nel millennio medievale (...) – si pone come l'unico produttore del diritto, con il risultato pesante che solo la manifestazione della volontà dello Sato, ossia la legge, ha il crisma della giuridicità; con il risultato altrettanto pesante che il diritto, riducendosi a un complesso di leggi, si incarna in una serie di comandi, che piovono dall'alto sul capo del comune cittadino e che pretendono di essere indiscutibilmente obbediti. Nella modernità, insomma, si ha un vincolo strettissimo, addirittura necessario, fra potere politico e diritto, perché il potere, consapevole della formidabile forza coesiva del cemento giuridico, intende controllarlo completamente. Questo vincolo non può non ripercuotersi anche nelle orditure stesse del diritto, che, leso nella sua autonomia e riflettendo ormai le scelte del potere, ne riflette anche le miserie».

Oggi il ruolo della giurisprudenza è notevolmente rivalutato. Si vedano a tal riguardo le preziose pagine di GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 115 ss., il quale, sul ruolo del giudice, rimarca come ormai questi «non possa più essere, quale lo aveva pensato Montesquieu, la *bouche qui prononce les paroles de la loi*», giacché «l'adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà non può essere rimesso solo ad uno strumento rigido, qual è la legge; richiede anche uno strumento flessibile, qual è la giurisprudenza, idoneo ad evolversi giorno per giorno in sintonia con l'evoluzione della realtà».

La rivalutazione del ruolo del giudice si è però spinta oltre, tanto che la dottrina più accorta annovera ormai la giurisprudenza tra i formanti del diritto e le riconosce il ruolo di "fonte". In tale direzione SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law (Intallment I of II)*, 1991, 39, 1, p. 1 ss. e ID., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law (Intallment II of II)*, 1991, 39, 2, p. 343 ss.; GALGANO, Stare decisis *e no nella giurisprudenza italiana*, cit,, p. 12 ss.; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 115 ss.; VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *Persona e mercato*, 2016, 4, p. 137 ss. e in *Jus civile*, 2017, 1, 21 ss.; ALPA, *Giudici e legislatori*, cit., p. 1 ss.; CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 364 ss.; A. RICCIO, *La giurisprudenza fonte del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2017, 3, p. 857 ss. Si venda altresì, con dei distinguo, la posizione di DE NOVA, *La giurisprudenza fonte del diritto?*, in *Jus civile*, 2016, 5, p. 412 ss.

© Wolters Kluwer Italia

gono nome *ad hoc* nel «Codice civile per gli Stati di S.M. [Sua Maestà, *n.d.a.*] il Re di Sardegna», emanato da Carlo Alberto nel 1837; né all'interno dello Statuto albertino del 1848, per rimanere in casa sabauda; ma neanche nelle altre "codificazioni" preunitarie, quali il Codice civile universale austriaco pel Regno Lombardo-Veneto, 1815, il Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819-1836, il Codice civile di Parma, Piacenza e Guastalla, del 1843, il Codice civile degli Stati Estensi, del 1851.

L'assenza di previsioni normative espressamente indirizzate all'applicazione del *solve et repete* nei rapporti contrattuali *inter privatos*, dunque per via eteronoma, non deve indurre a pensare che il meccanismo del *solve et repete* non trovasse applicazioni all'epoca, essendo invece rimesso all'autonomia delle parti, con riferimento alle quali si poneva il problema dei limiti che dovesse incontrare.

Così, ad esempio, nel citato "Codice civile universale austriaco pel Regno Lombardo-Veneto" del 1815, al § 937, si rinviene una disposizione che dedicata alla «Rinunzia alle eccezioni», nella quale veniva previsto, *verbatim*, che «Se si rinunzia generalmente ed indeterminatamente alle eccezioni contro la validità del contratto, tale rinunzia non produce verun effetto». La norma non è dedicata alla pattuizione del *solve et repete*, ma, nella sua portata di carattere generale, fornisce comunque delle indicazioni utili al nostro discorso. Nelle clausole *solve et repete* non si rinuncia ad alcuna eccezione, ma si pattuisce che le stesse debbano essere procrastinate ad una data successiva al pagamento e, se del caso, le argomentazioni a base delle eccezioni possano essere eventualmente fatte valere in un separato giudizio da promuoversi in via autonoma per la ripetizione di quanto già pagato (o comunque adempiuto). La norma *de qua*, invece, non fa riferimento ad alcuna prestazione da adempiere, ma, trattando del regime delle eccezioni, ne ammette la libera disponibilità fissando però – con riguardo alla «rinunzia» alle eccezioni e non al loro differimento successivamente all'adempimento della prestazione – un limite per l'autonomia privata: quelle concernenti l'invalidità del contratto e, dunque, della fonte stessa delle obbligazioni di cui si pretende l'adempimento, rimangono intangibili.

V'è poi un'altra considerazione da fare e riguarda la collocazione sistematica della norma: l'art. 937 cit. è norma di chiusura del Capitolo XVII, intitolato «Dei Contratti in genere», segue gli articoli dedicati alla rescissione per lesione *ultra dimidium* (§ 935) e al contratto preliminare (§ 936) e precede le di-

© Wolters Kluwer Italia

sposizioni sui singoli contratti. Non è norma di carattere processuale, ma norma di carattere sostanziale, in quanto volta ad assicurare che le disposizioni sull'invalidità del contratto non vengano vanificate dall'autonoma delle parti, come accadrebbe ove non si sottraesse alla disponibilità dei privati la rinuncia a far valere le relative eccezioni. Vero è che si sarebbe potuto giungere alla medesima conclusione in via interpretativa ([54]), ma per la cultura giuridica dell'epoca e per scelte di politica del diritto degli Stati assoluti, si pretende che al giudice sarebbe preclusa l'interpretazione della norma, dovendo invece meramente applicare, in nome del monarca, il diritto che da lui solo promana ([55]). Funzione della norma, dunque, è quella di preservare il regime inderogabile di validità e invalidità del contratto, evitando che possa essere aggirato dalla rinunziabilità a far valere le relative eccezioni. Il limite alla proponibilità delle eccezioni diviene dunque presidio del regime sostanziale del contratto e va qui visto in tale contesto.

Alla luce di tale ricostruzione, attualizzando il discorso sulla natura processuale o sostanziale della norma con cui si vanno a paralizzare le deroghe pattizie al regime delle eccezioni concernenti l'invalidità del contratto, possiamo qui accennare ad uno degli aspetti che ha smosso il dibattito sul regime oggi applicabile alla clausola *solve et repete* ai sensi dell'art. 1462 c.c.: la natura processuale o sostanziale della norma ([56]). Allorché si disponga delle eccezioni, imponendo pattiziamente la loro non proponibilità se non a seguito dell'avvenuto adempimento, come

---

([54]) Non potrebbe qui percorrersi la strada dell'eventuale proponibilità d'ufficio delle eccezioni sull'invalidità del contratto, perché la norma qui considerata – contenuta nel § 937 cit. – mirava proprio a sottrarre tali eccezioni al regime di rinuncia ad opera delle parti, collocandosi dunque a monte rispetto al tema dell'eventuale proponibilità d'ufficio, che la libera disponibilità dell'eccezione precluderebbe a priori.

([55]) V., sul punto, quanto già precisano *infra*, alla nota n. 52.

([56]) Sulla natura processuale o sostanziale dell'art. 1462 c.c. s'è registrato un vivace dibattito dottrinale. Propende per la natura processuale DALMARTELLO, *Solve et repete (patto o clausola del)*, cit., p. 847 ss.; propende invece per l'efficacia sostanziale BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 104. Si tratta di visioni contrapposte che hanno visto la luce in prosecuzione della dialettica dottrinale avanzata sotto il codice previgente. Si veda, a tal riguardo, il par. 2.5 del presente capitolo per il dibattito sorto agli inizi del Novecento, nonché il cap. 2 per il dibattito contemporaneo proseguito in relazione alla formula dell'art. 1462 c.c.

© Wolters Kluwer Italia

avviene nel nostro art. 1462 c.c., si ripresentano in parte problemi analoghi a quelli dianzi esaminati con riguardo al citato § 937: ora come allora le eccezioni sulla invalidità del contratto rimangono indisponibili per preservare il contratto medesimo nella sua essenza, garantendo l'intangibilità del suo regime giuridico nei tratti che il legislatore ha ritenuto fondamentali. Il connotato sostanziale della norma è palese in entrambi i casi.

La disposizione di cui al citato § 937 denota comunque la preoccupazione del legislatore di porre un argine alle previsioni pattizie aventi ad oggetto deroghe al regime di accezioni proponibili dalle parti del contratto, invocabili dal debitore per paralizzare la pretesa creditoria avente fonte nell'atto di autonomia privata: è segnale evidente della diffusione di clausole che, replicando il modello legale già visto a garanzia delle classi mercantili sin dal *jus commune* di origine medievale, intendevano inserire nel singolo rapporto contrattuale quanto – a beneficio del venditore-creditore del prezzo – veniva in precedenza stabilito, in maniera standardizzata (*ex lege*) per tutti i rapporti contrattuali *inter privatos*: il *solve et repete*.

La diffusione di tali clausole, mutuate dal *jus commune* a tutela delle esigenze mercantili ha poi portato ad interrogarsi su quali siano i limiti all'autonomia privata, stimolando, prima dell'avvento del codice civile del 1942, pronunce giurisprudenziali volte a stabilire un più equo bilanciamento tra le esigenze creditorie, cristallizzate nelle clausole *solve et repete*, e quelle del debitore, esposto ad un significativo squilibrio "normativo" di origine pattizia, nei rapporti *inter partes*. Gli orientamenti giurisprudenziali, maturati sotto la vigenza del codice civile del Regno d'Italia del 1865, portarono poi all'attuale formulazione dell'art. 1462 all'interno del codice civile del 1942, in tema di «*Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni*», che nel titolo evoca una portata di carattere generale (simile, per intenderci, a quella del § 937 del Codice civile universale austriaco pel Regno Lombardo-Veneto di inizio ottocento), ma che nei contenuti restringe l'ambito di normazione all'applicazione al *solve et repete* ([57]).

Sul fronte dell'eteronomia si riscontrano ancora, negli ordinamenti preunitari, norme volte ad applicare il *solve et repete* in

([57]) Cfr., sul punto, quanto si dirà, *amplius*, nel cap. 2 del presente volume.

© Wolters Kluwer Italia

materia fiscale e tributaria, analogamente a quanto già riscontrabile negli Statuti comunali e, successivamente, nelle norme dettate a seguito del processo di unificazione nazionale nel Regno d'Italia: il pagamento però non è imposto quale condizione di proponibilità dell'opposizione, *tout court* ([58]), ma quale condizione di proponibilità della richiesta di sospensione dell'esecuzione. Così nel «Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili» dello Stato Pontificio, emanato da Papa Gregorio XVI il 10 novembre 1934, ove testualmente, con riferimento alla «mano regia», nel prevedere la facoltà di «opposizione» (art. 1667: «È permesso ai debitori di fare opposizione alla mano regia») veniva stabilito, all'art. 1669, che «Apparterà al tribunale il sospendere, inibire, annullare o revocare la mano regia: fintantochè la sospensione, la inibizione, l'annullamento o la revoca non sarà ordinata, la mano regia potrà eseguirsi liberamente non ostante la opposizione». Ancora, al successivo art. 1670 veniva dapprima previsto che «Il tribunale non potrà mai ordinare la sospensione o la inibizione prima di proferire il giudizio definitivo, quando trattasi di dazi fiscali o comunitativi: qualunque controversia che potesse insorgere sulla quota del dazio o gabella, sarà decisa amministrativamente, e trattata in devolutivo innanzi l'autorità competente a forma della legge (...)», ma, subito dopo, nel medesimo articolo si chiariva che «Negli altri casi [il tribunale, *n.d.a.*] potrà sospendere la esecuzione, quando il debitore opponente produca una prova scritta da cui risulti il pagamento (...)».

2.3. (segue) *ed in quella postunitaria*

Il processo di unificazione nazionale che s'è avuto nel 1861 ha portato all'esigenza di garantire norme uniformemente applicabili in tutto il neonato Regno d'Italia ([59]). Di lì a pochi anni

---

([58]) Come invece stabiliva l'art. 6 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, fino alla declaratoria di incostituzionalità in riferimento alle norme degli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione, avutasi con C. cost., sent. 24-31 marzo 1961 n. 21, di cui si dirà più ampiamente nel prosieguo.

([59]) Cfr. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 96, il quale annota come il processo di unità nazionale dovesse essere accompagnato, nelle intenzioni sabaude, da un programma culturale di identità nazionale che tuttavia non riuscì a decollare; di qui l'illusione che bastasse co-

© Wolters Kluwer Italia

s'è assistito all'emanazione del codice civile (1865), di quello commerciale (1865 e 1882) e delle disposizioni volte a garantire l'unificazione amministrativa nel Regno d'Italia in tema di sicurezza e sanità pubblica, in tema di amministrazione comunale e provinciale, nonché in tema di processo amministrativo e istituzione del Consiglio di Stato (l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, B, C, D ed E), precedute dall'estensione, a tutto il Regno, dell'«organizzazione delle corti propria dello Stato piemontese, varata con la l. 13.11.1859, n. 3781» ([60]).

Il codice civile del Regno d'Italia venne approntato sotto l'influenza del *Code civil* francese del 1804, tradotto nella nostra lingua nel 1806, il quale già aveva fatto ingresso nei territori degli Stati preunitari, nel periodo della loro annessione alla Francia o per ragioni dinastiche o politiche ([61]). Lo stesso dicasi per il

---

munque un'unità legislativa a creare quella coesione sociale che all'epoca mancava: «Il programma unitario passa anche per la costruzione culturale della identità nazionale italiana, che dovrebbe servire a cementale popolazioni diverse per storia e per tradizioni. Ma si tratta di un progetto che non riesce appieno, perché si fonda su connotati di tipo romantico, su un'adesione volontaria, che presuppone uno *status* sociale e una predisposizione culturale all'epoca del tutto elitari. Gli indizi di nazionalità che, con diverse prospettive, Giuseppe Mazzini, Bertrando Spaventa, Giuseppe Pisanelli identificano con "razza", territorio, sovranità, lingua – a cui oggi potremmo aggiungere la religione, mentre allora le religioni diverse dalla cattolica erano solo "tollerate" – risultano subito insufficienti, perché non vi è corrispondenza tra idealità e realtà, non vi è diffusa consapevolezza da parte della popolazione: in altri termini, non vi è una "coscienza nazionale". Di qui l'idea (o forse l'ingenua credenza) di realizzare una unità più profonda attraverso l'unità legislativa, la realizzazione della coesione culturale e sociale con il ricorso alle norme che valgono per tutti i nuovi cittadini. Ed ecco perché nella scelta tra le diverse opportunità che si aprono, da un codice nuovo, al codice sabaudo o al mantenimento delle discipline previgenti, quest'ultima opportunità cade subito, mentre appare casuale l'opzione tra un codice nuovo e il Codice sabaudo, perché ciò che importa è intervenire nel più breve tempo possibile, per realizzare un "unico diritto che elida le diversità culturali e sociali"».

([60]) Cfr. Cfr. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 96,

([61]) Si veda, ancora una volta, la preziosa ricostruzione storica di ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 82: «La storia italiana del Codice napoleonico è complessa. Il *Code* entra in vigore nei territori annessi alla Francia; per il Piemonte, la cui annessione data dall'11 settembre 1802, il Codice viene pubblicato il 29 marzo 1804; a Genova è pubblicato qualche mese dopo l'annessione, il 4 luglio 1805; a Parla il 23 settembre 1805; negli Stati della Chiesa, annessi il 17 febbraio 1809, entra in vigore il 14 gennaio 1812. Entra in vigore nei territori del Regno d'Italia e nei territori dei piccoli Stati creati da Napoleone per ragioni dinastiche o politiche: in Lombardia il 16 gennaio 1806, a Venezia il 30 marzo 1806, a Lucca e Piombino il 21 apri-

© Wolters Kluwer Italia

codice di commercio del Regno d'Italia del 1865 e poi del 1882, elaborato sotto l'influenza del *Code de commerce* francese del 1807 ([62]). Alla redazione dei codici francesi, usati a modello per i codici italiani, contribuirono notevolmente anche insigni giuristi italiani del tempo, che trovarono collocazione negli apparati governativi d'oltralpe con la conquisa napoleonica delle province italiane ([63]).

Prendendo in esame, in tema di *solve et repete*, la codificazione avutasi nel Regno d'Italia a ridosso dell'unificazione nazionale, v'è da rilevare che nel codice civile del 1865 mancano disposizioni *ad hoc* in materia ([64]). L'assenza si spiega in quanto la *sedes materiae* ove regolare il *solve* nei rapporti tra privati non era il codice civile, ma quello commerciale ([65]). Le ragioni di tale collocazione sono facilmente rinvenibili: il *solve et repete* viene lasciato all'*autonomia* delle parti nei rapporti "civili", non rilevanti sotto il profilo degli scambi commerciali, mentre, là dove l'esigenza era quella di tutelare le prassi commerciali, il *solve et repete* assume rilevanza nelle politiche del diritto promosse dal legislatore a favore del ceto dei mercanti e continua ad essere

---

le 1806, a Guastalla il 12 agosto 1806, nel modenese il 30 gennaio 1806, nelle Marche e nelle delegazioni il 2 aprile 1808, in Toscana il 1° maggio 1808, prima come conseguenza dell'annessione alla Francia, e poi come fonte giuridica del Regno di Etruria; finalmente nel Regno di Napoli, il 16 dicembre 1809. Restano fuori dalla estensione la Sardegna, ove si è rifugiato il re piemontese, e la Sicilia (...)».

([62]) Per una ragionata analisi dei citati codici francesi e italiani, civili e commerciali, inquadrati nel loro contesto storico, si rinvia alle pagine di ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 45-105.

([63]) Così ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 97 s.

([64]) Significativamente BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 102, parla a tal riguardo di «*silenzio*» del codice del 1865, per rimarcare l'assenza di disposizioni in tema di *solve et repete*. Sulla clausola limitativa della facoltà di porre eccezioni da parte del debitore, di fronte alla richiesta creditoria di adempimento, s'è comunque espressa una significativa giurisprudenza, accompagnata da un vivace dibattito dottrinale, dei quali si darà conto in prosieguo di discorso, nel presente capitolo.

([65]) Sulla necessità di indagare anche il diritto commerciale per ricostruire la storia del diritto civile, in quanto il primo «costituisce l'altra costola del diritto privato», v. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 54, il quale rimarca come le distinzioni tra le due branche del diritto, soprattutto nella seconda metà dell'Ottocento, non fossero poi così nette, come del resto dimostra l'avvenuta unificazione, nel codice civile del 1942, delle materie prima disciplinate dal codice civile e dal codice di commercio ottocenteschi.

© Wolters Kluwer Italia

imposto per via *eteronoma*, a vantaggio dello sviluppo dei traffici, là dove maggiore è la sua incidenza ([66]).

Così, nel codice di commercio del Regno d'Italia del 1865 troviamo l'applicazione del *solve et repete* alla "lettera di cambio". *Ivi*, ai sensi dell'art. 234, viene stabilito che «Non sono ammesse contro il possessore d'una lettera di cambio le eccezioni che riguardano la persona de' suoi cedenti.

Le *eccezioni* personali al possessore *non possono ritardare il pagamento* della lettera di cambio, *se non sono liquide o di pronta soluzione*; *ove siano di più lunga indagine, la discussione ne è rimandata in prosecuzione del giudizio, e intanto non viene ritardata la condanna al pagamento, con cauzione o senza secondo il prudente criterio del giudice*».

Disposizioni significative, in tale direzione, si possono rinvenire anche nel codice di commercio del 1882 in materia di pagamento della cambiale (art. 324) e dell'assegno bancario (art. 341) ([67]), nonché agli artt. 21 e 65 del r.d. 14 dicembre 1933 n. 1669, recante «Modificazioni alle norme sulla cambiale e

---

([66]) A tal proposito, richiamando anche il pensiero di Jacues Savary, Francesco Galgano rimarca bene perché la politica perseguita negli Stati assoluti abbia voluto sostenere, a livello normativo, le esigenze del ceto mercantile: «La politica assolutistica ha nella espansione dei traffici una delle principali pasi di appoggio: "i re traggono grande utilità dal commercio (...) sia per i diritti che i mercanti pagano loro quanto entrano nel regno e ne escono, sia perché tutto il danaro contante si raccoglie nelle mani dei banchieri e dei mercanti, che dispongono di somme immense delle quali i re hanno bisogno per le loro grandi imprese". Persino gli strumenti del commercio, come la *lettera di cambio*, sono utili ai re: "per suo mezzo in guerra essi trovano ovunque danaro per i loro eserciti"» (GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 78).

([67]) Nel codice di commercio del 1882 la previsione per via eteronoma del *solve et repete* può essere ravvisata, segnatamente, nell'art. 324 in tema di pagamento della cambiale: «Nei giudizi cambiarii, ancorché promossi mediante citazione, il debitore non può opporre che le eccezioni riguardanti la forma del titolo o la mancanza delle condizioni necessarie all'esercizio dell'azione, e le eccezioni personali a colui che la esercita.

Tuttavia queste eccezioni personali non possono ritardare l'esecuzione o la condanna al pagamento, se non sono liquide o di pronta soluzione e in ogni caso fondate su prova scritta. Ove siano di più lunga indagine, la discussione ne è rimandata in prosecuzione del giudizio, e intanto ha luogo la esecuzione o la condanna al pagamento, con cauzione o senza, secondo l'apprezzamento del giudice».

Lo stesso regime è applicabile anche all'assegno bancario, per via del rinvio normativo contenuto nell'art. 341 del medesimo codice, ai sensi del quale «Sono applicabili all'assegno bancario tutte le disposizioni che riguardano (...) la scadenza ed il pagamento della cambiale (...)».

© Wolters Kluwer Italia

sul vaglia cambiario», ove il riferimento è proprio alle norme già contenute nel codice di commercio del 1882 ([68]).

Il r.d. n. 1669 del 1933 (legge cambiaria), com'è noto, è tuttora norma vigente del nostro ordinamento giuridico. Al suo art. 65 si prevede che «Nei giudizi cambiari, tanto di cognizione quanto di opposizione al precetto il debitore può opporre soltanto le *eccezioni* di nullità della cambiale a termini dell'art. 2 e quelle non vietate dall'art. 21» ([69]) – ossia le eccezioni di *nullità* e quelle volte a far valere il *dolo* del creditore – precisando altresì che «Se le eccezioni siano di lunga indagine, il giudice, su istanza del creditore, deve emettere sentenza provvisoria di condanna, con cauzione o senza» (comma 2). Pertanto, ove le eccezioni ammissibili non siano di pronta soluzione, il pagamento è comunque dovuto in via provvisoria e non paralizzano l'emanazione di una sentenza di condanna al pagamento, che resta dovuto prima della disamina delle eccezioni: la condanna infatti è provvisoria e pertanto, in caso di accoglimento delle eccezioni, può aversi una riforma a seguito della loro valutazione, una volta espletata la «lunga indagine».

Ed ancora, al comma 3 – per temperare i rischi a carico del debitore derivanti dal *solve et repete* eteronomamente previsto ai commi precedenti – si stabilisce che il giudice «Può anche concedere su richiesta del debitore, quando concorrano gravi ragioni, la sospensione della esecuzione, imponendo, se lo ritenga opportuno, idonea cauzione». Le gravi ragioni, la facoltà di sospensione dell'esecuzione da parte del giudice e la cauzione richiamano – *mutatis mutandis* – il tenore dell'art. 1462, comma 2, c.c., con cui s'è voluto temperare il rigore del *solve et repete* di fonte pattizia.

Si arriva qui ad un punto d'approdo del nostro discorso.

([68]) L'art. 1 della legge cambiaria del 1933 così recita: «Alle disposizioni contenute nel codice di commercio concernenti la cambiale sono sostituite le norme sulla cambiale e sul vaglia cambiario allegate al presente decreto e firmate d'ordine Nostro dal Ministro Guardasigilli.

Restano abrogate le disposizioni di leggi speciali concernenti la materia regolata dalle anzidette norme».

([69]) L'art. 2 cit. si riferisce all'assenza dei *requisiti essenziali* della cambiale, mentre l'art. 21 cit. dispone che «La persona contro la quale sia promossa azione cambiaria non può opporre al portatore le eccezioni fondate sui rapporti suoi personali col traente o con i portatori precedenti a meno che il portatore, acquistando la cambiale, abbia agito scientemente a danno del debitore».

© Wolters Kluwer Italia

L'indagine finora condotta ha messo in luce come le norme di favore del *jus mercaturum*, formatesi prima negli statuti comunali – e in generale nel *jus commune* – e poi permeate nelle codificazioni settecentesche e ottocentesche e nelle leggi speciali postunitarie, hanno portato, nell'ordinamento vigente:

(i) a legittimare le clausole del *solve et repete*, travasandosi nel terreno dell'autonomia privata quanto già previsto eteronomamente nelle norme di protezione della classe mercantile e di incentivazione dei traffici commerciali;

(ii) alla strutturazione dei limiti all'autonomia privata nelle clausole *solve et repete*: i "limiti" già previsti per il *solve et repete* di fonte legale vengono ad assumere il connotato di limiti all'autonomia privata;

(iii) a cristallizzare forme di temperamento del *solve et repete* affidate all'intervento del giudice, che acquista in tal modo – e mantiene ed accresce poi nel tempo – margini di intervento nella definizione degli equilibri privastistici delineati *inter partes* nel rapporto contrattuale: nel *solve et repete* eteronomamente determinato, il ruolo del giudice era quello di mitigare le conseguenze pregiudizievoli per il debitore derivanti dalla rigida applicazione della fonte normativa (statuti comunali, codice del commercio e legge cambiaria); oggi invece, essendosi mantenuto un analogo potere di intervento del giudice di fronte al *solve et repete* di fonte pattizia, facente ingresso nel rapporto tra privati in forza dell'esercizio dell'autonomia privata (art. 1462, comma 2), le funzioni del giudice mutano significato: divengono strumento di equilibrio del rapporto contrattuale, là dove v'è il rischio di pregiudizio del contraente debole e, dunque, strumento di "giustizia contrattuale", con conseguente erosione dell'autonomia privata (temi che attengono alle "prospettive attuali" del diritto contrattuale) ([70]);

(iv) a mantenere margini di operatività di un *solve et repete* privatistico eteronomamente determinato: così, ancora oggi, nell'art. 65 della legge cambiaria sopra considerata e, in materia di contratto di compravendita, nell'art. 1528 c.c., rubricato «Paga-

---

([70]) Sui temi del "contratto giusto", del "controllo giudiziale del contratto" e della "giustizia contrattuale", su cui si tornerà nell'ultimo capitolo del presente volume, v. *inter alios*, ALPA, *Il contratto in generale. Principi e problemi*, Miano, 2014, p. 321 ss., p. 333 ss. e p. 336 ss. (pagine che trovano collocazione nel capitolo significativamente intitolato «*Prospettive attuali*»).

© Wolters Kluwer Italia

mento del prezzo», ove – dopo aver previsto che «salvo patto o usi contrari, il pagamento del prezzo e degli accessori deve eseguirsi nel momento e nel luogo in cui avviene la consegna dei documenti indicati dall'articolo precedente», ossia il titolo rappresentativo della merce e gli altri documenti stabiliti dal contratto o, in mancanza, dagli usi – si stabilisce che «quando i documenti sono regolari, il compratore non può rifiutare il pagamento del prezzo adducendo eccezioni relative alla qualità e allo stato delle cose, a meno che queste risultino già dimostrate» ([71]). Analogamente, laddove il pagamento a mezzo documenti avvenga a mezzo banca, l'art. 1530 c.c. prevede un'ulteriore ipotesi di *solve et repete* di fonte eteronoma: infatti, «Quando il pagamento del prezzo deve avvenire a mezzo di una banca, il venditore non può rivolgersi al compratore se non dopo il rifiuto opposto

---

([71]) Come rimarcato anche da A.M. BENDETTI, *Le autodifese contrattuali (artt. 1460-1462)*, in *Comm.c.c. Schlesinger*, Milano, 2011, p. 119, «nella disciplina della vendita su documenti di rinviene l'unico caso di *solve et repete* legalmente tipico», ove tuttavia l'*unicità* è da intendersi con riguardo alla materia contrattuale: altro caso di *solve et repete* in ambito privatistico (oltre a quello previsto dall'art. 1530, comma 2, c.c. là dove il pagamento contro documenti avvenga a mezzo banca) può rinvenirsi – come già precisato – nell'art. 65 della l. cambiaria. L'A. cit., proprio con riguardo all'art. 1528, comma 2, c.c., ricorda che «il legislatore, contando sulla regolarità dei documenti presentati, consente il rinvio dell'esame di tute le eccezioni legate a vizi o difetti qualitativi e quantitativi della cosa oggetto della compravendita, ammettendo implicitamente l'immediata proposizione delle eccezioni diverse (legate, ad esempio, alla validità del contratto di compravendita)» (*ibidem*, p. 119). La formula della norma consente, dunque, la proponibilità delle eccezioni, anche sulla quantità e sulla qualità delle cose, purché risultino «dimostrate», ossia di "pronta soluzione", come quelle basate su prove documentali e non contestate. In questo senso v. ancora C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta,* Torino, 1972, p. 420, così come cit. da A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali (artt. 1460-1462 c.c.)*, cit., p. 119, nota n. 15, per il quale «l'art. 1528 c.c. impedisce al compratore di sollevare eccezioni indimostrate, mentre gli consente di opporre quelle che, qualunque sia la loro natura, siano fondate su prove certe».

Invero, va ricordato che la dottrina di inizio novecento – dunque ben prima dell'introduzione dell'art. 1528 c.c. nel codice civile del 1942 – aveva avuto modo di rimarcare come le clausole "pagamento contro documenti", diffuse nei contratti, avessero l'effetto di introdurre pattiziamente il *solve et repete* nei confronti del compratore: così, ad es., LOMBROSO, *Il valore della clausola pagamento contro documenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, II, p. 2 ss., ma v. anche le riflessioni di SALANITRA, in *Foro Lombardia*, 1931, p. 289 ss., e di GRECO, in *Annuario di diritto comparato*, vol. VIII, I, p. 284, così come cit., nei riferimenti contenuti nella nota redazionale a Cass. 7 maggio 1931, in *Riv. dir. comm.*, 1935, 2, p. 19 ss.

© Wolters Kluwer Italia

dalla banca stessa e constatato all'atto della presentazione dei documenti nelle forme stabilite dagli usi» (comma 1); tuttavia, «La banca che ha confermato il credito al venditore può opporgli solo le eccezioni derivanti dall'incompletezza o irregolarità dei documenti e quelle relative al rapporto di conferma del credito» (comma 2).

L'autonomia contrattuale, di fronte alla previsione normativa del *solve et repete* così tipizzato, può però intervenire ugualmente, trattandosi di disposizioni da considerarsi derogabili ad opera delle parti ([72]).

Le disposizioni con cui sono state previste ipotesi legalmente tipiche del *solve et repete* nei rapporti contrattuali e, in generale, in ambito privatistico (v. anche art. 65 della l. cambiaria), assolvono alla funzione di rendere spedita la circolazione dei traffici commerciali e, più in generale, della circolazione mobiliare ([73]).

Altra ipotesi legale di *solve et repete* s'è avuta, nelle disposizioni postunitarie rimaste vigenti nel nostro ordinamento, con le disposizioni in materia fiscale e tributaria, tra le quali particolarmente significativa è quella di cui all'art. 6 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, più volte citata, dichiarata poi incostituzionale con la sentenza della C. cost. n. 21 del 1961. In continuità con quanto previsto anche nel *jus commune* ed al fine di garantire un'agevole riscossione, l'art. 6 cit. stabiliva che «Sono escluse dalla competenza delle Autorità giudiziarie le questioni relative all'estimo catastale ed al riparto di quota e tutte le altre sulle imposte dirette sino a che non abbia avuto luogo la pubblicazione dei ruoli (...)», precisandosi altresì che «(...) In ogni controversia d'imposte gli atti di opposizione per essere ammissibili in giudizio dovranno accompagnarsi dal certificato di pagamento dell'imposta, eccetto il caso che si tratti di domanda di sup-

---

([72]) La derogabilità è stata espressamente rimarcata nei confronti dell'art. 1528, comma 1, c.c. da LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, vol. I, *Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p. 85. La derogabilità delle diposizioni codicistiche in materia può comunque essere invocata anche con riguardo alle previsioni di cui all'art. 1528, comma 2, e all'art. 1530, comma 2, c.c.

([73]) In questo senso v. CALVO, *Contratti e mercato*, Torino, 2011, p. 49, che, con riguardo all'art. 1528, comma 2, c.c., mette in evidenza come l'interesse protetto sia proprio quello alla «sicurezza e alla celerità della circolazione mobiliare»; adesivamente v. anche A.M. BENDETTI, *op. ult. cit.*, p. 119.

© Wolters Kluwer Italia

plemento (...)». Siamo qui di fronte ad ipotesi peculiare di *solve et repete* fissato per via eteronoma, espunto però dall'ordinamento giuridico grazie all'intervento della Corte costituzionale, che con sentenza del 24-31 marzo 1961 n. 21 ha dichiarato «la illegittimità costituzionale della norma contenuta nel secondo comma dell'art. 6 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, in riferimento alle norme degli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione» e successivamente, con sentenza 1-8 luglio 1969 n. 125, ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma primo, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, e dell'art. 22, comma quarto, del decreto legge 7 agosto 1936, n. 1639, convertito nella legge 7 giugno 1937, n. 1016, limitatamente alle parti in cui condizionano l'esercizio dell'azione del contribuente dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria alla pubblicazione del ruolo e all'iscrizione a ruolo dell'imposta» ([74]).

Altre norme che fissavano l'obbligo di *solve et repete* in materia fiscale e tributaria hanno avuto le medesime sorti, soccombendo al cospetto del vaglio di costituzionalità ([75]).

([74]) Va tenuto presente che la norma cit. ha inizialmente resistito agli "assalti" tesi a far valere la sua incostituzionalità: nel senso della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, v. Cass., sez. un., 25 gennaio 1957 (ord. n. 61), 26 giugno 1957 (sent. n. 2482), in *Foro it.*, Mass., col. 96, 497; nonché Cass., sez. un., 3 dicembre 1957, n. 4551, in *Foro it.*, 1958, c. 27, con riguardo all'art. 113 Cost.: «Il precetto del *solve et repete* non è incompatibile con l'art. 113 della Costituzione». Quanto all'incostituzionalità del *solve et repete* in ambito fiscale e tributario v., oltre alla nota che segue relativa agli indirizzi giurisprudenziali, anche la ricostruzione, in dottrina, effettuata da MICHELI, *Opere minori di diritto tributario*, vol. I, *Il processo tributario*, Milano, 1982, *passim*.

([75]) Si pensi, ad esempio, all'art. 60, comma 2, r.d.l. 19 ottobre 1938 n. 1933 (riforma delle leggi sul lotto pubblico), dichiarata incostituzionale per contrasto con gli artt. 3, 24 e 113 Cost., da C. cost., sent. 24 febbraio 1995 n. 55, per la quale tale norma è illegittima «(...) nella parte in cui prevede l'inammissibilità del ricorso all'autorità giudiziaria contro la liquidazione della tassa per i concorsi e le operazioni a premio che non sia stato preceduto dal pagamento della tassa stessa», in *Foro it.*, 1994, 4, c. 1104 ss., ove, in nota, vengono ricordate altre norme poste al vaglio della Corte costituzionale. Dopo il richiamo di C. cost., sent. n. 21 del 1961, in *Foro it.*, 1961, I, c. 561, la nota rimarca che «(...) del medesimo principio hanno fatto applicazione Corte cost. 22 dicembre 1969, n. 157, id., 1970, I, 386, e 1884, con nota di E. SIMONETTO, che ha dichiarato l'illegittimità degli art. 117 e 118 r.d. 30 dicembre 1923 n. 3269, nella parte in cui stabilivano che i funzionari delle cancellerie giudiziarie non potessero rilasciare copie o estratti di sentenze non registrate ed i giudici emettere sentenze, decreti o altri provvedimenti sulla base di tali copie ed estratti, anche quando si contestasse la legittimità dell'imposta di titolo, accertata in base alle sentenze stesse; 10 giugno 1969, n. 100,

© Wolters Kluwer Italia

Benché non riguardino specificamente l'ambito privatistico, le vicende che hanno portato alla declaratoria di incostituzionalità del *solve et repete* in ambito fiscale e tributario – in particolare quelle relativa all'art. 6 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E – hanno avuto una forte eco anche sul versante civilistico, in quanto ha influenzato i tentativi – rivelatisi infruttuosi – volti a dichiarare l'incostituzionalità delle previsioni in tema di *solve et repete* pattizio, cristallizzate nell'art. 1462 c.c. ([76]). Se ne terrà conto in prosieguo di discorso.

---

id., 1969, I, 2016, con nota di richiami, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 14, 2° comma, d.l. 24 novembre 1954 n. 1069, convertito nella 1. 10 dicembre 1954 n. 1159, la Consulta torna a dichiarare l'incostituzionalità di norme di legge che subordinavano l'esercizio del diritto del contribuente ad agire in giudizio al previo pagamento del tributo contestato». Nella medesima nota si avverte però dell'evoluzione degli indirizzi giurisprudenziali, che impongono diversi distinguo. Così si trova ivi precisato: «Più di recente, alla categoria del *solve et repete* una certa giurisprudenza ha inteso far riferimento nel proporre questioni di incostituzionalità di norme *lato sensu* "vessatorie" e/o limitative del diritto del contribuente ad agire in giudizio contro le pretese fiscali: tentativi questi tutti respinti dalla Corte costituzionale: v. in proposito Corte cost., ord. 4 novembre 1987, n. 371, id., 1988, I, 1756 e 25 maggio 1985, n. 176, id., Re. 1985, ove Valore aggiunto (imposta sul), n. 181, che hanno escluso l'incostituzionalità dell'art. 60 d.p.r. 26 ottobre 1972 n. 633, che, nel disporre il pagamento graduale dell'imposta accertata nel corso del procedimento giurisdizionale, non pone alcuna condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, ma costituisce espressione del principio della normale esecutorietà dei provvedimenti amministrativi (in termini in parte analoghi, v., con riferimento agli art. 56 e 58 l. 7 gennaio 1929 n. 4, sent. 23 marzo 1970, n. 44, id., 1970, I, 1015; sempre sull'art. 60 d.p.r. 633/72 e sulla infondatezza della questione di costituzionalità per pretesa reintroduzione del *solve et repete*, v. Comm. trib. Centrale 6 novembre 1991, n 7388, id., Rep. 1992, voce *Tributi in genere*, n. 1078); Corte cost. 3 dicembre 1984, n. 268, id., 1985, I, 362, per la quale nessuna analogia è riscontrabile tra l'assoggettamento all'imposta di bollo degli atti che si formano nei procedimenti giurisdizionali e la regola del *solve et repete*, "in quanto mentre il primo costituisce un onere patrimoniale di carattere generale – che non ha alcun rapporto con l'oggetto della controversia – imposto alla generalità dei soggetti quando questi vogliano agire in sede giurisdizionale, la seconda rappresentava invece un onere particolare imposto a chi agisse in giudizio contro il fisco per negare una propria obbligazione tributaria e (...) era strettamente connessa con l'oggetto della lite; 28 aprile 1970, n. 61, 1970, I, 1554, che ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità delle disposizioni che precludono all'agente di cambio l'azione in giudizio nei confronti dei suoi debitori in mancanza della prova del soddisfacimento delle tasse e delle ammende dovute sui contratti di borsa; da ultimo, v. Corte cost. 24 giugno 1994, n. 263, id., 1994, I, 2312, che ha escluso che la disciplina normativa in tema di determinazione dei nuovi estimi catastali potesse integrare una ipotesi riconducibile allo schema del *solve et repete*».

([76]) Sulle questioni di incostituzionalità del *solve et repete* pattizio si rin-

© Wolters Kluwer Italia

2.4. *L'affermazione del* solve et repete *in via pattizia e la prima giurisprudenza sulla validità della clausola e sugli ulteriori limiti all'autonomia privata*

Come s'è già avuto modo di rimarcare, l'affermazione del *solve et repete* per via eteronoma, nel diritto pubblico e in quello privato, ha portato all'introduzione di clausole "*solve et repete*" anche nei rapporti contrattuali, sulla cui conformità all'ordinamento s'è pronunciata la giurisprudenza postunitaria e quella successiva, fino alla definitiva accettazione della clausola nel codice civile del 1942, che all'art. 1462 c.c. ne ammette l'operatività.

Il trasferimento del modello legale nel modello pattizio è documentato anche dalle sentenze più risalenti in materia di clausola *solve et repete*, tra cui quella della Corte di Cassazione di Roma del 17 dicembre 1880, per la quale «Non è iniquo né illecito il patto stipulato in un contratto di locazione che le rate di fitto si debbano pagare alla loro scadenza non ostante *qualunque* ragione od eccezione potesse allegare in contrario il conduttore» ([77]).

Nella citata massima si vede come l'applicazione della clausola non solo venga considerata pienamente *lecita* dalla giurisprudenza della Suprema Corte e non censurabile sotto il profilo dell'*equità*, il cui vaglio fa ingresso nel giudizio, ma addirittura, nel valutare i confini di applicazione del patto *solve et repete*, è stato ritenuto ch'esso possa differire qualsivoglia eccezione, senza limitazione alcuna e, dunque, anche qualora – come nel caso di specie – fosse impedito al conduttore l'uso della cosa locata, per perimento della medesima.

La sentenza è andata incontro a critiche da parte della dottrina dell'epoca, proprio con riguardo alla necessità di ravvisare limiti all'autonomia privata nella previsione per via pattizia del *solve et repete* nei rapporti contrattuali ([78]). Differendo al paragrafo successivo le critiche ricevute, qui preme osservare quali siano state le argomentazioni addotte dal giudicante a sostegno del *decisum*. Nella richiamata sentenza si legge «Che inutilmen-

---

via a quanto si dirà nel capitolo secondo, nonché alla giurisprudenza ed alla dottrina ivi richiamata.

([77]) Cfr. Cass., 17 dicembre 1880, in *Foro it.*, 1881, I, c. 193, con nota di GABBA, su cui v. anche par. 2.5.1.

([78]) Cfr. la nota a Cass. 17 dicembre 1880 cit., a firma di GABBA, in *Foro it.*, 1881, I, c. 193 s. (su cui, *amplius*, v. par. seguente).

© Wolters Kluwer Italia

te pure si attacca d'invalidità e d'iniquità l'art. 13 del contratto di affitto [contenente la clausola *solve et repete*, *n.d.a.*]; imperoché esso non tolga alcun diritto al convenuto (...) né l'uso di qualsiasi eccezione, ma soltanto voglia che le pigioni sieno pagate alle pattuite scadenze, senza poterle differire per qualsivoglia pretesto e ragione, riservando per altro al convenuto conduttore il libero esperimento di ogni sua ragione in separato giudizio. Chi possiede molti stabili da affitto, può bene sentirne la convenienza e la necessità al fine di potere contare alle debite scadenze sopra una data rendita, senza che colorati e studiati pretesti valgano a ritardarne la esazione».

La pronuncia si muove ben lontana dal concetto di giustizia contrattuale – che anima invece l'attuale scena giuridica –, sostenendo le ragioni della proprietà nobiliare (e, in particolare, di chi «possiede molti stabili» ed ha il titolo di «duca», come si legge in altro passo della sentenza citata), presumendo la pretestuosità delle eccezioni del conduttore, osservato con sfavore dalle argomentazioni della Corte.

Nel giudizio fanno ingresso istanze che invocano un vaglio sulla meritevolezza e sulla validità della clausola, prontamente respinte dal Supremo Collegio attraverso tre passaggi argomentativi. Il primo, già visto *supra*, attiene al mancato pregiudizio delle ragioni del conduttore a sfavore del quale opera il patto *solve et repete*: a questi sono sì precluse le eccezioni nel giudizio in cui viene azionato il credito, ma – precisa la Corte – non gli è preclusa la possibilità di far valere le proprie ragioni separatamente, in altro giudizio che ha l'onere di azionare. In tal modo il creditore può trovare soddisfazione nella puntualità del pagamento, al fine di ottenere, dai "molti immobili" che possiede, una rendita consona a soddisfare le proprie esigenze economiche. Il secondo ed il terzo passaggio interpretativo riguardano invece il ricorso ai modelli *ex lege*, rispettivamente in epoca storica (quelli della *summaria cognitio* romana) e in epoca moderna, con riguardo al *solve et repete* in materia fiscale e tributaria, fissato nell'art. 6 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E (esaminato nei paragrafi che precedono).

Proprio a tal riguardo le motivazioni della sentenza del 17 dicembre 1880 così proseguono, sul punto: «Nella cessata procedura degli stati romani la distinzione tra giudizi ordinari e sommari rilevava particolarmente da questo, che negli ultimi non si potevano ventilare eccezioni torbide e di alta indagine. Il patto 13, che ora si sta disaminando, era animato dal medesi-

© Wolters Kluwer Italia

mo spirito, per cui non apparisce, che cosa d'iniquo e d'immorale vi si abbia a ravvisare. È una specie di *solve et repete*, che pelle pubbliche amministrazioni è stato accordato dalle leggi: e che nella specie presente fu pattuito dalle parti (...)». Il travaso del modello legale di *solve et repete* nel modello pattizio è evidente.

Anche l'ulteriore giurisprudenza dell'epoca esprime un orientamento decisamente favorevole sulla validità del patto *solve et repete*, prevalentemente in materia di locazione e di vendita ([79]). Così anche la Corte di Appello di Milano nella sentenza del 25 gennaio 1924, per la quale «È valido il patto del *solve et repete* apposto ad un contratto di locazione per il fitto dovuto al locatore». Nel corpo di tale sentenza viene riportata testualmente la clausola in questione, innestata in una clausola che ravvisa nel mancato pagamento un'ipotesi di risoluzione espressa del contratto: «In caso di pagamento ritardato, anche solo in parte, oltre le precise scadenze, il locatore avrà diritto alla risoluzione del contratto, per colpa del conduttore. I pagamenti non potranno esser ritardati per qualsiasi titolo e causa, dovendosi tali domande proporre in separata sede».

La sentenza della Corte di Appello rimarca che «Non si può contestare la validità del *solve et repete*: è lecito invero alle parti regolare in anticipazione lo svolgimento e l'ordine di trattazione delle eventuali controversie» ed a sostegno di tale assunto ricorda che «la legge ammette la rinuncia preventiva alla eccezione di compensazione (art. 1289 n. 4 cod. civ. [del 1856, *n.d.a.*]) e

---

([79]) Cfr., ad esempio, App. Milano, 15 dicembre 1911, in *Temi Lombarda*, 1912, 67, e in *Foro it.*, Rep. 1912, ove *Obbligazioni*, n. 79; App. Milano, 12 luglio 1912, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, 976 e in *Foro it.*, Rep. 1912, voce *Vendita*, n. 72; Cass. Torino 11 febbraio 1913, in *Foro it.*, Rep. 1914, voce *Obbligazioni*, n. 40 e Cass. Torino 30 maggio 1913, *id*., Rep. 1913, voce cit., n. 47; App. Milano, 12 luglio 1918, *id*. Rep. 1918, voce cit., n. 30; Trib. Milano, 12 dicembre 1918, in *Foro it.*, Rep. 1919 voce *Locazione*, n. 7.

Non sono mancati tuttavia orientamenti, rimasti minoritari, volti a negare validità alla clausola *solve et repete*, tra cui Cass. Torino, 4 maggio 1875, in *Giur. Torinese*, 1875, 315; Cass. Torino, 28 febbraio 1877, in *Giur. Torinese*, 1877, 390; App. Genova, 22 dicembre 1916, in *Riv. dir. comm.,* 1917, I, 455 e in *Foro it*., Rep. 1917, voce *Vendita*, n. 84; Trib. Pisa, 19 maggio 1929, in *Foro it.*, 1930, I, 629 ss., con nota di CARAVELLI, *La clausola "*solve et repete*" nel dritto privato* (v. *amplius*, quanto si riferirà *infra*, a chiusura del presente paragrafo, sulla sentenza in questione e nel successivo par. 2.5.3 del presente capitolo, quanto alla nota a sentenza, resa dal medesimo giudice che ha avuto il ruolo di estensore).

© Wolters Kluwer Italia

l'obbligo implicito per una parte di proporre in via di azione quel credito, non più deducibile per la rinuncia in via di eccezione; la legge inoltre riconosce al venditore il diritto di pretendere l'adempimento malgrado la contestabilità del suo credito, pel prezzo, ove siasi convenuto che il compratore pagherà nonostante qualunque molestia (art. 151 cod. civ.); del pari è sempre consentito dare ad obbligazioni pecuniarie forma cambiaria e attribuire ad esse l'indifferibile esecutorietà, malgrado le contrarie impugnazioni (art. 324 cod. di commercio)». Insomma, considerazioni di carattere sistematico, inclusa la previsione eteronoma del *solve et repete* in materia cambiaria – sopra analizzata – portano a confermare, in sede giurisprudenziale, la validità della clausola, dunque nessun ostacolo viene ravvisato qualora l'obbligo di *solve et repete* sia espresso dall'autonomia privata e non dal legislatore.

Rimane il problema del limite all'autonomia privata. La sentenza è di particolare interesse perché affronta le eccezioni che coinvolgono direttamente l'elemento causale (qui intesa come "causa" dell'obbligazione, più che come "causa" del contratto) e l'orientamento che ne emerge è quello di dare massima estensione al *solve et repete* pattiziamente introdotto nel contratto. La citata sentenza, sul punto, così si esprime: «Né si dica che con ciò si riconoscerebbe la validità di obbligazioni senza causa o di obbligazioni per le quali la causa sarebbe venuta a mancare (art. 1119 cod. civ. [del 1865, *n.d.a.*]); non si elimina la causa (supposto che *causa* nei contratti bilaterali significhi *corrispettivo*), solo perché il giudizio più completo intorno ad essa, sì da coinvolgere il corrispettivo, venga rinviato in prosecuzione o in separata sede; come possono le parti assegnare scadenze diverse alle rispettive obbligazioni, così pure in ordine alle azioni, che sono atteggiamenti delle obbligazioni, possono convenire non la contemporaneità, ma la successione nel riconoscimento e soddisfacimento giudiziali, né la causa contrattuale vien compromessa per ragione d'un fatto processuale di anticipato e posticipato giudizio, giacché la ordinaria procedura non interdice alle parti di tener separate liti connesse (art. 187 cod. proc. civ.) e inoltre permette loro di enunciare riserve su domande pure connesse, che intendessero proporre in prosieguo o in sede separata. Quindi il patto, per cui una domanda principale debba essere riconosciuta preliminarmente sulla domanda riconvenzionale non contrasta alla legge materiale, in quanto l'autonomia della volontà delle parti deve consentire la varia distribuzione del

© Wolters Kluwer Italia

maggiore o minor rigore delle rispettive obbligazioni; non alla legge processuale, in quanto l'eccezione di connessità non elevabile d'ufficio rientra nella disponibilità delle parti (...)» ([80]).

Quanto alle connessioni tra patto *solve et repete* e risoluzione del contratto *ipso jure* "per colpa" del debitore, stante la particolare formulazione della clausola, la sentenza richiede che la risoluzione non possa operare ove non sia stata accertata la sussistenza della colpa medesima ([81]). La Corte propende quindi per la prevalenza del patto *solve et repete*, senza che sia di ostacolo la contemporanea pattuizione in ordine alla risoluzione del contratto. Così infatti proseguono le motivazioni della sentenza, sul punto: «Se quindi in forza della citata clausola del *solve et repete* può sin d'ora giustificarsi la provvisoria condanna del conduttore all'adempimento e ciò anche in pendenza del giudizio sulle eccezioni o riconvenzioni, a torto però si invocherebbero le restanti clausole del patto per dare efficacia risolutiva del contratto al ritardo sinora avveratosi». Nel caso di specie la "colpa" del debitore è stata esclusa, come si legge ancora nella restante parte della sentenza, considerando che le eccezioni del debitore – pur non potendo paralizzare la pretesa creditoria – avrebbero potuto avere un fondamento oggettivo o comunque risultare sostenute in buona fede dal debitore inadempiente ([82]).

([80]) Dopo aver affermato tale principio, la Corte di Appello di Milano, nella richiamata sentenza del 1924 qui in esame, si premura comunque di evidenziare, con riguardo alla fattispecie concreta, che «Ad ogni modo qualsiasi obbiezione sulla vulnerata causa si rivela, nel caso, infondata in quanto l'obbligazione della locatrice ebbe sostanziale adempimento e la doglianza del conduttore avrebbe riferimento non al tutto ma a parte soltanto di essa, tale da considerarsi, almeno quantitativamente, secondaria e accessoria».

([81]) Una delle massime della sentenza qui esaminata così riassume in punto di diritto tale aspetto: «Anche nel caso di condizione risolutiva espressa per ritardato pagamento del fitto apposta ad un contratto di locazione, il magistrato non deve senz'altro dichiarare verificata la condizione per il constatato fatto materiale del non avvenuto pagamento nel termine stabilito, ma deve invece indagare e accertare se tale omissione sia volontaria o colposa, ovvero dovuta a circostanze fortuite e indipendenti dalla volontà del conduttore, e comunque se l'inadempimento sia tale da giustificare la risoluzione secondo l'intenzione dei contraenti e la buona fede contrattuale».

([82]) La sentenza citata così argomenta: «Né quindi credesi qualificare come affetto da colpa e quale causa di risoluzione quel ritardo che risultasse determinato da eccezione oggettivamente fondata, o quanto meno sostenuta in buona fede dal debitore: *qui sine dolo ad iudicium provocat, non videtur moram facere* (L. 63, Dig. L. 17); il contegno delle parti nello stadio contenzioso del rapporto deve per necessità ispirarsi a reciproca diffidenza, inquantoché

© Wolters Kluwer Italia

Oltre al contratto di locazione, il patto *solve et repete* ha trovato applicazione anche nel contratto di compravendita, come si evince dalla giurisprudenza degli anni successivi. Degne di attenzione sono la sentenza della Corte di Appello di Venezia del 10 giugno 1927, che ha affermato la validità del patto, poi confermata dalla Corte di Cassazione del Regno, sez. I civ., 7 maggio 1928, resa celebre dall'autorevole commento di Tullio Ascarelli ([83]), la quale lapidariamente così proclama, in massima: «Il patto del *solve et repete* stabilito a favore del venditore in un contratto di compravendita è pienamente valido».

La pronuncia si sofferma in particolare sulla doglianza, rivolta alla sentenza di gravame, della mancata disamina dell'eccezione *inadimpleti contractus*, che, ad avviso del ricorrente, si sarebbe comunque dovuta analizzare nonostante la previsione pattizia del *solve et repete*, da ritenersi nulla. La Cassazione ribadisce tuttavia che «La nullità della clausola non è sancita dalla legge, né si desume dal suo sistema, che è anzi informato al principio dell'autonomia della volontà delle parti. Come non è invalido il patto dell'anticipazione del prezzo, pur potendo accadere che mai la prestazione sia eseguita, a un di presso per le stesse ragioni non è illecito l'obbligo di dare il corrispettivo, prima che sia accertato un inadempimento che si eccepisca. Il patto mira a prevenire contestazioni capricciose, e non elide, ma rimanda il

---

ciascuna di esse ha giusto motivo di sospettare che con l'offrire la prestazione, ovvero con ricevere la controprestazione venga a pregiudicare la propria pretesa; né versa veramente in colpa colui che aspetta di uniformare al pronunziato del giudice la propria condotta, dubbioso e perplesso com'è sul vero contenuto della norma contrattuale, turbata e paralizzata dal litigio; il ritardo concesso a tale condizione soggettiva del litigante non sovverte oggettivamente ed essenzialmente la obbligazione così da non poter poi riprendere il suo corso; l'impulso della propria difesa, la errata valutazione delle ragioni reciproche, l'occasione al ritardo apprestata dal fatto ascritto all'avversario, tolgono quasi il carattere di volontarietà all'infrazione e ne attenuano notevolmente la importanza, così da non potersi considerare come prodotta da colpa; colpa beninteso apprezzabile e non lievissima, secondo il suo comune e legale significato (art. 1224 cod. civ.) e non quindi tale da determinare la preoccupazione del locatore e la conseguente grave sanzione della risoluzione. Tali considerazioni debbono benissimo valere finché non conti, come purtroppo si dovrebbe ammettere in base alle prove dedotte, che le contestazioni o la resistenza nel giudizio da parte del conduttore fossero preordinante all'intento di protrarre l'adempimento o di procacciarsi nel contempo una scusa, ragione per cui, allo stato d'istruttoria, salvo il diritto del locatore all'immediato pagamento, nessun saldo elemento può dirsi acquisito per pronunziare la risoluzione».

([83]) Per la posizione di Tullio Ascarelli si rinvia, *amplius*, al par. seguente del presente capitolo, dedicato agli orientamenti dottrinali.

© Wolters Kluwer Italia

regolamento dei contrasti secondo giustizia. Si paga in un dato momento sotto riserva di ripetizione, ove l'inadempienza sia effettivamente dimostrata. In tutti i negozi può essere stabilito l'ordine degli adempimenti. Chi deve per primo non può sottrarvisi» ([84]).

Non si tratta dunque, secondo la Corte, di mera rinuncia alla facoltà di proporre eccezioni: le ragioni possono essere svolte nel giudizio in separato momento, dopo la soddisfazione delle ragioni creditorie. La clausola finisce, al contrario, per regolare la scansione temporale sia dell'adempimento a cui le parti sono contrattualmente tenute, sia delle contestazioni che possono essere proposte, senza che alcuna rinuncia possa investirle.

Né l'operatività della clausola travolge gli elementi essenziali del contratto o elude le norme in materia di validità del contratto a presidio di questi ultimi, come pure s'è sostenuto altrove: secondo la Corte, nella citata sentenza, «Non è vero che si violano così gli *essentialia negotii* e che si ammetta la rinuncia preventiva ai mezzi di protezione connessi dalla legge. In definitiva i requisiti del diritto vengono riconosciuti, né si abdica ad eccezioni fondamentali, le quali ben possono essere sollevate, sebbene la risoluzione segua in un secondo tempo» ([85]).

Le argomentazioni sul *solve et repete* in ambito privatistico si chiudono poi, nel ragionamento della Corte di Cassazione, ricordando che «Il principio, ammesso costantemente dalle leggi fiscali, sia pure per altre concorrenti ragioni, dimostra però che esso non ripugna al diritto comune obbligatorio» ([86]), segno evidente, ancora una volta, del travaso del *solve et repete* dal piano dell'eteronomia a quello dell'autonomia privata, anche se, più che nelle disposizioni di carattere fiscale, il modello di riferimento può essere rinvenuto – come già evidenziato nelle superiori pagine – nel diritto mercantile.

Altre pronunce dell'epoca mostrano invece di voler ridimensionare l'autonomia privata nelle clausole *solve et repete*, ritenendo sì valida la pattuizione, ma comunque soggetta a limiti, che iniziano ad essere più attentamente indagati, anche grazie alle sollecitazioni della dottrina.

Chiarissima, in tal senso, è la sentenza della Corte di Appel-

---

([84]) Cass. del Regno, sez. I, 7 maggio 1928, in *Foro it.*, 1929, I, c. 293 ss.
([85]) *Ibidem*, c. 295 s.
([86]) *Ibidem*, c. 296.

© Wolters Kluwer Italia

lo di Milano del 6 giugno 1930 ([87]), che mostra di essere sensibile ai richiami dottrinali e, in particolare, alla posizione critica di Tullio Ascarelli espressa a commento della sentenza di Cass. 7 maggio 1928, riportata poc'anzi ([88]). La Corte meneghina ha precisato che «È valida la clausola *solve et repete* nei contratti bilaterali tra privati» e che «Tale clausola deve pertanto avere piena applicazione, ma non è opponibile in caso di inadempimento grave ed assoluto da parte del contrante a favore del quale venne stipulata».

Sulla pretesa invalidità della clausola per contrarietà alla legge la Corte rimarca – e siamo nel 1930 – che si tratta di «clausola ormai divenuta di stile nelle compravendite commerciali di qualche importanza e in talli contratti di locazione, perché l'abuso che si suol fare della eccezione *inadimplenti non est adimplendum* rende necessario ai venditori e ai locatori, se vogliono ottenere sollecitamente e senza troppi litigi il corrispettivo delle loro prestazioni, di premunirsi con un patto rigoroso contro quei compratori e quei conduttori che cercano qualsiasi appiglio o anche qualsiasi pretesto per sottrarsi all'obbligo di pagamento o per ritardarlo o per dare meno del pattuito» ([89]).

Tuttavia la Corte, pur a fronte della evidenziata validità del patto, sottolinea che «Non sussiste che la clausola liberi il contraente, a vantaggio del quale è stabilita, da qualsiasi responsabilità in caso di inadempimento; né che lo spinga perciò a un comportamento doloso o gravemente colposo dandogli la possibilità di ottenere la controprestazione anche quando non abbia adempiuto la sua prestazione, né faccia persino mancare la causa nel contratto bilaterale» ([90]), qui intesa con riguardo alla corrispettività tra le prestazioni.

Si tratta di una sentenza particolarmente significativa, perché, andando oltre il formalismo giuspositivistico dell'epoca, fa leva sui canoni dell'interpretazione e sul concetto di equità per inserire elementi di giustizia contrattuale, attraverso categorie che oggi potremmo individuare – più che nella clausola ge-

---

([87]) App. Milano, 6 giugno 1930, in *Foro it.*, 1930, I, c. 1303 ss.

([88]) Cass. del Regno, sez. I, 7 maggio 1928, in *Foro it.*, 1929, I, c. 290 ss., con nota di ASCARELLI, sulle cui posizioni si rinvia, ancora una volta, al par. seguente del presente capitolo.

([89]) App. Milano, 6 giugno 1930, in *Foro it.*, 1930, I, c. 1304.

([90]) *Ibidem*, c. 1304.

© Wolters Kluwer Italia

nerale di buona fede – nell'abuso del diritto ([91]) e nel criterio di ragionevolezza ([92]).

Riferendosi ovviamente al codice civile del 1865, la sentenza qui in parola argomenta affermando che «Trattasi di un patto contrattuale, il quale è soggetto, come tutte le private convenzioni, alle regole stabilite negli art. 12 delle preleggi, 1119 e 1124 cod. civ. e che va interpretato secondo quelle degli art. 1131 e seguenti cod. civile. Posto ciò, esso non può produrre quegli effetti antigiuridici che la Società appellante pretende; perché trova nella pratica applicazione quei *ragionevoli limiti* che sono posti dall'ordinamento giuridico dei contratti bilaterali, dall'*equità* e dalla *interpretazione secondo la comune intenzione dei contraenti*» ([93]). Sicché, a tal riguardo, la Corte aggiunge che «La validità del patto *ne dolus praestetur* è certamente tra i principi generali di diritto che regolano le private convenzione; e la giurisprudenza ne fa costante applicazione, negando validità, qualora una particolare ragione non le giustifichi alle clausole d'irresponsabilità che si sogliono inserire, in taluni contratti. Ma la clausola *solve et repete* non esonera da responsabilità il contraente a vantaggio del quale è stabilita» ([94]).

Ed ancora, «Obbligando un contraente a pagare sotto riserva di ripetizione, essa non implica affatto la rinuncia preventiva ai mezzi di protezione concessi dalla legge contro gl'inadempimento dell'altro contraente; ma stabilisce soltanto un ordine temporale per gli adempimenti: il pagamento del prezzo dovrà precedere l'eventuale risarcimento o la restituzione che avrebbe-

---

([91]) Il tema è ampiamente trattato in letteratura. *Ex multis* si veda *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di Pagliantini, Torino, 2010; RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 2, 341 ss.; LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Torino, 2011; ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Contratto e impresa*, 2015, 2, p. 245 ss.; *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, a cura di D'Amico e Pagliantini, 2ª ed., Torino, 2015; *L'abuso del diritto*, a cura di Visintini, Napoli, 2016.

([92]) Su cui v. S. TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005; A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

([93]) App. Milano, 6 giugno 1930, in *Foro it.*, 1930, I, c. 1304 (il corsivo è di chi scrive).

([94]) *Ibidem*, c. 1304.

© Wolters Kluwer Italia

ro dovuti dal contraente a cui vantaggio la clausola è stabilita ov'egli si rendesse inadempiente. Di regola la clausola non fa mancare alcuno degli *elementi essenziali* del negozio bilaterale ed è perfettamente compatibile con l'ordinamento giuridico; essa rientra perciò nella disponibilità dei contraenti per il principio della libertà contrattuale nella sfera del giuridicamente lecito» ([95]).

Ciò non significa, tuttavia, che il vaglio in ordine alla possibile illiceità della clausola *solve et repete* sia precluso al giudice, nel caso concreto: «Ché se in qualche caso particolare essa fosse congegnata in modo da nascondere un patto *ne dolus praestetur*, allora legittimamente la si riterrebbe invalida» ([96]).

Il discorso sulla giustizia contrattuale fa ora il suo ingresso nelle motivazioni della sentenza qui in esame, là dove la Corte «Riconosce (...) che, presupponendo la clausola di cui trattasi il pagamento posticipato all'adempimento della prestazione da parte del contraente a vantaggio del quale essa è stabilita, e non dovendo perciò essere confusa col patto di pagamento anticipato, non sarebbe *equo* il costringere al pagamento il contraente debitore del prezzo quando gli manca del tutto la prestazione dovutagli dall'altro contraente o questi sia incorso in un inadempimento grave: non sarebbe *equo*, per esempio, applicare il patto *solve et repete* all'inquilino se il locatore abbia mancato di consegnargli la casa o di mantenerla in istato da servire all'uso» ([97]).

Ed ecco allora che l'interpretazione della clausola secondo la comune intenzione dei contraenti va comunque coordinata con quelle che richiamano il principio di equità, che richiedono il prudente apprezzamento del giudice: è dunque da escludersi che la clausola «possa essere interpretata in modo così eccessivo e unilaterale, e che possa essere tirata alle inique conseguenze che alla polemica giudiziale fa talvolta comodo mettere innanzi dimenticando che tra le norme che regolano gli effetti dei contratti, vi sono pure quelle stabilite dall'art. 1124 cod. civ., che richiamano l'*equità*» ([98]).

La disposizione del codice civile del 1865 da ultimo richia-

([95]) *Ibidem*, c. 1304 (il corsivo è di chi scrive).
([96]) *Ibidem*, c. 1304.
([97]) *Ibidem*, c. 1305.
([98]) *Ibidem*, c. 1305.

© Wolters Kluwer Italia

mata prevedeva, testualmente, che «I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano». Si tratta di norme che hanno equivalenti nelle disposizioni del codice civile del 1942, come l'art. 1175 c.c. in tema di esecuzione delle obbligazioni secondo correttezza, l'art. 1375 c.c., ai sensi del quale «Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede» e, ancora, l'art. 1374 c.c., in tema di integrazione del contratto, per il quale «Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità» ([99]).

Così, sulla scorta di valutazioni equitative, il giudice inizia ad operare dei distinguo, sulla base della «distinzione, troppe volte trascurata, tra l'eccezione *inadimpleti contractus* e quella *non rite adimpleti contractus*; delle quali la prima è opponibile nel caso d'inadempimento, assoluto o grave; la seconda quanto pur essendo stata adempiuta la prestazione principale, vi sia stata tuttavia qualche inesattezza nei particolari o nelle modalità dell'adempimento o nel termine, salvo che questo sia essenziale» ([100]). Sicché, prosegue la sentenza in esame, «della eccezione *non adimpleti contractus* è frequente l'*abuso* da parte dei contraenti che tentano di sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni più importanti appigliandosi agli adempimenti accessori dell'altro contraente; ma la giurisprudenza più autorevole ha più volte ammonito (cfr. per es. Cass. 18 giugno-28 luglio 1928, in *Foro it.,* 1928, I, 817) che l'inadempimento di un contraente verso l'altro contraente che fu inadempiente per il primo soltanto allora è giustificato quando si tratta di inadempimenti di pari

---

([99]) Sull'integrazione del contratto e, in particolare, sul principio di equità, si vedano le insuperabili pagine di RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, 2ª ed., Milano, 2004, *passim*, che riprende ed amplia la felice edizione del 1969; ma anche, in materia, GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, 2ª ed., Napoli, 2019, che riprende l'edizione del 1970; le tesi ivi esposte confermano quanto pare evincersi già dalla giurisprudenza qui richiamata, che pare anticipare di gran lunga gli interventi registratisi più diffusamente a partire dagli anni '90, sulla base delle riflessioni della dottrina. Sul ruolo dell'equità si veda anche CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, p. 358 ss., nonché GALGANO, *L'equità degli arbitri*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 2, p. 409 ss.; ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, 2, I, p. 611 ss.

([100]) App. Milano, 6 giugno 1930, in *Foro it.*, I, c. 1305.

© Wolters Kluwer Italia

gravità nell'economia del contratto» ([101]). Sicché l'«*exceptio non adimpleti contractus etiam in minimis* non è, salvo patto espresso ammissibile nell'ordinamento giudico attuale che vuole i contratti eseguiti di buona fede e secondo equità: per gli inadempimenti secondari di chi ha adempiuto nel suo complesso la prestazione principale si avrà diritto all'adempimento specifico e al risarcimento del danno, se del caso, ma è un eccesso il rifiutare la controprestazione principale» ([102]).

Così, sulla scorta di tale distinzione, relativa alla diversa rilevanza che le eccezioni hanno sul fronte della buona fede e dell'equità, recuperato in via di interpretazione il senso della clausola *solve et repete* al di là dal rigorismo che ne sarebbe dovuto discendere da un'interpretazione meramente letterale del patto, ma appellandosi alla comune intenzione dei contraenti adeguata ai predetti canoni di buona fede nell'esecuzione del contratto e alle conseguenze sul piano equitativo, la sentenza continua il suo lucido argomentare ribadendo che «non sussiste ch'essa [la clausola *solve et repete*, *n.d.a.*], renda improponibile la *exceptio inadimpleti contractus* quando è opposta a proposito, cioè in caso di inadempimento assoluto o grave; essa rende improcedibile soltanto la eccezione *non rite adimpleti contractus* o quella *non adimpleti etiam in minimis*, di cui pure vorrebbero profittare quei contraenti che avendo ricevuto la propria pretesa principale sono poi riluttanti al pagamento; e comunque fa salva ogni azione a pagamento effettuato» ([103]). Sicché, conclude sul punto la Corte meneghina, la clausola è sì da ritenersi valida, ma nei limiti che si sono qui percorsi, nel segno della buona fede e dell'equità, volta ad evitare abusi del patto *solve et repete* da parte del creditore. Siamo indubbiamente sul piano della giustizia contrattuale, facendo applicazione delle clausole generali e dei principi generali, usati per limitare l'autonomia privata ed indirizzarla verso un risultato dal giudice ritenuto "equo" ([104]).

([101]) *Ibidem*, c. 1305.

([102]) *Ibidem*, c. 1305.

([103]) *Ibidem*, c. 1305.

([104]) Nel caso di specie, la Corte ha avuto modo di osservare come la società debitrice del prezzo previsto nel contratto di compravendita, a svantaggio della quale avrebbe dovuto operare la clausola *solve et repete*, ha comunque ricevuto, seppur in ritardo, l'impianto che ha inteso acquistare e, nonostante abbia contestato presunti difetti di funzionamento e di rendimento, s'è astenuta dal chiedere la risoluzione del contratto, preferendo dunque mantenere in piedi

© Wolters Kluwer Italia

Quanto agli aspetti processuali, la pronuncia in esame chiarisce anche che la clausola *solve et repete* non può nemmeno portare ad una sentenza contenente disposizioni condizionate all'avvenuto pagamento: conformemente alla normale operatività della clausola, infatti, sono da ritenersi «improcedibili le eccezioni o le domande riconvenzionali apposte dal debitore, fin a quando egli non abbia effettuato il pagamento. Non potrebbe infatti il giudice pronunciarsi sulle eccezioni e sulle domande medesime, subordinando la esecuzione delle proprie disposizioni alla condizione che il pagamento venga effettuato, perché è logicamente e giuridicamente incompatibile il subordinare l'efficacia della sentenza all'avveramento futuro ed incerto di un fatto posto in condizione. Poiché l'esecuzione del pagamento potrebbe far luogo a contestazioni, l'efficacia della sentenza dipenderebbe dalla risoluzione di esse, e questa eventualità ripugna alla natura della sentenza, la quale decide soltanto le concrete questioni proposte fondandosi sui fatti e sui rapporti giuridici ceri e non può far dipendere i propri effetti da avvenimenti futuri o dalla risoluzione di questioni eventuali» ([105]).

I percorsi argomentativi di tale sentenza di merito, che paiono precorrere i tempi, anche sulla scorta degli impulsi dottrinali, non sono stati tuttavia accolti con immediatezza dalla giurisprudenza di legittimità, che sembra assestarsi su posizioni più rigide. In questo senso si veda, ad esempio, Cass. 20 luglio 1930, che ammette la validità della clausola senza alcuna restrizione per l'autonomia privata: «È valida la clausola contrattuale con cui rimanga vietato al compratore di esercitare comunque azioni o eccezioni fondate sull'inadempienza del venditore, fino a quando egli non abbia pagato il prezzo. Ammessa la validità della clausola, non può giustificarsene alcuna limitazione, nemme-

---

il contratto e pretendere il solo risarcimento dei danni subiti tanto dal ritardo nella consegna, quanto dall'imperfetto funzionamento rilevato, sicché, nella fattispecie concreta, la prestazione principale era stata ricevuta ed accettata e ciò, anche a fronte della clausola *solve et repete* validamente inserita nel contratto, non poteva portare al mancato pagamento del prezzo di compravendita, pagato solamente per una somma pari a circa tre decimi del totale, nonostante fossero ampiamente scaduti i termini pattiziamente indicati dalle parti per effettuare i pagamento. Le contestazioni sull'esatto adempimento e sulla validità della clausola *solve et repete*, non potevano dunque portare, nel caso di specie, ad un ulteriore ritardo nel pagamento del prezzo dovuto, ferma restando la proponibilità delle eccezioni una volta eseguito il pagamento medesimo. Si veda, *amplius*, il testo della sentenza più volte citato (*Ibidem*, c. 1305 e 1306).

([105]) *Ibidem*, c. 1306.

© Wolters Kluwer Italia

no in rapporto alla gravità delle inadempienze in cui sia incorso il venditore, salvo la dimostrazione di una diversa volontà delle parti» ([106]). Si veda altresì Cass. del Regno, sez. II, 7 luglio 1933, che, nell'esprimersi per la validità della clausola *solve et repete* ai contratti, rimarca che la sua «efficacia consiste in ciò che il debitore non può proporre azioni di risoluzione o opporre eccezioni, derivanti dall'inadempimento dell'altra parte, prima dell'integrale pagamento del prezzo» ([107]). Non reggono, qui, considerazioni relative all'importanza ed alla gravità dell'inadempimento di chi intende avvalersi della clausola, tant'è che, per la sentenza ora in parola, neanche la richiesta di risoluzione del contratto per inadempimento grave della venditrice – creditrice del prezzo di compravendita – può essere esaminata dal giudice ove le parti abbiano convenuto di introdurre pattiziamente l'obbligo di *solve et repete*. Viene accordata una peculiare valenza all'autonomia delle parti, senza necessità di ravvisare interpretativamente limiti – che le parti non hanno voluto – all'operatività della clausola, considerando che le ragioni del debitore non sono oggetto di rinuncia, ma possono essere fatte valere, per volontà dei contraenti, successivamente al pagamento. Il Supremo Collegio, a tal riguardo, rimarca che in forza della clausola *solve et repete*, della cui validità la Corte non dubita, la parte che ne è gravata «non può far valere le azioni ed eccezioni dipendente da eventuale inadempienza dell'altra parte, se essa non è in regola coi pagamenti, la cui sospensione pertanto non verrà giustificata da quelle inadempienze. I contraenti possono senza dubbio limitare la portata di tale clausola ad un determinato ordine di contestazioni, ciò che poi offrirebbe un facile mezzo per sfuggire praticamente agli effetti cui la clausola è diretta, ma nella specie, qualsiasi limitazione è stata esclusa dalla interpretazione data insindacabilmente dalla sentenza alla clausola, essendo questa concepita nei termini più ampi e di maggior vigore» ([108]).

Quanto alle specifiche argomentazioni relative al rapporto

([106]) Cass., 28 luglio 1930, in *Riv. dir. comm.*, 1931, 2, p. 142, con nota di GRECO, *La clausola "*solve et repete*": ragioni e limiti della sua efficacia* (sul cui commento v., nel presente capitolo, quanto illustrato al par. 2.5.4 del presente capitolo).

([107]) Cass. del Regno, sez. II, 7 luglio 1933, in *Foro it.,* 1934, I, c. 242 ss.

([108]) *Ibidem*, c. 243.

© Wolters Kluwer Italia

tra patto *solve et repete* e risoluzione per grave inadempimento della parte beneficiata da tale patto, la Cassazione argomenta evidenziando che non si sarebbe «alcun ostacolo di ordine logico o giuridico all'applicabilità di una tale clausola, all'azione di risoluzione per inadempienza, essendo evidente che la subordinazione dell'esercizio di siffatta azione alla regolare esecuzione dei pagamento da parte dell'attore, non sopprime il diritto di costui alla risoluzione del contratto ed alla conseguente restituzione di quanto avrà dovuto intanto pagare per la pattuita insospendibilità dei pagamenti a suo carico» ([109]).

Altra pronuncia allarga l'operatività della clausola *solve et repete* alla chiamata in garanzia della società di assicurazione, qualora il terzo danneggiato promuova l'azione di risarcimento dei danni nei confronti del danneggiante, onerato dalla predetta clausola nei rapporti contrattuali con l'assicuratore. Il caso è stato esaminato da Cass. del Regno, sez. II, 23 maggio 1934 ([110]) ed è il primo in materia di assicurazione civile, non rinvenendosi precedenti. Emerge, nella fattispecie, l'esistenza di una clausola, all'interno della polizza, «che commina la decadenza del beneficio dell'assicurazione nel caso in cui, instauratosi dal terzo danneggiato azione di risarcimento nei confronti di chi provvide

---

([109]) *Ibidem*, c. 243 s. La Suprema Corte afferma altresì che non è di ostacolo all'applicazione del *solve et repete* pattizio neanche la circostanza che si tratti di vendita a rate e che queste non fossero ancora tutte scadute. Secondo il debitore, infatti, la decadenza del beneficio del termine avrebbe dovuto implicare un accertamento in ordine al carattere colpevole o meno del mancato pagamento delle rate scadute, stante la dedotta inadempienza della società venditrice. La Corte tuttavia sul punto argomenta sostenendo che «è evidente che, se in forza della clausola del *solve et repete* il compratore aveva rinunciato al diritto di sospendere i pagamenti, in caso d'inadempienza dell'altra parte, al benefizio cioè dell'eccezione di contratto non adempiuto, il mancato pagamento delle rate scadute non poteva essere giustificato dalla pretesa inadempienza della Società venditrice, anche se effettivamente vi fosse stata. E poiché per patto espresso contenuto in altra clausola del contratto, il compratore, ove fosse venuto meno anche ad uno solo dei pagamenti rateali, doveva intendersi decaduto dal beneficio del termine e tenuto senz'altro a corrispondere tutto il residuo rezzo, non restava al giudice di merito che far luogo a tale conseguenza, pronunciando a carico del ricorrente la relativa condanna». La Corte, pertanto, finisce col rigettare il ricorso per la cassazione della sentenza di secondo grado, che trovava decisa conferma.

([110]) Cass. del Regno, sez. II, 23 maggio 1934, in *Foro it.*, 1934, I, c. 987 ss.

© Wolters Kluwer Italia

ad assicurarsi contro la responsabilità civile, venga chiamato in causa l'Istituto assicuratore» ([111]).

Il soggetto assicurato invoca l'invalidità della clausola, la quale tuttavia resiste al vaglio della Corte.

Per un verso, infatti, quest'ultima considera che la clausola non porta ad una soppressione dei mezzi di difesa accordati alla parti del contratto, ma conduce solamente ad una limitazione della «facoltà processuale (...) della chiamata in garanzia, (...) senza che tale limitazione consegua alcun danno poiché, esauritosi il giudizio fra l'assicurato ed il terzo, il primo di costoro ha il diritto di chiedere, in via di regresso contro la Società assicuratrice, la rivalsa di quanto può avere erogato a titolo d'indennizzo e di spese. Sostanzialmente, il patto inibitore non fa che proporre e rinviare ad una sede autonoma l'esercizio del diritto spettante all'assicurato, poiché impedisce a costui di palesare l'esistenza del rapporto assicurativo nel giudizio promosso dal terzo e d'inserire nel giudizio medesimo la domanda in garanzia ma non gli preclude in modo assoluto l'esperimento dell'azione di valsa» ([112]).

La Corte coglie le ragioni a fondamento di tale patto e ne vaglia la meritevolezza, sulla quale si esprime positivamente: «La ragion d'essere di una simile pattuizione va ricercata nel monito dell'esperienza e nella psicologia dei litanti. L'assicurato, se fosse arbitro di proporre l'azione in garanzia e si sentisse, perciò, sicuro di una condanna della Società assicuratrice in suo favore, si asterrebbe, presumibilmente, da ogni impugnativa contro le pretese del terzo danneggiato, o dimostrerebbe assai scarso interesse nel contrastarne il fondamento e la misura, quand'anche non fosse sospinto ad una colpevole collusione. È ovvio che, nell'un caso o nell'altro, il comportamento processuale dell'assicurato potrebbe essere fonte di danno per l'altra parte contraente; donde la importanza pratica della detta clausola, preordinata a funzionare come freno moderatore ed a contenere entro ragionevoli confini le pretese di risarcimento del terzo. Non v'ha nulla che contrasti con i principi morali e con le norme di diritto pubblico (art. 12 delle preleggi), poiché, come si è già rilevato, il patto non involge un'abdicazione al diritto di regresso ma soltanto ne differisce l'esercizio, con una contro-

([111]) *Ibidem*, c. 988.
([112]) *Ibidem*, c. 988.

© Wolters Kluwer Italia

prestazione a favore dell'assicurato, il quale, pel fatto di essersi vincolato al silenzio circa l'esistenza del rapporto assicurativo e all'astensione della chiamata in garanzia nel giudizio di danni, si avvantaggia della differenza del premio, pattuito in una minor misura appunto in considerazione della clausola» ([113]).

Conclude infine la Corte di Cassazione rilevando l'ammissibilità della clausola in esame anche per raffronto con il *solve et repete* pattizio nei contratti di compravendita avente per effetto la preclusione, per il compratore, dell'*actio inadimpleti contractus*, finché questi non abbia provveduto ad adempiere integralmente la propria prestazione: si tratta di clausola considerata valida secondo l'indirizzo della «costante giurisprudenza della Suprema Corte (...). L'*eadem ratio juris* giustifica equale soluzione anche nel caso in esame, poiché le anzidette clausole tendono, entrambe, a rinviare l'esercizio di un diritto, non già ad annientarlo, e, quindi, incidono sul modo e sul tempo in cui tale diritto dev'essere fatto valere, in quanto lo si subordina, nell'un caso (quello della compravendita), alla prestazione del prezzo e nell'altro (quello dell'assicurazione), all'esaurimento del giudizio di danni istituito dal terzo» ([114]).

Altra sentenza di merito resa sul finire degli anni trenta è stata pronunciata sulla clausola *solve et repete*, attribuendo l'efficacia massima alla pattuizione, senza ravvisare limitazioni all'autonomia privata: ci si riferisce a Corte di Appello di Bologna, 13 marzo 1939, per la quale «La clausola *solve et repete,* apposta ad un contratto (nella specie, di locazione) quando ha carattere generale, opera in guida da subordinare al previo adempimento la proponibilità di *ogni* questione da parte del debitore, per quanto *grave* essa sia, e perciò anche quella con cui si deduce che il contratto sia venuto meno o più non sussista» ([115]).

Nel corso del giudizio, il debitore non solo metteva in dubbio la validità della clausola, ma contestava – ad ogni modo – anche la sua applicazione, là dove fosse venuto meno il godimento della *res* locata per cause non imputabili al locatario ([116]).

([113]) *Ibidem*, c. 988 e 989.

([114]) *Ibidem*, c. 989.

([115]) App. Bologna, 13 marzo 1939, in *Foro it.*, 1939, I, c. 1064 ss.

([116]) *Ibidem*, c. 1064, ove viene dato atto che, con riguardo al *solve et repete* convenzionale, il debitore dei canoni di locazione «non contestava l'esistenza, ma solo adombrava dei dubbi sulla validità di tale clausola, e ad ogni modo oppone che essa non possa rafforzare la tutela del creditore fino al punto

© Wolters Kluwer Italia

La Corte bolognese mostra di collocare le proprie argomentazioni tenendo conto non solo degli orientamenti giurisprudenziali maggioritari, che si sono stratificati nel corso del tempo, ma anche di quelli dottrinali, da cui mostra tuttavia di voler prendere le distanze. Così, nella richiamata sentenza, si legge che «contro l'efficacia di detta clausola si addice da un'autorevole, se non unanime dottrina, che essa non solo rompe in modo iniquo l'equilibrio delle parti ed incoraggia alla inadempienza quegli a cui favore il patto è stipulato, ma ancora si risolve in un regolamento convenzionale della cognizione del giudice, con l'effetto di menomare in giudizio la difesa di una delle parti, di violare il principio della normale inscindibilità dell'azione dalla eccezione, di impedire la definitività degli accertamenti giurisdizionali : il che non rientra nella competenza dei privati, ma spetta al legislatore, il quale soltanto può posticipare o rendere eventuale il contraddittorio in base alla previsione di quanto accade normalmente ed a valutazioni di utilità generali, le quali si sottraggono, per loro natura, al giudizio interessato e parziale dei privati» ([117]).

Nonostante le riferite critiche mosse alla clausola *solve et repete* da parte della dottrina, considerata «autorevole» e «unanime» (con un'iperbole evidente, per enfatizzare che si tratti di indirizzo di gran lunga prevalente), la Corte preferisce percorrere un'altra strada, già tracciata dagli orientamenti giurisprudenziali maggioritari, ricordando che «la giurisprudenza, invece, e massime quella del Supremo Collegio, seguìta da una parte della dottrina, è propensa a riconoscere la efficacia della clausola del *solve et repete*, e giustamente» ([118]). Argomenta a tal riguardo la Corte ricordando che la pattuizione *de qua*, «infatti, non vulnera il rapporto giuridico sostanziale, giacché chi ne è gravato non rinunzia ad alcuna delle sue ragioni, e nemmeno resta privato del diritto di sollevare le questioni che crede nel suo interesse, facendole decidere dal giudice; ma annuisce ad una più energica tutela del creditore con l'impegno di sottostare al pagamento subito ed in ogni caso, e con l'esporsi, nella ipotesi di violazione del patto stipulato, alla sanzione della condanna, senza che infrattanto il magistrato possa conoscere delle sue eccezioni» ([119]).

---

da consentirgli la riscossione dell'affitto anche quando il conduttore non abbia più il godimento della cosa (...)»..

([117]) *Ibidem*, c. 1065.

([118]) *Ibidem*, c. 1065.

([119]) *Ibidem*, c. 1065. La Corte, così argomentando, finisce per assegnare

© Wolters Kluwer Italia

Emerge poi, nelle motivazioni della sentenza, il tema delle limitazioni all'autonomia privata. La Corte felsinea rimarca infatti che «Non si tratta (...) di riconoscere alle parti un'autonomia illimitata, atta a disorganizzare la funzione dei negozi e ad assicurare la prestazione al contraente più forte e spesso anche in mala fede; ma solo un potere dispositivo, che non va oltre la sfera riconosciuta dalla legge, giacché (come assai autorevolmente è stato osservato in dottrina) se un debitore può sottoporsi all'eventualità di una condanna con riserva, firmando una cambiale, non si spiega perché egli non possa fare altrettanto, stipulando la clausola del *solve et repete*» ([120]).

Spetta dunque alle parti, nell'esercizio dell'autonomia privata, porre eventuali limiti all'efficacia del patto in questione, ma se si sia «in presenza di un patto stipulato senza che i contraenti abbiano comunque voluto limitarne la sfera di efficienza a casi determinati (...) e la clausola stessa (...) abbia carattere generale e non parziale, si applica a tutte le domande, per quanto gravi siano le questioni sollevate dal debitore, anche se egli sostenga che il contratto sia venuto meno o più non sussista, altrimenti sarebbe rimesso al suo beneplacito di sottrarsi all'adempimento dell'onere assunto e di deviare il funzionamento del contratto con deduzioni che, in apparenza gravi, potrebbero essere inconsistenti e artificiose, mentre la sua difesa non è soppressa, né comunque impedita, ma soltanto subordinata ad una prestazione prevista nel contratto» ([121]).

Altro tema di grande rilevanza, analizzato dalla giurisprudenza postunitaria che ha di poco preceduto l'emanazione del codice civile del 1942, riguarda il rapporto tra clausola *solve et repete* e nullità del contratto. Di grande rilievo è la sentenza n. 1058 resa dalla terza sezione civile della Corte di Cassazione del Regno in data 3 aprile 1940, la cui massima afferma che «La

---

alla clausola una natura eminentemente processuale, in quanto, «pel suo contenuto è rivolta al modo con cui l'onerato potrà far valere le sue ragioni in giudizio e non a regolare il rapporto giuridico o la sostanza del contratto, nel quale eventualmente trovasi inserita; ed i deplorati inconvenienti, che condurrebbero alla scissione del processo, non costituiscono una conseguenza necessaria, e nemmeno molto probabile della clausola stessa, ma solo una eventualità dipendente dal comportamento del debitore, se questi, dopo essersi gravato dell'obbligo del previo pagamento, cerca di non eseguirlo e di far valere ragioni che, per essere subordinate a quell'onere, sono in realtà improponibili».

([120]) *Ibidem*, c. 1065 e 1066.

([121]) *Ibidem*, c. 1066.

© Wolters Kluwer Italia

illiceità e, in genere, la nullità del negozio giuridico rendono non operativa la clausola *solve et repete* inserita nel contratto; a se con sentenza passata in cosa giudicata la clausola è stata, tuttavia, dichiarata operativa, è ulteriormente precluso al giudice civile di statuire sulla pregiudiziale penale e di sospendere il giudizio» ([122]).

Il caso sottoposto all'attenzione della Corte di Cassazione, che ha dato luogo alla sentenza ora in esame, riguarda un contratto di mutuo nel quale era presente una clausola penale che, prevedendo la corresponsione di una data percentuale in caso di ritardato pagamento, andava ad integrare il delitto di usura previsto e punti all'art. 644 c.p. allora vigente, sicché si poneva la questione se nel contratto di mutuo il debitore, gravato dal patto *solve et repete*, potesse o meno proporre «l'eccezione pregiudiziale penale obbligatoriamente sospensiva» ([123]), negata dalla Corte di merito «perché il patto convenzionale del *solve et repete*, inserito nel contratto di mutuo, inibiva al mutuatario inadempiente di eccepire l'illecito penale costituito dal contenuto della clausola penale dello stesso contratto (corresponsione di percentuale per il ritardato pagamento; delitto di usura: art. 644 cod. pen.); perché sulla efficacia del *solve et repete* era intervenuta sentenza favorevole passata in giudicato» ([124]).

La Cassazione opera qui una distinzione: per un verso la contrarietà della clausola penale alle norme di diritto penale impedisce l'applicazione anche della clausola *solve et repete*; per altro verso, invece, va tenuto conto delle vicende di carattere processuale, perché la declaratoria di efficacia della clausola pronunciata nel merito dal giudice di primo grado, non essendo stata tempestivamente impugnata, ha finito per essere coperta da giudicato, rendendo improponibile dunque una diversa pronuncia nelle successive fasi di giudizio tra le medesime parti ([125]).

A parte la questione legata al formarsi del giudicato, qui interessa in particolare l'argomentazione sul rapporto tra *solve et repete* pattizio ed eccezione di nullità, in una sentenza che, a quanto consta, dovrebbe essere la prima edita *in subjecta mate-*

([122]) Cass. del Regno, sez. III, 3 aprile 1940, n. 1058, in *Foro it.*, 1940, I, c. 804 ss.

([123]) *Ibidem*, c. 806.

([124]) *Ibidem*, c. 806.

([125]) *Ibidem*, c. 806, a cui *amplius* si rinvia.

© Wolters Kluwer Italia

ria ([126]): «la clausola contrattuale del *solve et repete* produce l'effetto di un temporaneo impedimento alla proposizione di azioni e di eccezioni sulla giustificazione del mancato pagamento a causa della inadempienza della obbligazione da parte dell'altro contraente; ma quando la obbligazione è nulla perché contraria ad una norma cogente, inderogabile dalla volontà del privato, e tanto più quando si denunzia il negozio giuridico perché costituente un torto penale, il *solve et repete* cessa di essere operativo non potendo, con la sua efficacia preclusiva, dare consistenza ad un rapporto che, nella sfera del diritto, va considerato inesistente; che anzi la *fraus*, che pone nel nulla il negozio illecito, *solvit* anche il patto del *solve et repete* nei confronti della predetta clausola» ([127]).

L'autonomia privata delle parti, nell'inserire la clausola *solve et repete* all'interno del rapporto contrattuale, trova dunque un sicuro limite di fronte alle eccezioni di nullità del contratto, limite poi codificato nell'art. 1462 del codice civile, entrato in vigore due anni dopo.

Come s'è già avuto modo di riferire *supra*, s'è registrata anche giurisprudenza, di merito e di legittimità, che, nel periodo postunitario e prima della codificazione del 1942, ha negato con forza la validità del patto *solve et repete* ([128]). Si tratta di orientamenti rimasti assolutamente minoritari, di cui tuttavia corre l'obbligo, per ragioni anche di carattere metodologico, di darne conto, in modo da prendere in esame anche le argomentazioni volte a restringere massimamente l'autonomia privata *in subjecta materia*. A tal riguardo, tra le diverse pronunce rese in tale periodo, particolarmente significativa – per l'articolazione del discorso e per la tempistica con cui è stata resa rispetto al dibattito dottrinale, mostrandone di averne contezza e di volervisi inserire – è la sentenza emanata dal Tribunale di Pisa in data 9 maggio 1929, Pres. Casanova, Est. Caravelli, pubblicata sul Foro italiano nel 1930, con nota del medesimo estensore (Casimiro Caravelli) ([129]), il quale, nella sentenza e nella nota, s'è sentito

---

([126]) Lo rivela anche il richiamo in nota alla massima pubblicata sul *Foro italiano*: v. *Ibidem*, c. 806, nota n. 2.

([127]) *Ibidem*, c. 806.

([128]) Si veda, segnatamente, i richiami giurisprudenziali indicati all'inizio del presente paragrafo, nella seconda parte della nota n. 78.

([129]) Trib. Pisa, 19 maggio 1929, in *Foro it.*, 1930, I, c. 629 ss., con nota di CARAVELLI, *La clausola "*solve et repete*" nel diritto privato, cit.*

© Wolters Kluwer Italia

in dovere di replicare alle posizioni di Tullio Ascarelli, pubblicate sempre sul Foro italiano proprio nel 1929 ([130]).

Rimandando al prosieguo l'analisi del dibattito dottrinale tra i diversi autori, qui preme rimarcare quali siano state le riflessioni emerse in sede giurisprudenziale a sostegno dell'invalidità del patto *solve et repete*, prodotte in un periodo in cui il dialogo tra dottrina e giurisprudenza era particolarmente vivo.

Il Tribunale pisano, come condensato efficacemente nella massima della sentenza citata, ha sostenuto che «la clausola *solve et repete* nei negozi privati è nulla poiché essa implica una precisa subordinazione delle difesa del convenuto alla condizione del pagamento ed una conseguente deroga al diritto formale, che è diritto pubblico».

Il giudizio concerneva la vendita rateale di un macchinario industriale tra due imprese, con contratto munito di clausola *solve et repete*. A seguito del rifiuto, da parte dell'acquirente, di corrispondere il saldo (al rilievo che il macchinario fornito non era di suo gradimento, perché di costruzione antiquata e non corrispondente al valore pattuito nel contratto), la venditrice si avvaleva del patto *solve et repete* pretendendo l'immediato pagamento dell'intera somma pattuita o, in difetto, la restituzione della macchina ([131]). Limitando la disamina alle sole argomentazioni ripercorse sulla predetta clausola, la sentenza, trascurando di menzionare gli indirizzi della Corte di Cassazione sulla validità del patto *solve et repete*, intesse un dialogo con la dottrina, prima genericamente indicata, poi espressamente menzionata: con riguardo all'articolo del contratto contenente il patto *solve et repete*, la sentenza precisa che «in detto articolo è detto che nessuna eccezione è proponibile dal compratore, se non ha prima adempiuto le obbligazioni contratte. Siamo quindi, nella vessata questione relativa alla validità o meno della clausola *solve et repete*. Ed è certo che non mancano gli scrittori che la sostengono, ma il collegio è d'avviso perfettamente contrario» ([132]).

Le argomentazioni sono diverse. Innanzitutto viene analiz-

([130]) Il riferimento è ad ASCARELLI, *Sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti*, in *Foro it.*, 1929, I, c. 290, in nota a Cass. del Regno, sez. I, 7 maggio 1928, *ivi*, c. 290.

([131]) Trib. Pisa, 19 maggio 1929, in *Foro it.*, cit., c. 632-635.

([132]) *Ibidem*, c. 637.

© Wolters Kluwer Italia

zato l'accostamento tra la clausola in questione e quella di anticipazione del prezzo, proposto in dottrina per argomentare la natura sostanziale della clausola e, con ciò, ammetterne la validità sulla base dell'autonomia privata in tema di diritti dispositivi. La sentenza argomenta tuttavia la tesi opposta: «l'identificazione, spesso ricorrente in dottrina, tra questa clausola e il patto dell'anticipazione del prezzo non regge. Il pagamento anticipato presuppone un'obbligazione scaduta ed una non ancora scaduta, laddove la clausola *solve et repete*, considerata nel nostro sistema, presuppone un'unica obbligazione scaduta: quella del contribuente. Non solo l'anticipazione del prezzo attiene al diritto sostanziale e lascia sempre libero il varco alla possibilità della discussione sulla giustificazione o meno dell'inadempimento, ciò che vuol dire lascia libero il varco all'eccezione e alla difesa; laddove il *solve et repete* toglie questa possibilità e subordina la difesa del debitore al pagamento, quand'anche non legittimamente dovuto» ([133]).

Ciò che non viene ritenuto ammissibile, nella sentenza in parola, è l'intervento del privato nella sfera processuale, là dove l'autonomia privata pretenderebbe di erodere le norme pubblicistiche a presidio delle esigenze difensive della parte debitrice: ed infatti, la clausola *solve et repete* «(...) attiene (...) al diritto *formale*; e, se non implica una vera rinuncia all'eccezione, implica sempre una subordinazione della difesa del convenuto ad una condizione, che non è possibile ammettere. La difesa garantita dalla legge innanzi agli organi della giurisdizione implica un preciso diritto potestativo, che, per quanto necessario a far valere i diritti privati, si svolge e rimane sempre nel campo del diritto pubblico» ([134]).

Ancora, la sentenza in parola critica l'indirizzo interpretativo che ammette la validità della clausola e poi ne circoscrive l'ambito paralizzandone l'operatività di fronte ad eccezioni sulla invalidità del contratto o all'*exceptio inadimpleti*, anche se, per la verità, si tratta di argomentazione debole, rimessa all'asserzione che tale interpretazione finirebbe per snaturare la clausola medesima, senza invece convenire – come ci si sarebbe aspettati – sull'intangibilità degli interessi che tali limitazioni vanno a salvaguardare. A tal riguardo il tribunale pisano rimarca che,

---

([133]) *Ibidem*, c. 637.
([134]) *Ibidem*, c. 637 e 638.

© Wolters Kluwer Italia

su «questo argomento, si è talvolta tentato di limitare l'applicabilità della clausola ai casi, in cui l'obbligo di pagare non possa essere in alcun modo impugnato, vale a dire ai casi, in cui la pretesa al pagamento sia incontrovertibilmente valida e legittima: la efficacia di questa clausola, si suol dire, non può intendersi illimitata, sino al punto di togliersi al debitore del prezzo la difesa circa l'esistenza o la validità della obbligazione; essa va limitata soltanto sino al punto di negargli il diritto all'*exceptio non rite adimpleti contractus.* Ma allora, è evidente, la clausola è essenzialmente snaturata. Tutta la sua importanza sta appunto nell'impossibilità d'ogni difesa preventiva, qualunque sia la condizione del credito e quand'anche il rifiuto del debitore possa sin dal primo momento sembrare giustificato» ([135]).

Il predetto passaggio argomentativo lascia intravedere l'erroneità del ragionamento, che non ha fatto breccia né in dottrina, né nella giurisprudenza maggioritaria, né – in sede istituzionale – nel legislatore, in occasione della disciplina del *solve et repete* convenzionale, avutosi poi con l'art. 1462 del codice civile del 1942. L'erroneità sta soprattutto nel metodo: per avvalorare la tesi della nullità della clausola se ne afferma una portata ampia, che tuttavia nessuno, in sede giurisprudenziale e dottrinale, ha mai inteso perorare, legittimando così una sua censura.

Con riguardo invece alla prima argomentazione, quella relativa all'indisponibilità delle disposizioni di diritto pubblico che accordano al convenuto la facoltà di proporre eccezioni per le insopprimibili esigenze difensive, la sentenza omette di prendere in considerazione l'argomento che coralmente viene preso in esame, anche dalla giurisprudenza di legittimità, nel constatare la validità del patto, ossia che al convenuto non viene imposta alcuna rinuncia: semplicemente viene richiesto che effettui il previo pagamento di quanto già pattuito per poter far valere le proprie le proprie pretese ed il pagamento può essere effettuato anche in tempo utile per proporre le eccezioni in sede processuale, senza incorrere in eventuali preclusioni, a meno che non si preferisca agire con separato giudizio. Le esigenze difensive vengono cioè fatte salve e tanto basta, secondo gli indirizzi della Suprema Corte, per preservare il patto dalle censure di nullità che altrimenti lo travolgerebbero.

([135]) *Ibidem*, c. 638.

© Wolters Kluwer Italia

La sentenza del tribunale pisano, tuttavia, insiste – con riguardo alle pretese limitazioni dell'efficacia della clausola *solve et repete* – rimarcando che «né, d'altra parte, è vero che la restrizione venga ad eliminare il vizio. Non è niente esatto quello che lo Ascarelli sostiene in dottrina che, cioè, la clausola, sia pure così intesa, trovi più esatta collocazione nel campo del diritto sostanziale, che in quello del diritto processuale. Negare la possibilità di un'eccezione, vuol dire sempre negare, e quanto meno, limitare, il diritto di difesa ed ammettere al principio della rinunciabilità e condizionabilità dell'eccezione, che, come abbiamo visto, non è col sistema compatibile» ([136]).

A parte i rilievi sulla rinunciabilità delle eccezioni, ammessa anche dalla dottrina processualcivilistica e, pacificamente, in determinate materie (come ad esempio con riguardo all'eccezione di compensazione, richiamata anche negli scritti di Tullio Ascarelli), la sentenza erra – come già detto – nel considerare il piano della «*rinunciabilità*» delle eccezioni, dato che la clausola *solve et repete* opera lasciando salva la proponibilità delle medesime a fronte del previo pagamento, mentre, con riguardo al piano della «*condizionabilità*», non si trovano argomenti a sostegno della impossibilità di subordinare l'eccezione all'adempimento, già di per sé dovuto per volontà delle parti.

La sentenza offre comunque ottimi spunti di riflessione nella ricostruzione del dibattito, chiarendo, con una sua lettura critica, anche altri due aspetti di particolare interesse: uno concernente il rapporto tra *solve et repete* pattizio e *solve et repete* fiscale; l'altro la giustificazione del patto *solve et repete* in forza del principio di autonomia privata.

Quanto al primo aspetto, in una ricerca costante di dialogo con la dottrina, la pronuncia *de qua* rileva che «da qualcuno si è pure rilevato che, se il principio è ammesso dalle leggi fiscali, non può nemmeno ripugnare al diritto comune obbligatorio. Non si è pensato che in materia fiscale si è voluto per particolari ragioni del bilancio dello Stato e che la sua sanzione nell'art. 6 della legge sul contenzioso sia appunto a dimostrare che il principio attiene al diritto pubblico ed a questo soltanto» ([137]). Non si è però nemmeno pensato, questa volta da parte del tribunale pisano, che il principio del *solve et repete* eterodeterminato in

([136]) *Ibidem*, c. 638.
([137]) *Ibidem*, c. 638 e s.

© Wolters Kluwer Italia

via legislativa ha origini nel diritto mercantile e, dunque, sul terreno dei rapporti privatistici, e che anche all'epoca si trovano disposizioni legislative che introducono il *solve et repete* nei rapporti di rilevanza commerciale, come s'è già avuto modo di vedere in materia cambiaria. Il *solve et repete* fiscale non è mai stato paradigma di validità del patto, ma, semmai, modello per la sua introduzione per volontà delle parti, così come paradigma per l'interpretazione della volontà delle parti medesima.

Proprio sul fronte dell'autonomia privata insiste l'altra riflessione critica esposta nella sentenza in esame, là dove si trova argomentato che «talvolta si è pure tentato di giustificare il principio sulla base della libertà contrattuale. Di libertà contrattuale nei rapporti con il consumatore non è il caso di parlar[n]e. L'irrefrenabile tendenza dell'attività mercantile verso la completa cartellizzazione delle imprese l'ha completamente annullata [e] basta considerare la vendita per convincersene; ove le imprese, servendosi del *contratto tipo* sono già riuscite ad abbattere ogni concorrenza e ad imporre le condizioni da esse prescelte, al fine di poter esercitare, nel campo economico, quella spiccata dittatura totalitaria, che oggi costituisce il problema più impressionante e la cui soluzione non potrà forse ricercarsi che negli stessi principî dell'ordinamento corporativo, collo innoviabile riconoscimento giuridico del cartello ed il suo necessario e rigoroso controllo» ([138]).

Tali argomentazioni conducono dunque la richiamata sentenza a ribadire la nullità della clausola in questione, sottraendola alla sfera dell'autonomia privata.

Gli orientamenti giurisprudenziali maggioritari, di cui sopra s'è dato ampiamente conto, e quelli dottrinali, illustrati nel prosieguo, muovono tuttavia in direzione opposta, consolidando la validità del *solve et repete* pattizio e, al contempo, cercando un equilibrio con le esigenze di tutela del contraente debole, mediante, per un verso, l'individuazione dei limiti all'operatività della clausola sul fronte dell'autonomia privata e, per altro verso, l'apertura ai poteri di intervento del giudice per censurare, nella fattispecie concreta, l'utilizzo abusivo o contrario a buona fede del patto in questione.

Le ulteriori linee evolutive del *solve et repete* possono dun-

---

([138]) *Ibidem*, c. 639.

© Wolters Kluwer Italia

que essere tracciate mediante la ricostruzione del significativo dibattito dottrinale avutosi dalla codificazione postunitaria del 1865 fino alle soglie del codice civile del 1942 c.c.

2.5. *Il dibattito dottrinale di fine Ottocento e del primo Novecento sulla clausola* solve et repete *nei rapporti contrattuali. Le posizioni di Gabba, Ascarelli, Caravelli, Greco, Liebman, Carnelutti, Senin e altri autori e la strada tracciata verso il regime giuridico previsto nel vigente codice civile italiano.*

2.5.1. *La posizione di Carlo Francesco Gabba (1881) e gli* essentialia negotii

Nel periodo postunitario, in assenza di previsioni normative che regolassero le pattuizioni sul *solve et repete*, la dottrina aveva preso posizione sulle sentenze rese in materia, che andavano a fissare le prime linee interpretative sull'ambito di estensione dell'autonomia privata nel travasare in sede contrattuale modelli legali del *solve et repete* medesimo.

Il più datato tra i commenti noti risale al 1881 ed è ascrivibile all'autorevole dottrina di Carlo Francesco Gabba, insigne giurista del XIX secolo che molto contribuì alle "codificazioni" albertine ([139]) . Nel commentare sul Foro italiano la sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 17 dicembre 1880 ([140]) – con cui, in materia locatizia, s'era affermata l'assenza di illiceità e di iniquità nel patto con cui venisse obbligato il conduttore ad effettuare il pagamento dei canoni alle scadenze concordate «non ostante *qualunque* ragione o eccezione potesse allegare in contrario» – ne ha dato una lettura critica nella parte in cui viene consentita l'operatività della clausola anche di fronte ad eccezioni fondate sul perimento della cosa locata e, dunque, sull'impossibilità sopravvenuta della controprestazione o sull'ina-

---

([139]) I tratti dell'insigne giurista, che ha contribuito anche alla codificazione albertina, sono delineati da BENEDUCE, voce *Gabba, Carlo Francesco*, in Dizionario Biografico degli italiani, Treccani, 1998, vol. 50, reperibile *online* all'indirizzo www.treccani.it/enciclopedia/carlo-francesco-gabba_%28Dizionario-Biografico%29/ (consultato da ultimo in data 18 agosto 2020).

([140]) Cass. Roma, 17 dicembre 1880, in *Foro it.*, 1881, I, c. 193 ss., con nota di GABBA. Per la disamina del testo della sentenza e delle argomentazioni riportate in motivazione si veda il par. precedente, nel presente capitolo.

© Wolters Kluwer Italia

dempimento grave della controparte, che porterebbero alla risoluzione del contratto.

A tal riguardo il Gabba non percorre tanto il tema dell'interpretazione secondo buona fede o dell'integrazione del contratto sulla base dell'equità, ma instrada il proprio ragionamento sul tema degli *essentialia negotii*, allora in continuità con principi risalenti al diritto romano, che connotano la nostra cultura giuridica.

Nella sua nota a sentenza, così si esprime: «Afferma la Corte di cassazione che il patto di pagare il fitto anche se venga totalmente impedito l'uso della cosa locata, non sia né illecito né iniquo, epperò debba essere osservato. Ma io ripeto che la mancanza della casa locata, se accade per essere la casa perita, produce lo scioglimento del contratto di locazione *ipso jure* in virtù dell'art. 1578 del codice civ. ital. [del 1865, *n.d.a.*] e se accade per motivo di riparazioni le quali rendano inabilitabile la casa locata (...) dà al conduttore il diritto di domandare al giudice la risoluzione del contratto in virtù del successivo art. 1580. Vuol dunque dire la Corte che sia lecito pattuire nel contratto di locazione la rinunzia all'esercizio dei diritti attribuiti dal cod. civ. nei mentovati articoli e nei casi da questi contemplati» ([141]).

La ricostruzione così operata, che percorre quanto statuito dalla pronuncia della Cassazione, non convince appieno il Gabba, che ne inizia la demolizione con interrogativi retorici, a cui risponde delineando quali debbano essere i limiti dell'autonomia privata: «Veramente il tener fermo un patto come quello inserito

---

([141]) *Ibidem*, c. 193, in nota. Quanto agli articoli citati del codice civile postunitario, l'art. 1578 stabilisce che «Se durante la locazione la cosa locata è totalmente distrutta, il contratto è sciolto di diritto: se non è distrutta che in parte, il conduttore può secondo le circostanze domandare la diminuzione del prezzo o lo scioglimento del contratto. In ambidue i casi non si fa luogo a veruna indennità, se la cosa è perita per caso fortuito». L'art. 1580, invece, prevede che «Se durante la locazione la cosa locata abbisogna di riparazioni urgenti e che non possono differirsi fino al termine del contratto, il conduttore deve soffrire, qualunque sia, l'incomodo che gli arrecano, e quantunque nel tempo che si eseguiscono resti privato di una parte della cosa locata.

Se però tali riparazioni continuano oltre venti giorni viene diminuito il prezzo della locazione proporzionatamente al tempo ed alla parte della cosa locata di cui il conduttore è rimasto libero.

Se le riparazioni sono di tal natura che rendano inabitabile quella parte che è necessaria per l'alloggio del conduttore e della sua famiglia, si può secondo le circostanze far luogo allo scioglimento del contratto».

© Wolters Kluwer Italia

nella locazione (...) [per cui è causa] si risolve nel ritenere che il locatore (...) abbia implicitamente rinunziato a domandare la risoluzione del contratto di locazione a termini dell'art. 1580 del cod. civ. ital. [del 1865, *n.d.a.*] e che questa rinunzia sia ammissibile e valida. Imperocchè se colui il quale si crede non obbligato a prestare ciò che per contratto si è obbligato pel motivo che l'altro contraente non ha adempiuto all'obbligo suo, non deve poter sospendere la prestazione e domandare invece la risoluzione del contrato sia in via d'azione, sia in via di riconvenzione, come potrà poi esimersi dal continuare nella esecuzione del contratto dal canto suo, e p.e. nel pagamento della pigione, quanto lo scioglimento del contratto sarà stato pronunciato? Imperocchè il giovarsi della sentenza di scioglimento non è meno facoltativo del provocarla, e chi è ritenuto obbligato per contratto a pagare non ostante qualunque eccezione potesse sollevare contro il creditore, vi è tanto obbligato rispetto alle eccezioni ingiuste, quanto rispetto alle giuste, e tanto rispetto ad eccezioni accettate e confermate dal giudice, quanto rispetto a quelle sollevate soltanto stragiudizialmente. E per un verso, se non ostante quel patto, il contraente può invocare lo scioglimento del contratto, egli deve poter anche sospendere le prestazioni sue all'atto in cui gli fa quella domanda, perché se questa domanda viene accolta dal giudice, anche quella sospensione viene ad essere retroattivamente giustificata, epperò essa era lecita fino al principio» ([142]).

Dal punto di vista sistematico, le critiche del Gabba alla sentenza riconducono le norme specifiche in tema di locazione (artt. 1578 e 1580 c.c. del 1865) a principi di carattere generale, codificati sì nell'art. 1165 c.c. del 1865 in tema di risoluzione del contratto – a prescindere dal tipo contrattuale – ma anche ai principi della tradizione, in continuità con il diritto romano, mantenendo l'attenzione non sulla questione dell'equità o su altre considerazioni di giustizia contrattuale – che possono eventualmente fare ingresso tramite l'applicazione delle clausole generali, come quella di buona fede oggettiva –, ma sulla struttura del contratto e sugli *essentialia negotii*: «Che ora sia ammissibile nel contratto di locazione la rinunzia a far valere il diritto di domandare lo scioglimento del contratto, a termini sia dell'art. 1580 sia d'altro qualunque, i quali non sono in sostanza che spe-

([142]) *Ibidem*, c. 193 e 194, in nota.

© Wolters Kluwer Italia

ciali applicazione del generale principio contenuto nell'art. 1165 del cod. civ. it. [del 1865, *n.d.a.*], io duro fatica ad ammettere» ([143]). E di seguito così aggiunge: «La liceità dei patti aggiunti ai contratti non parmi si debba unicamente desumere dal criterio dell'intrinseca *moralità* di ciascuno di loro, ma eziandio dal rapporto in cui essi trovansi colla essenza del contratto o negozio di cui si tratta. Quelli che i giureconsulti chiamano *essentialia negotii* non possono essere oggetto di rinunzia o di deroga contrattuale. Onde nella l. 7 §. 16 D. *de pactis* si legge: *Generaliter, quotie*[*n*]*s pactum a jure communi remotum est, servari hoc non oportet*» ([144]). Qui il riferimento è al frammento D.2.14.7.16 di Ulpiano, nel commento *De pactis* contenuto nel *Liber Secundus* del *Digestus*, redatto nell'anno 533 d.c. all'interno del *Corpus Juri Civilis* giustinianeo (529-524 d.c.) ([145]).

([143]) L'art. 1165 c.c. del 1865, con un linguaggio non pienamente coincidente con quello attuale ma con istituti aventi analoga applicazione, stabiliva che «La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.

In questo caso il contratto non è sciolto di diritto. La parte, verso cui non fu eseguita l'obbligazione ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambidue i casi.

La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente, e può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanza».

La risoluzione del contratto per inadempimento dell'altra parte veniva dunque ricavata dalla norma sull' «obbligazione condizionale» di tipo risolutivo, «(...) la cui sussistenza o risoluzione dipende da un avvenimento futuro ed incerto» (art. 1157 c.c. it. del 1865): il verificarsi della «condizione risolutiva (...) rimette le cose nello stato in cui erano, come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo» (1158, comma 2, c.c. it. del 1865). Ove la parte rimanga inadempiente alla propria obbligazione nei contratti a prestazioni corrispettive, l'art. 1165 cit. rende applicabile la disposizione in tema di condizione risolutiva, che si considera apposta – come patto aggiunto – anche qualora non sia stata prevista dal contratto («La condizione sospensiva *è sempre sottintesa* nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione...»), sicché la parte avente diritto all'altrui adempimento aveva la facoltà di chiedere giudizialmente la risoluzione del contratto (art. 1165 cit., ult. comma). Il sistema ivi delineato è simile alla risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 c.c. del 1942, istituto che s'è preferito mantenere distinto dalla condizione risolutiva, disciplinata all'art. 1353 ss. c.c.

([144]) *Ibidem*, c. 193 e 194, in nota.

([145]) L'intero frammento D.2.14.7.16 così recita: ««16. *Et generaliter quotiens pactum a iure communi remotum est, servari hoc non oportet: nec legari, nec iusiurandum de hoc adactum ne quis agat servandum Marcellus libro secundo digestorum scribit: et si stipulatio sit interposita de his, pro quibus pacisci non licet, servanda non est, sed omnimodo rescindenda*». Per la consul-

© Wolters Kluwer Italia

Dai principi della tradizione e dalle norme di carattere generale in tema di contratti sinallagmatici, il Gabba giunge dunque alla sua conclusione, volta a riscontrare limiti all'autonomia privata, nel patto *solve et repete*, rinvenibili nella struttura stesso del contratto e negli elementi essenziali, non erodibili dalla volontà delle parti: «Che il difetto della cosa locata, e il totale impedimento all'uso della medesima, dia diritto al conduttore di reputarsi prosciolto da ogni obbligo dal canti suo, epperò di domandare lo scioglimento del contratto di locazione, pare a me elemento *essenziale* di quel contratto. Questo infatti ha la sua ragione e scopo unico e solo rispetto al conduttore, il poter giovarsi della cosa locata; quando ciò è diventato impossibile, il costringere il conduttore ad aspettare che il conduttore abbia reso possibile l'uso della cosa e a non domandare al locatore altro di più o di nuovo che l'*id quod interest* dell'uso impedito pare a me sia snaturare addirittura il contratto e far violenza oltre che alla sostanza delle cose, persino alle parole. Se quindi nel contratto di locazione fu nondimeno stipulata rinunzia al diritto di domandare in quel caso lo scioglimento del contratto, pare a me che un tal patto non possa tenere perché ripugnante alla vera ed essenziale intenzione dichiarata dal promittente e perché: *plus est in re quam in opinione*».

2.5.2. *La posizione di Tullio Ascarelli (1929 e 1933) tra* jus condendo *e* jus condito: *l'auspicata introduzione di una disciplina a tutela del contraente di fronte alla vessatorietà delle clausole nei contratti di adesione, anche con riguardo al* solve et repete; *la natura sostanziale (non processuale) della clausola*; *efficacia del patto nei confronti dell'*exceptio inadimpleti*, con il limite del dolo (o mala fede) del creditore*; *validità del patto con riguardo al profilo della causa*

Nel periodo postunitario spicca, in tema di clausola *solve et repete*, l'autorevole posizione di Tullio Ascarelli, espressa con interventi sul Foro italiano nel 1929 ([146]) e sulla Rivista del di-

---

tazione si veda, online, l'indirizzo seguente https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/d-02.htm#14 (consultato da ultimo in data 19 agosto 2020), all'interno della raccolta *The Roman Law Library*, a cura di Lassard e Koptev, presso la Université Grenoble Alpes (Francia) pubblicata all'indirizzo https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr (consultato da ultimo in pari data).

([146]) ASCARELLI, *Sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti*, in *Foro it*,

© Wolters Kluwer Italia

ritto commerciale nel 1933 ([147]). Colpisce immediatamente la sensibilità di tale giurista, che nel 1929, constatando la diffusione del patto ormai nella stragrande maggioranza dei contratti sinallagmatici, soprattutto ove si verta nei contratti di adesione a cui ricorrono le imprese nella disciplina uniforme dei rapporti contrattuali con i consumatori, avverte la necessità di proporre, *de jure condendo*, una disciplina volta a restringere l'autonomia privata delle imprese, a tutela del contraente "non organizzato", che si trova in posizione di debolezza e finisce per subire le clausole a lui particolarmente svantaggiose. Si tratta di riflessioni che anticipano le soluzioni che hanno poi portato alla formulazione dell'art. 1341, comma 2, del codice civile del 1942, in tema di clausole vessatorie contenute nelle condizioni generali di contratto ([148]) e, in tempi più maturi – grazie all'influenza del diritto dell'UE – all'avvento della disciplina in tema di clausole abusive nei contratti con i consumatori, prevista dalla dir. 93/13/CEE, poi trasposta all'interno del codice civile del 1942 agli artt. 1469 *bis* ss. e, infine, travasata nel codice del consumo agli artt. 33 ss. ([149]).

Al riguardo, cogliendo segnali per la verità già presenti nel-

---

1929, I, c. 290 ss. (in nota a Cass. del Regno, sez. I, 7 maggio 1928, su cui v., *amplius*, la disamina riportata nel par. precedente, all'interno del precedente capitolo). Tale contributo si trova ripubblicato in ASCARELLI, *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952.

([147]) ASCARELLI, *Diritto sostanziale e diritto processuale nel patto contrattuale del* solve et repete, in *Riv. dir. comm.*, 1933, p. 711 ss. Anche tale articolo è stato successivamente ripubblicato in ASCARELLI, *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952.

([148]) Com'è noto, all'art. 1341, comma 2, c.c., richiamato anche all'art. 1342 c.c., si annoverano, tra le clausole che non hanno effetto se non sono approvate per iscritto, quelle contenute nelle condizioni generali di contratto o presenti in moduli o formulari, unilateralmente predisposte da uno dei contraenti, che «(...) sanciscono a carico dell'altro contraente (...) limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni (...)». Sul punto si rinvia all'analisi contenuta nel successivo capitolo del presente volume, anche per i riferimenti dottrinali più significativi concernenti il patto *solve et repete*.

([149]) La disciplina in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori offre una tutela non più meramente formale, ma sostanziale, a favore del consumatore, esposto a pattuizioni che introducono un significativo squilibrio, a suo danno, nella regolamentazione del rapporto contrattuale, a cui il legislatore europeo ha inteso porre rimedio, prevedendo la nullità di protezione del patto non individualmente negoziato tra il consumatore e il professionista. Tali questioni, con riguardo al patto *solve et repete*, sono affrontate nel capitolo secondo del presente volume, a cui fin d'ora si rinvia, anche i riferimenti dottrinali.

© Wolters Kluwer Italia

l'ordinamento, ma indirizzandoli sapientemente nella direzione che poi sarà percorsa dall'ordinamento vigente, Ascarelli nota che «Dai contratti di locazione immobiliare ove, per quanto mi sembra, fu introdotto per la prima volta, il patto *solve et repete* si è venuto estendendo a quasi tutti i contratti bilaterali. Esso si trova ormai frequentemente, specie nei contratti d'adesione, e costituisce una delle tante clausole che le imprese organizzate tentano di imporre ai consumatori. La giurisprudenza si dimostra ormai nettamente favorevole a questa clausola (...). *De jure condendo*, da un punto di vista di politica legislativa, il problema del patto *solve et repete* non può, a me sembra, considerarsi isolatamente, ma va posto anche in relazione a quello dei contratti d'adesione nei quali generalmente si incontra. Esso va anche avvicinato a tutte quelle altre numerose clausole che le imprese organizzate introducono nei loro formulari con la legge del più forte, onde rendere sempre più sicura l'esazione dei loro crediti, praticamente scemando le difese che alla controparte appresta il diritto comune. Ricordo in via d'esempio le sempre più frequenti clausole di decadenza, quelle con le quali si sancisce una prescrizione più breve dell'ordinaria e via dicendo» ([150]).

Il germe per la tutela del contraente debole nei rapporti contrattuali, volta a ristabilire l'equilibrio tra le parti contraenti alterato dalle diverse posizioni di forza sul mercato, aveva iniziato ad attecchire e, con esso, s'andava sviluppando il senso di "giustizia contrattuale" che vedrà negli scenari attuali, segnati dal diritto sovranazionale, una più compiuta formulazione ([151]).

([150]) Così ASCARELLI, *Sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti*, cit., c. 290 e 291, il quale rimanda ad altra sede la discussione sulla validità delle predette clausole, segnalando come la questione sia stata già affrontata anche da una sentenza della Cassazione (Cass. Regno 18 aprile 1929, in *Foro it*., 1928, I, c. 1038 ss.) ed annotando che «la più recente legislazione mostra una spiccata tendenza da un lato a restringere l'ambito dell'autonomia delle parti, dall'altro, ad esempio in tema di assicurazioni, a risolvere il problema in senso pubblicistico anziché privatistico, attraverso un sempre più vasto controllo dello Stato che, per dir così, assume con un controllo preventivo la tutela della massa disorganizzata dei consumatori nei confronti delle imprese organizzate».

([151]) Che l'equilibrio normativo tra le parti vincolate dal medesimo contratto attenga al tema della giustizia contrattuale – ed in particolare della giustizia *nel* contratto e della giustizia *fuori dal* contratto – è ben rimarcato da ALPA, *Il contratto in generale. Principi e problemi*, cit., p. 327, il quale altresì pre-

© Wolters Kluwer Italia

Spostando il ragionamento sul piano del *jus conditum*, Ascarelli ribadisce la validità della clausola *solve et repete* – criticando talune posizioni adottate da una parte minoritaria della giurisprudenza e della dottrina di quegli anni – di cui tuttavia sente la necessità di ripercorrere i limiti, che, come s'è già visto *supra*, sono i limiti stessi che l'autonomia privata incontra *in subjecta materia*.

Nella sua ricostruzione, l'insigne giurista rimarca che il terreno di elezione della clausola è quello sostanziale e non processuale: il patto *solve et repete* non opera come «semplice rinuncia a far valere in via d'eccezione un diritto che tuttavia possa sempre farsi valere in via d'azione. Simile interpretazione del patto, per quanto si presenti spontanea e sia difetti frequentemente accolta (...), va rifiutata ed è difatti stata implicitamente rifiutata dalla giurisprudenza che non ammette, ad esempio, il compratore di macchine a far valere l'azione per la promessa riparazione alle medesime se non previo pagamento del prezzo. Così da ultimo App. Milano 29 aprile 1926, (*Monitore*, 1926, 814 e *Foro it.*, Re. 1926, voce *Vendita*, n. 482) (...)» ([152]). La proponibilità

---

cisa che «L'orientamento dell'interpretazione del codice civile si è venuto combinando con l'orientamento interpretativo delle regole di derivazione comunitaria. Di qui la convinzione dei più – a cui mi associo – che esita nell'ordinamento interno, integrato com'è dal diritto comunitario, un principio di giustizia contrattuale, di equilibrio del contratto, non solo nei contratti di massa, ma anche nei contratti individuali, quando sussistono determinate circostanze». Sul tema della giustizia contrattuale con riguardo ai contratti segnati dall'applicazione del patto *solve et repete* si rimanda a quanto si dirà oltre, al capitolo terzo del presente volume.

([152]) *Ibidem*, c. 291. Ascarelli aggiunge anche un ulteriore argomento: l'analogia con il *solve et repete* fiscale, la cui rilevanza è però da valutare, ai fini di tale discorso, non sul piano della validità del *solve*, ma sul piano dell'interpretazione della volontà delle parti, considerando che queste hanno, nel modello legale di *solve et repete* (quello fiscale), una sorta di paradigma di riferimento per sindacare l'aspettativa di funzionamento della clausola nei rapporti contrattuali. Così a tal proposito argomenta l'A. ult. cit.: «A favore della mia tesi milita l'analogia del diritto fiscale. Detta analogia è per me sicuramente irrilevante quando se ne voglia dedurre la validità o la costruzione giuridica del patto, dimenticando come la disposizione fiscale riposi su considerazioni peculiari (...) che la rendono inestendibile, ma è invece rilevane in ordine all'esatta interpretazione della volontà delle parti.

Ora è noto come il principio fiscale del *solve et repete* esplicitamente importi l'impossibilità di agire se non previo pagamento della imposta cui sia applicabile (art. 6 all. E). È ovvio d'altro canto come il *solve et repete* fiscale sia presente alle parti nella stipulazione del patto, come risulta dalla stessa sua denominazione, ormai tradizionale (...)» (*Ibidem*, c. 291).

© Wolters Kluwer Italia

delle eccezioni, a fronte del previo pagamento del prezzo, è dunque elemento da cui può evincersi il carattere sostanziale e non processuale del patto *solve et repete*, che acquista significato peculiare sul piano dell'adempimento della prestazione dovuta: è clausola con cui una parte intende assicurarsi il puntuale pagamento del prezzo – e, dunque, una rigorosa tempistica dell'adempimento in proprio favore ([153]) –, scongiurando tecniche dilatorie che possano portare a svilire il conseguimento di quanto contrattualmente stabilito ([154]). Così intesa, la clausola *solve et repete* è accostabile, per natura e per funzione economica, alle clausole con cui – nei contratti a prestazioni corrispettive – si impone ad una parte il pagamento anticipato rispetto alla controprestazione che questi avrebbe diritto a ricevere ([155]).

Il pagamento del prezzo, nel patto *solve et repete*, viene considerato quale condizione sospensiva per far valere il diritto sostanziale all'esigibilità della controprestazione o, meglio, il diritto a contestarne l'inesatto adempimento e, dunque, a far valere

---

([153]) La tesi del carattere sostanziale della clausola, sostenuta con forza da Tullio Ascarelli, impone di argomentare l'operatività del *solve et repete* pattizio sul terreno delle regole pattizie in materia di adempimento. S'è a tal proposito osservato che «v'ha dunque in sostanza una subordinazione dell'adempimento all'adempimento: il venditore (locatore...) non è tenuto ad adempiere finché la controparte non abbia adempiuto nei termini stabiliti (...). Giuridicamente non v'ha una semplice successione cronologica tra le due prestazioni; ché anzi spesso la scadenza del prezzo sarà posteriore o almeno contemporanea alla scadenza della prestazione.

La volontà delle parti mira invece ad una più approfondita connessione tra le due prestazioni e riesce a completarla distinguendo il diritto alla prestazione da quello al risarcimento dei danni (alla diminuzione del prezzo, alla riparazione della merce, alla risoluzione per difformità contrattuale o per vizi...) discendente dall'inesatto adempimento. Questo diritto (non, naturalmente, il contratto) viene sospensivamente subordinato al pagamento del prezzo scaduto (non, ovviamente, all'obbligo di pagare il prezzo), rimanendo pur sempre il debitore obbligato a pagare il prezzo» (*Ibidem*, c. 292 e 293).

([154]) Ancora, l'A. cit. evidenzia che «il patto mira evidentemente ad assicurare al creditore del prezzo la pronta realizzazione del suo credito, nonostante eventuali contestazioni, spesso in mala fede, rinviando ad un momento successivo la risoluzione delle controversie» (*Ibidem*, c. 292).

([155]) Ascarelli rimarca altresì che «economicamente il patto può considerarsi accanto a quelli di pagamento anticipato del prezzo, che possono raggiungere un risultato pratico analogo di garanzia per l'una delle parti. Esso si è venuto difatti introducendo in contratti ad esecuzione continuata ne quali l'immediato anticipato pagamento dell'intero prezzo riuscirebbe troppo gravoso, come appunto nelle locazioni immobiliari, ed anche oggi particolarmente frequente nei contratti a consegne successive» (*Ibidem*, c. 292).

© Wolters Kluwer Italia

i rimedi ad esso collegati o che comunque presuppongono l'inesatto adempimento (incluso la riduzione del prezzo, il risarcimento del danno, il diritto alla riparazione della merce, etc.) ([156]).

Si tratta di clausola che, per Ascarelli, non può essere fatta valere di fronte all'inadempimento assoluto del soggetto a favore del quale è posta: nei suoi confronti, infatti, il debitore del prezzo può opporgli l'*exceptio inadimpleti* ([157]). La clausola mantiene la sua operatività, invece, qualora il debitore della prestazione principale – a favore della quale la clausola è posta – non abbia adempiuto esattamente alla propria prestazione, sicché il debitore del prezzo, per poter far valere le proprie eccezioni, è tenuto ad eseguire la propria prestazione, essendo i propri diritti (non solo quello di far valere le eccezioni, ma, in sostanza, quello di ottenere i rimedi contrattuali che può richiedere a fronte dell'inesatto adempimento della controparte) sospensivamente subordinati al pagamento del prezzo. Tali considerazioni portano dunque a collocare il patto *solve et repete* sul piano del diritto sostanziale e non processuale ([158]): si tratta infatti di clau-

---

([156]) Con il patto *solve et repete* «la volontà delle parti mira (...) ad una più profonda connessione tra le due prestazioni e riesce a compierla distinguendo il diritto alla prestazione da quello al risarcimento dei danni (alla diminuzione di prezzo, alla riparazione della merce, alla risoluzione per difformità contrattuale o per vizi...) discendente dall'inesatto adempimento. Questo diritto (non, naturalmente, il contratto) viene sospensivamente subordinato al pagamento del prezzo scaduto (non, ovviamente, all'obbligo di pagare il prezzo), rimanendo pur sempre il debitore obbligato a pagare il prezzo» (*Ibidem*, c. 292 s.).

([157]) Tullio Ascarelli così si esprime, a tal riguardo, precisando i meccanismi di operatività della clausola: «Poiché il patto si riferisce solamente al diritto derivante all'*inesatto* adempimento, il debitore [della prestazione principale, *n.d.a.*] sarà tenuto ad *adempiere anche prima del pagamento del prezzo*, come è dimostrato dalla circostanza che *normalmente la scadenza del prezzo è posteriore o almeno contemporanea* a quella della prestazione: quando dunque il debitore della prestazione, *senza adempiere affatto*, si faccia a richiedere il pagamento, il debitore del prezzo ben potrà opporre una *exceptio inadimpleti*» (*Ibidem*, c. 293). Ed ancora, «(...) finché il prezzo non venga pagato il creditore potrà opporre al debitore che agisca per l'*inesatto adempimento* il patto del *solve et repete*. Quando poi il debitore, dopo il cattivo adempimento del creditore, *agisca anziché per inesatto adempimento, per l'adempimento come se nessuna prestazione fosse comunque stata eseguita*, il creditore opporrà di aver adempiuto e alla risposta del debitore, che affermerà il cattivo adempimento, potrà replicare anche in questo caso opponendo il patto *solve et repete*» (*Ibidem*, c. 293).

([158]) Tali temi sono stati ripercorsi anche in ASCARELLI, *Diritto sostanziale e diritto processuale nel patto contrattuale del* solve et repete, cit., p. 711 ss.

© Wolters Kluwer Italia

sola con cui non si regola tanto la proponibilità delle eccezioni in sede processuale, quanto l'esercizio dei diritti che, in ambito contrattuale, la parte gravata del patto matura a fronte dell'altrui inadempimento, i quali restano subordinati (e dunque condizionati sospensivamente) al pagamento del prezzo (o, comunque, all'adempimento dell'intera prestazione da parte del soggetto gravato dalla clausola) ([159]).

Quanto ai limiti dell'autonomia privata che le parti incontrano nell'inserire la clausola *solve et repete* all'interno del contratto, Tullio Ascarelli ritiene che, anche qualora le parti nulla dicessero al riguardo, «l'ambito del patto è limitato al solo diritto all'adempimento della prestazione scevra da vizi: esso non si riferisce ai vizi del contratto, relativamente ai quali pertanto il *solve et repete* sarà applicabile (...)». Ciò è ricavabile non solo dall'interpretazione giurisprudenziale formatasi fino ad allora sulle clausole di tal tenore, ma anche indagando l'intenzione delle parti – ovvero di quella che pretende l'inserimento del patto – di fronte al modello del *solve et repete* fiscale. Il ragionamento di Ascarelli qui è di particolare finezza, in quanto risponde anche alle critiche di chi potrebbe ritenere che siffatto limite all'autonomia privata potrebbe portare alla sostanziale paralisi dell'operatività della clausola, ove si pensasse che sarebbe sufficiente per il debitore eccepire strumentalmente un vizio di invalidità del contratto per evitare l'immediato pagamento a cui la clausola mira: ripercorrendo le sue parole sull'ambito di validità

([159]) Tullio Ascarelli così argomenta, a tal riguardo: «Il diritto del debitore difatti ha come suo presupposto non solamente la stipulazione del contratto, ma anche la circostanza che la prestazione eseguita, non rispondendo alle *condizioni* fissate nel contratto, non può valere come adempimento. Quando invece il prezzo venga pagato si verifica il *presupposto per cui era sospensivamente subordinato* il diritto di far valere l'inadempienza e il debitore potrà pertanto agire per l'inadempimento. Il patto del *solve et repete* viene così ad avvicinarsi ad una rinuncia all'*exceptio inadimpleti*, ma non si identifica con questa. Da un lato difatti il suo ambito è più vasto poiché esclude ogni possibile mezzo di far valere l'inadempienza, ben inteso finché il prezzo non venga pagato, dall'altro è più ristretto riferendosi più che a una inadempienza assoluta, a un cattivo adempimento, in ordine a tutte le clausole del contratto senza distinzione, e avvicinandosi per questo lato all'*exceptio non rite adimpleti contractus*. Il criterio distintivo tuttavia non deve porsi nella distinzione tra inadempimento e cattivo adempimento, ma nella distinzione tra il diritto all'adempimento e i diritti, non necessariamente connessi, ma tuttavia distinti, che presuppongono l'inadempimento» (ASCARELLI, *Sulla clausola "solve et repete" nei contratti*, cit., c. 293).

© Wolters Kluwer Italia

del patto *solve et repete*, egli rimarca che «né diverso può essere l'intento della parte che impone la clausola, la quale vuole essenzialmente garantirsi il puntuale pagamento del prezzo, ma necessariamente prescinde dai vizi del contratto. né diversa può essere la conclusione dell'interprete il quale ricordi come l'interpretazione del patto vada fatta *contra stipulatorem* (...) e piuttosto nel senso nel quale esso può essere valido che in quello nel quale è sicuramente invalido (...). Non è esatto che se così fosse la clausola sarebbe facilmente ridotta nel nulla, perché basterebbe l'eccepire anche un vizio del contratto per paralizzare l'efficacia della clausola (...). Quanto un vizio del contratto venisse eccepito il giudice dovrebbe preliminarmente pronunciarsi sulla sussistenza di questo vizio; quando poi il vizio venisse dichiarato insussistente il compratore dovrebbe pagare il prezzo per poter poi agire per l'inadempimento e ripetere il prezzo pagato. La distinzione certo non corrisponde, ma può, nell'intento empirico delle parti, avvicinarsi a quella vigente in ordine al *solve et repete* fiscale che, secondo la dominante giurisprudenza, non ha luogo se non quando sussistano le condizioni stesse del privilegio».

Ascarelli finisce dunque per concordare sulle posizioni già espressa da Gabba sui limiti della clausola concernenti la validità stessa del contratto, che rendono proponibile per il debitore le eccezioni concernenti gli *essentialia negotii*, di fronte ai quali l'operatività del *solve et repete* convenzionale resta paralizzata ([160]). Tullio Ascarelli si esprime diversamente, ponendo l'attenzione sui «vizi del contratto», contrapposti ai «vizi della prestazione», di fronte ai primi, l'autonomia privata incontra un limite invalicabile; di fronte ai secondi, invece, l'autonomia privata opera limitando l'eccezione di inesatto adempimento e, con essa, i diritti che, sul piano rimediale, possono essere fatti valere nei confronti della controparte, subordinando sospensivamente l'invocabilità di tali diritti al pagamento del prezzo. Di fronte all'eccezione di inadempimento assoluto, invece, la clausola ritorna a non operare: Gabba, ripercorrendo i principi affermati sin dalla tradizione, in continuità con il diritto romano, annoverava negli *essentialia negotii* anche la necessità che vi fosse una corrispondenza tra prestazione e controprestazione, ritenuti elemen-

([160]) Sulle posizioni di Carlo Francesco Gabba si rimanda, *supra*, all'analisi esposta nel paragrafo precedente del presente capitolo.

© Wolters Kluwer Italia

ti essenziali del contratto, apprezzabili – in altri termini – sotto il profilo della *causa*; Ascarelli argomenta in maniera diversa, rimarcando come la presenza della *causa*, nei contratti sinallagmatici, va valutata al momento in cui si assumono gli impegni alle reciproche prestazioni e, dunque, al momento in cui sorgono, con la conclusione del contratto, le rispettive obbligazioni, pertanto l'intervenuta successivo inadempimento assoluto, in fase di esecuzione del contratto, non può portare a far ritenere invalida la clausola *solve et repete* in relazione all'elemento causale: non fa sorgere obbligazioni "astratte", sotto il profilo causale, ma produce il differimento dell'esigibilità della prestazione principale – o dei rimedi esperibili in caso di inadempimento altrui – solamente a seguito del pagamento del prezzo. Proprio in merito al tema della *causa* in relazione all'eccezione di inadempimento, Ascarelli chiarisce che «quanto a quelle argomentazioni che ritengono invalida la rinuncia all'*exceptio inadimpleti*, perché detta eccezione riposerebbe sul fatto che l'adempimento di ciascuna prestazione è tecnicamente la causa dell'altra, sì che la rinuncia a detta eccezione varrebbe quale astrazione della causa in una delle obbligazioni, (...) a me sembra (...) dimostrato, come il fondamento dell'*exceptio inadimpleti* sia diverso e come pertanto sia inesatta la conseguenza sopra accennata» ([161]), ossia, l'invalidità (o la limitazione) della rinuncia all'eccezione di inadempimento, dato che «nei contratti sinallagmatici la causa non consist[e] nel reale ed effettivo conseguimento dell'obbligazione, ma nell'assunzione della controprestazione» in sede di perfezionamento del contratto» ([162]). Il tutto è riconducibile alla volontà stessa delle parti ed è dunque il risultato dell'autonomia delle parti espressa nel *solve et repete* convenzionale, che strutturano il contratto inserendo una disciplina *ad hoc* sull'ordine con cui le prestazioni vadano eseguite e possano essere esatte dalla controparte ([163]).

([161]) *Ibidem*, c. 294.

([162]) *Ibidem*, c. 294.

([163]) Sostiene ancora Tullio Ascarelli che «può (...) argomentarsi dal generale principio della libertà contrattuale quale vige nel campo del diritto delle obbligazioni anche in relazione all'ordine delle prestazioni e alla loro connessione reciproca, come alla disciplina della responsabilità derivante dalla loro inadempienza.

In sostanza la volontà delle parti aggiunge ai presupposti legislativamente necessari onde sussista il diritto di far valere l'inadempimento dell'obbligazio-

© Wolters Kluwer Italia

Tuttavia, proprio perché della clausola *solve et repete* viene rimarcato il carattere sostanziale, l'inadempimento assoluto della parte a beneficio della quale il patto opera è solo ipoteticamente ravvisabile: la clausola in questione, infatti, finisce per introdurre, sul piano sostanziale, un meccanismo di differimento della prestazione principale (e, dunque, della sua esigibilità) rispetto alla prestazione pecuniaria oggetto del *solve*. La clausola in parola, secondo la costruzione di Tullio Ascarelli, si viene a configurare come una sorta di condizione sospensiva, nella quale il diritto a far valere l'inadempimento della controparte (e gli ulteriori rimedi che hanno nell'inadempimento il loro presupposto) è subordinato sospensivamente al pagamento del prezzo, che costituisce l'evento incerto dedotto nella condizione. Sicché, interpretandosi così la clausola, potrà essere ritenuto inadempiente il solo debitore del prezzo – ove questi non abbia ancora effettuato il pagamento – e non anche il debitore della prestazione principale, il quale, per l'operatività della clausola, sarà invece tenuto ad adempiere alla propria prestazione solamente dopo che il prezzo sia stato pagato. Prima di ciò non potrebbe tecnicamente essere ritenuto inadempiente e, pertanto, l'*exceptio inadimpleti* proposta dal debitore del prezzo (non ancora corrisposto) finirebbe per essere rigettata. Tale indirizzo interpretativo si coglie nelle argomentazioni che Tullio Ascarelli dedica, nel proprio scritto, al rapporto tra clausola *solve et repete* e "clausola di risoluzione espressa del contratto in caso di mancato pagamento del prezzo" ([164]): «(...) può domandarsi se la risoluzione espressa possa venir pronunciata quanto, inadempiente rimanendo il venditore (locatore...), la controparte non paghi il prezzo, nonostante l'aggiunto patto *solve et repete*. In linea di principio io credo che la risoluzione debba in questo caso aver luogo, né

---

ne, quello del pagamento del prezzo scaduto, così come nell'ipotesi dell'anticipazione del prezzo, l'effettivo pagamento del prezzo è un presupposto per poter richiedere l'adempimento della prestazione (anche in quell'ipotesi non si ha una semplice dilazione all'adempimento della prestazione. Il diritto all'esecuzione della prestazione è appunto subordinato al previo pagamento del prezzo. Il fatto del pagamento costituisce infatti un *dies incertus an* non meno che *quando*); non è già l'obbligo di pagare il prezzo che viene astratto dalla sua causa, la quale è costituita dall'assunzione, non dall'esecuzione della controprestazione; è l'obbligo di rispondere per l'inadempienza che, se vuolsi, ha come suo presupposto anche il pagamento del prezzo scaduto» (*Ibidem*, c. 295 e, *ivi*, anche nota n. 7).

([164]) *Ibidem*, c. 295.

© Wolters Kluwer Italia

mi sembra che, ammessa la validità del patto *solve et repete*, si possa andare in diversa soluzione.

Ammessa difatti la validità del patto *solve et repete* è il solo debitore del prezzo quegli che può dirsi inadempiente; il debitore della contro prestazione non può dirsi inadempiente, perché egli è tenuto ad adempiere solo previo pagamento del prezzo scaduto (...). Tanto nell'ipotesi della risoluzione espressa, come in quella della risoluzione tacita pertanto, non può escludersi che, nel caso concreto, il giudice debba bensì condannare il debitore del prezzo all'immediato pagamento del medesimo rinviando ad un ulteriore giudizio l'esame dell'inadempimento del debitore della prestazione, ma non debba pronunciarsi la risoluzione» ([165]).

Un temperamento all'operatività del patto *solve et repete* che, per il meccanismo ravvisato da Ascarelli, porterebbe a paralizzare l'*exceptio inadimpleti* mossa dal debitore del prezzo al debitore della prestazione principale non eseguita, viene tuttavia rinvenuto nell'applicazione del principio di buona fede, volto a paralizzare intenti dolosi ad opera del soggetto beneficiato dalla clausola in esame. Consapevole dei rischi di abuso che essa può portare, Ascarelli avverte che «naturalmente non può escludersi che in determinati casi il patto *solve et repete* nasconda un patto *ne dolus*; sarà in questo caso illecito, ma non per l'illiceità generale del patto ma per la illiceità di quel determinato patto in concreto, date le sue peculiari caratteristiche», dando atto che «la giurisprudenza del resto, per quanto concerne una argomentazione che può lasciare qualche volta insoddisfatti, non è stata insensibile a questo limite (...)» ([166]).

Pur a fronte di un impiego doloso del *solve et repete* convenzionale, illecito nella fattispecie concreta, non può pertanto sostenersi «in linea generale e salve particolari ipotesi concrete, che il patto si risolva in una convenzione *ne dolus praestetur*, in quanto con esso lo stipulante "cerca di assicurarsi l'impunità per una violazione futura del diritto altrui". In realtà, nonostante il

---

([165]) *Ibidem*, c. 296, a cui *amplius*, si rinvia sul rapporto tra risoluzione e clausola *solve et repete*, qui tracciata nelle linee essenziali, per quanto rileva per l'economia del discorso che si sta conducendo. L'A. conduce infatti una più analitica disamina, ma incentrata sulla specificità che l'istituto aveva sotto la vigenza del codice civile del 1865 c.c.

([166]) *Ibidem*, c. 295.

© Wolters Kluwer Italia

patto, potrà pur sempre farsi valere ogni inadempienza, previo però il pagamento del prezzo.

Praticamente certo il venditore acquista una situazione più vantaggiosa, analoga, si noti, da un punto di vista empirico, a quella che otterrebbe con pagamento anticipato dell'intero prezzo, ma giuridicamente non v'ha alcun suo esonero dal dolo e nemmeno dalla colpa» ([167]).

Sono aperture significative, che si rinvengono anche nelle ottocentesche pagine di Francesco Carlo Gabba, le quali segnano l'avvio di un percorso che culminerà, dietro le spinte propulsive della Costituzione italiana e del processo di innovazione proveniente dal diritto europeo, ad una sistematica rivalutazione dei temi della giustizia contrattuale e dell'intervento del giudice a correzione degli squilibri normativi generati dall'autonomia contrattuale ([168]).

2.5.3. *La posizione di Casimiro Caravelli (1930) sulla nullità della clausola* solve et repete *e sulla sua natura processuale, con critiche all'impostazione di Tullio Ascarelli*

Il dibattito dottrinale si arricchisce anche di posizioni, rimaste minoritarie, di convinta asserzione della nullità della clausola *solve et repete*. Tra queste è significativa la tesi di Casimiro Caravelli, espressa nella nota di commento alla già citata sentenza del Tribunale di Pisa del 19 maggio 1929, pubblicata nel 1930 sul Foro italiano, con l'avvertenza – già preannunciata nel paragrafo precedente – che il commento è dell'estensione della sentenza, sicché la nota dottrinale finisce per essere una "glossa" dell'autore alla pronuncia che il medesimo ha redatto in seno al collegio giudicante ([169]). Più di talvolta il testo della nota e della sentenza usano le stesse parole nei passaggi argomentativi, anche se la nota è più ricca di sfumature e più approfondita nelle argomentazioni e nei riferimenti dottrinali, che in sentenza solo

---

([167]) *Ibidem*, c. 294.

([168]) Si veda su tali temi, in riferimento al *solve et repete* pattizio, la disamina contenuta nel cap. 3 del presente scritto.

([169]) Ci si riferisce a CARAVELLI, *La clausola "*solve et repete*" nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1930, I, c. 629 ss., nota a Trib. Pisa, 19 maggio 1929 (Pres. Casanova, Est. Caravelli), *ivi*, c. 629 ss., cit.

© Wolters Kluwer Italia

solamente accennati, e di quelli giurisprudenziali, praticamente assenti nella pronuncia pisana.

Ritiene l'A. che la clausola debba essere ritenuta nulla, ma sotto un profilo diverso rispetto a quello già evidenziato da altri autori: e a tal riguardo ricorda che già in dottrina s'era avanzata la tesi della nullità della clausola con considerazioni coinvolgenti il profilo causale, là dove s'è sostenuto – ad esempio ad opera di Seletti, *ivi* cit. – che l'apposizione della clausola *solve et repete* ad un contratto bilaterale porterebbe a stravolgere la causa del contratto, finendo per trasformarlo, inammissibilmente, in un «negozio astratto», con conseguente nullità del patto per violazione degli *essentialia negotii* ([170]).

Per Caravelli, come sostenuto anche nella sentenza di cui è

([170]) *Ibidem*, c. 630, ove l'A. ricorda che «una teoria che nega in linea assoluta la legittimità della clausola nei contratti bilaterali, si basa esclusivamente, o preventivamente almeno, sulla distinzione teorica dei negozi concreti e dei negozi astratti. "Stipulare una vendita o una locazione colla clausola *solve et repete* – dice il Seletti – non altro vuol dire che distruggere i precetti inderogabili della nostra legge, che impongono al negozio una base causale (artt. 1104-119 [c.c. del 1865, *n.d.a.*]) e creare, così, un negozio astratto. (...) La distinzione teorica dei negozi causali o concreti e formali o astratti, è tutta fondata sul presupposto della loro struttura e organicità, che negli uni, quelli concreti, è caratterizzata dalla coesistenza di obbligazioni *ex utroque latere* e fra di esse dipendenti e connesse, in modo che l'una costituisca la causa dell'altra, laddove quelli astratti sono caratterizzati dall'esistenza di un'unica obbligazione indipendente, o almeno apparentemente indipendente, non connessa con altre e tutta ravvolta nel suo rigore formale». Tale impostazione non è tuttavia condivisa da Casimiro Caravelli, che nel suo scritto rimarca la specificità del *solve et repete* fiscale rispetto a quello convenzionale, per sostenere l'impossibilità di attribuire al patto *de quo* la capacità di produrre l'astrazione della causa evidenziata nel richiamato orientamento dottrinale: «(...) è certo che in diritto pubblico il *solve et repete* accede esclusivamente agli atti amministrativi, che sono essenzialmente unilaterali; ma ciò non vuol dire che, applicato ad un negozio bilaterale, avvia per sé la forza di straformarlo in negozio unilaterale. Il *solve et repete* non può mai avere la capacità di annullare l'interdipendenza e la connessità delle obbligazioni contrapposte. Il compratore, che è costretto a pagare, paga sempre in contemplazione dell'acquisto: e quand'anche l'obbligazione debba eseguirsi prima dell'adempimento del venditore, non per questo perde il suo carattere di prezzo, vale a dire di obbligazione causale, dipendente e indissolubilmente connessa coll'acquisto. (...) Se così non fosse (...), il *repete*, cioè la possibilità di ripetere il pagato, pel caso d'inadempimento del venditore, non avrebbe neanche senso. Ed è perciò che esso non viola gli *essentialia negotii*, né nega i diritti sostanziali, che dal contratto deviano al convenuto, ma vieta soltanto a quest'ultimo di farli valere in giudizio o, comunque, di contestare il diritto del venditore, prima che abbia adempiuto la propria obbligazione. Ed è in questo senso, che il problema va impostato, nel-

© Wolters Kluwer Italia

l'estensore, la nullità andrebbe dichiarata sotto tutt'altro profilo, ossia per contrarietà con le norme di diritto pubblico che presidiano l'esperibilità di azioni ed eccezioni, sottratte alla disponibilità dei privati, tanto con riguardo all'ipotesi della rinuncia, quanto con riguardo all'apposizione di limitazioni: è questo il terreno del diritto pubblico, di cui l'autonomia privata non può disporre, per l'esigenza di salvaguardare insopprimibili esigenze difensive in sede processuale ([171]). La pattuizione con cui si intende subordinare l'esperimento dell'eccezione o di altra azione in sede processuale al previo pagamento del prezzo è dunque affetta da nullità insanabile, perché da collocare sul piano processuale e nella sfera del diritto pubblico non disponibile, con posizioni di aperto contrasto rispetto a quelle di Tullio Ascarelli, che l'A. apertamente critica ([172]).

---

l'*esame cioè, di questa subordinazione della facoltà potenziale di agire o di eccepire*».

([171]) *Ibidem*, c. 632, spt. par. 4.

([172]) Così si esprime CARAVELLI, *op. cit.*, c. 632: «Se un primo effetto della clausola è nella subordinazione del diritto di difesa e nella conseguente alterazione del principio d'uguaglianza nei giudizi, nessun dubbio che essa operi nel campo del diritto formale, che è diritto pubblico ed inderogabile. L'opinione contraria dell'Ascarelli non si riesce nemmeno a comprendere. Seguendo l'indirizzo intermedio, egli interpreta la clausola in modo piuttosto restrittivo e dice che non deve intendersi illimitata al punto di togliere, o sospendere al debitore la difesa circa l'esistenza o la validità dell'obbligazione, od anche ricerca l'inadempimento assoluto del venditore, ma solo al punto di potergli negare il diritto all'*exceptio non rite adimpleti contractus*. Tanto più, aggiunge l'autore, che, se così intesa, non implica più rinunzia all'eccezioni in senso processuale, ma una pura e semplice subordinazione del diritto sostanziale, che dall'inesatto adempimento possa al compratore derivare». Tuttavia, prosegue criticamente il Caravelli, «che la teoria dell'Ascarelli sia ingegnosa non v'ha dubbio; ma non crediamo possa avere seguaci. Perché, com'è mai possibile ammettere quell'interpretazione restrittiva e poi giungere al punto di sostenere che la clausola, soltanto influendo sull'*exceptio inadimpleti*, o meglio ancora, *non rite adimpleti contractus*, subordini al pagamento del prezzo soltanto il diritto sostanziale, che dall'inesatto adempimento, possa al convenuto derivare? Le clausole contrattuali vanno sempre interpretate secondo la volontà delle parti, e, stipulando il *solve et repete*, i contraenti non possono rapportarsi al suo vero significato; quello che (...) si traduce non già nell'impossibilità di eccepire soltanto l'inesatto adempimento, ma nell'assoluta impossibilità di difendersi e di rispondere con qualsiasi eccezione di merito o di forma, semplice o riconvenzionale» (*Ibidem*, c. 632).

Tullio Ascarelli non rimane insensibile alle osservazioni mossegli, alle quali replica con altro suo scritto del 1933 (ASCARELLI, *Diritto sostanziale e diritto processuale nel patto contrattuale del solve et repete*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, p. 711, cit.). Il solco tracciato da Ascarelli verrà poi percorso dalla giurisprudenza, anche della Cassazione, che si andrà a delineare sulla natura della

© Wolters Kluwer Italia

Nella sua nota a sentenza approfondisce il raffronto tra clausola *solve et repete* e pattuizione sul pagamento anticipato (sovente proposto in dottrina – seppur con le dovute differenze – a sostegno della natura sostanziale del patto e, altresì, per rendere maggiormente palese l'operatività della clausola sul terreno dell'adempimento della prestazione dedotta nell'obbliga-zione, in reciproca connessione con la sua controprestazione). Su tale aspetto il Caravelli giudica «errata (...) l'opinione spesso ricorrete in dottrina e giurisprudenza, che la clausola *solve e repete* possa equipararsi a quella di pagamento anticipato» ([173]) e quindi far discendere dalla pacifica validità della prima anche la validità della seconda. In realtà, per tale A., la clausole opererebbero in maniera assai diversa, come può evincersi dall'esame della prassi, che vede l'apposizione della clausola soprattutto là dove il pagamento sia *posticipato* (e non anticipato) rispetto all'esecuzione dell'altra prestazione, sicché appare contraddittorio sostenere che la clausola *solve et repete* avrebbe l'effetto di imporre un'anticipazione del pagamento del prezzo da parte del debitore, dato che la volontà delle parti, nel regolare la scansione temporale dell'adempimento delle parti, è solita indicare tutt'altro ([174]). Per il Caravelli le divergenze profonde tra le sue clau-

---

clausola al cospetto dell'attuale art. 1462 c.c., confermandone il carattere sostanziale, con le implicazioni che ne discendono sul piano processuale, tra cui l'idoneità del pagamento, avvenuto in corso di causa, a superare le preclusioni derivanti dalla clausola *solve et repete* ed a consentire la cognizione delle eccezioni e delle domande riconvenzionali prima precluse nel giudizio (v., ad es., Cass. 14 dicembre 1994, n. 10697; nonché Trib. Grosseto, 12 maggio 2015 n. 453, cit., ove addirittura il pagamento era stato documentato dopo l'udienza di precisazione delle conclusioni, in allegato alla comparsa conclusionale, senza che fosse stato contestato nelle avverse memorie di replica). Per un approfondimento di tali aspetti si rimanda al cap. 2 del presente volume.

([173]) *Ibidem*, c. 631.

([174]) L'A. ult. cit. così argomenta sul punto: «Se consideriamo ciò che si verifica in pratica, troviamo anzitutto che il patto accede sempre nelle vendite di macchine con pagamento *posticipato*, ed anzi rateale. Ora, come e donde si possa parlare d'analogia col patto di pagamento *anticipato*, di fronte alla reale sussistenza del patto del pagamento *posticipato*, è veramente difficile comprendere» (*Ibidem*, c. 631). Il Caravelli mitiga però subito dopo la sua linea interpretativa, ma nel vaglio critico delle opposte posizione, non invece nelle conclusioni del suo discorso: «è vero che a un dipresso e per quale aspetto si può anche vedere una certa analogia negli effetti pratici, nel senso che anche colla clausola *solve et repete*, il debitore del prezzo si può trovare nella condizione di dover soddisfare la sua obbligazione prima che sia soddisfatta, o fedelmente soddisfatta, quella dell'altro; ma ciò non toglie che esista sempre una profonda divergenza, che esclude per sé stessa ogni analogia. Il pagamento

© Wolters Kluwer Italia

sole portano a ritenere che gli effetti del patto sono da apprezzare più sul piano processuale che non su quello sostanzialmente, giacché la volontà delle parti è indubbiamente quella di creare una situazione di diseguaglianza tra le parti, nella facoltà di proporre le loro eccezioni in giudizio ([175]). La critica, invero, non è del tutto peregrina, dal momento che il legislatore italiano del 1942 e quello europeo del 1993, hanno optato per comprimere l'efficacia e la validità stessa della clausola, rispettivamente nei contratti per adesione *ex* artt. 1341, comma 2, 1342 c.c., e nei contratti con i consumatori *ex* dir. 93/13/CEE, poi trasposta negli artt. 1469 *bis* ss. c.c. e, infine, negli artt. 33 ss. del codice del consumo. Si tratta, com'è noto, di norme volte a ricreare una giustizia contrattuale, ristabilendo l'equilibrio normativo nei contratti, alterato in maniera significativa da clausole vessatorie (o abusive), nei rapporti con contraenti deboli.

Non è passata invece la linea intransigente, volta a decretare l'assoluta invalidità del patto per contrarietà a norme imperative di diritto pubblico e la sottraibilità alla sfera dell'autonomia pri-

---

anticipato lascia sempre libero il varco della discussione sulla giustificazione o meno dell'inadempimento, ciò che vuol dire, lascia sempre libero il varco all'eccezione e alla difesa e fa svolgere il giudizio con piena e perfetta uguaglianza delle parti, mentre il *solve et repete* toglie ogni possibilità di preventiva discussione e subordina la difesa di quest'ultimo al pagamento del prezzo, *come all'adempimento d'una condizione necessaria all'esercizio della sua eccezione difensiva*» (*Ibidem*, c. 631).

([175]) Citando Cass. 7 maggio 1928, in *Foro it*., 1929, I, c. 290 ss., in tema di *solve et repete* fiscale, le riflessioni di CARAVELLI, *op. cit.,* c. 631 proseguono rimarcando che «tutto questo è la Cassazione che lo dice in altra sua recentissima sentenza, ove pone appunto in rilievo come il *solve et repete* alteri profondamente il principio d'uguaglianza delle parti in giudizio, non senza aggiungere che è solo in nome del principio della *sovranità dello Stato*, che al debitore è negato di potersi opporre al tributo, se non abbia prima obbedito all'ingiunzione. Ma allora, è evidente, tutto questo può essere giustificato in rapporto agli atti di diritto pubblico, non mai a quelli di diritto privato». L'argomentazione non è per la verità decisiva, anche qui per una questione di metodo: dalla disamina dei principi in tema di *solve et repete* fiscale non può ricavarsi, *a contrario*, l'applicazione di un opposto principio in tema di *solve et repete* pattizio. Per di più, ironia della sorte, con l'entrata in vigore della Costituzione, le norme sul *solve et repete* fiscale non hanno retto il vaglio della Corte costituzionale sulle questioni di legittimità sollevate nei riguardi degli artt. 3 e 24 Cost., rispettivamente sul principio di uguaglianza e sul diritto alla difesa in giudizio, mentre la norma sul *solve et repete* pattizio, prevista all'art. 1462 del codice civile del 1942 ha resistito a tutti gli assalti volti a decretarne l'illegittimità costituzionale. Sul punto si veda quanto precisato *amplius* nel successivo capitolo del presente lavoro, anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

© Wolters Kluwer Italia

vata: l'art. 1462 c.c. del codice civile del 1942, rimasto intonso al vaglio della Consulta, riconduce sicuramente il patto *solve et repete* nella sfera dell'autonomia privata, fissando al contempo limiti e strumenti per contenere lo squilibrio paventato dall'impostazione di Casimiro Caravelli ([176]), dalla quale, tuttavia, emergono istanze che, oggi, potrebbero collocarsi sul piano degli strumenti di tutela del contraente per assicurare quella che, nel dibattito attuale, viene chiamata "giustizia contrattuale" ([177]).

2.5.4. *La posizione di Paolo Greco (1931 e 1933) sulla portata e sui limiti di efficacia della clausola* solve et repete*, nonché sulla sua validità, con particolare riguardo alla causa del contratto. Il contributo di La Torre (1932 e 1933)*

Un significativo apporto al dibattito dottrinale sul patto *solve et repete* è stato conferito da Paolo Greco, in un suo scritto del 1931 ([178]). Le sue riflessioni prendono spunto dalla posizione antitetica di due sentenze, la prima resa dalla Cassazione il 28 luglio 1930 – con posizioni volte ad evitare limitazioni all'auto-

---

([176]) L'intransigenza si legge in altro passaggio della sua nota, ove viene rimarcato che «L'argomento giurisprudenziale che la clausola possa applicarsi solo ed in quanto il nostro sistema sia informato all'autonomia delle parti non ha alcun sapore d'ermeneutica. Ammettere o negare l'esattezza scientifica d'un principio, non altro vuol dire che ammettere o negare la sua funzione organica nel sistema. E nel nostro sistema la libertà delle parti non è sempre produttiva di effetti giuridici. Essa può anche trovare un limite, che è costituito dall'ordine giuridico». Così CARAVELLI, *op. cit.*, c. 631, ove, ripetendo le parole già espresse come estensore nella sentenza annotata, reitera le considerazioni critiche sul sostanziale annullamento della libertà contrattuale nei rapporti tra impresa e consumatori dovuta all'«irrefrenabile tendenza dell'attività mercantile verso la completa cartellizzazione delle imprese (...), al fine di poter esercitare, nel campo economico, quella spiccata dittatura totalitaria che oggi costituisce il problema più impressionante (...)».

([177]) Per l'approfondimento di tali temi si rinvia ancora una volta al capitolo terzo del presente volume.

([178]) GRECO, *La clausola "*solve et repete*": ragioni e limiti alla sua efficacia*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, 2, p. 142 ss., in nota a Cass. 28 luglio 1930 e App. Milano 6 giugno 1930, entrambe *ivi* pubblicate. L'A. ritornerà sul medesimo argomento in altro suo scritto del 1933 (GRECO, *Ancora sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, 2, p. 557 ss.), per replicare ad alcune critiche mossegli da Liebman, di cui si dà conto, *infra*, nel prosieguo del discorso.

© Wolters Kluwer Italia

nomia privata nel *solve et repete* ([179]) –, la seconda pronunciata dalla Corte di Appello di Milano il 6 giugno del 1930, che argomenta invece per la necessità di contenere in via interpretativa l'autonomia privata, restringendo l'operatività della clausola *solve et repete*: quest'ultima, anche in assenza di espressa indicazione delle parti, arretra di fronte alle eccezioni con le quali il debitore del prezzo intenda contestare la gravità dell'inadempimento del debitore della prestazione principale, nei contratti sinallagmatici ([180]).

Entrambe le pronunce prese in esame da Greco ribadiscono dunque la *validità* del patto in questione, che tuttavia, nelle argomentazioni dei giudici, ha un ambito di *variabilità* diverso, a seconda del "peso" che viene attribuito all'autonomia privata e di come viene interpretato il "ruolo" che il giudice assume al cospetto di essa ([181]).

([179]) La massima di Cass. 28 luglio 1930, in *Riv. dir. comm.*, 1931, 2, p. 142, cit., così recita: «È valida la clausola contrattuale con cui rimanda vietato al compratore di esercitare comunque azioni o eccezioni fondate sull'inadempienza del venditore fino a quando egli non abbia pagato il prezzo.

Ammessa la validità della clausola, non può giustificarsene alcuna limitazione, nemmeno in rapporto alla gravità delle inadempienze in cui sia incorso il venditore, salvo la dimostrazione di una diversa volontà delle parti».

([180]) Per App. Milano, 6 giugno 1930, in *Riv. dir. comm.*, 1931, 2, p. 142 s., cit., «È valida la clausola *solve et repete* nei contratti bilaterali tra privati.

Tale clausola deve pertanto avere piena applicazione, ma non è opponibile in caso di inadempimento grave ed assoluto da parte del contraente a favore del quale venne stipulata».

([181]) Ruolo e portata dell'autonomia privata al cospetto della *clausola solve et repete*, per il Supremo Collegio nella cit. sent. del 28 luglio1930 sono espressamente enunciati in un interessante passaggio delle motivazioni, ove, contestando la posizione assunta dalla corte di merito nella sentenza impugnata per cassazione, si trova affermato che «sarebbe stato necessario dire perché mail un patto che si dichiara non contrario alla legge, in quanto rientra nell'àmbito delle facoltà connesse all'autonomia contrattuale delle parti e non tocca l'ordine pubblico e non implica una preventiva rinunzia ai mezzi di difesa pel semplice fatto della posticipazione del giudizio, diventi contrario alla legge quando colui che dovrebbe pagare si faccia a dedurre gravi inadempienze a carico della parte avversa, e perché mai al compratore, a colui cioè nel cui confronto si è concordemente voluto che la clausola con tutto il suo peso agisse, possa essere rimessa la facoltà di farne cessare il funzionamento mediante la deduzione di gravi inadempienze *ex adverso*, che potrebbe essere non solo infondata, ma artificiosa e di mala fede. La logica esige infatti che, qualora il patto sia stato convenuto, senza che i contraenti abbiano dato a dividere la loro volontà di limitarne l'applicazione a casi determinati, esso debba o non debba valere egualmente in ogni e qualsiasi ipotesi» (*Ibidem*, p. 144).

© Wolters Kluwer Italia

Mi pare che le riflessioni di Greco siano tra quelle più significative del periodo compreso tra la codificazione postunitaria del 1865 e quella dell'attuale codice civile del 1942, per profondità di analisi, capacità di ricostruzione sistematica e lettura critica delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali che si sono succedute in quel periodo e con le quali abilmente dialoga.

Troppo spesso infatti, quando si interpreta il tenore della clausola *solve et repete*, ci si assesta sulla posizione di chi l'ha predisposta ([182]), dimenticando tuttavia che nel contratto bi-

---

Diversamente considerata è la portata dell'autonomia privata nelle argomentazioni della seconda pronuncia commentata da Greco, ovvero della sentenza della Corte di Appello di Milano del 6 giugno 1930, cit., per la quale «non esiste che la clausola liberi il contraente, a vantaggio del quale è stabilita, da qualsiasi responsabilità in caso d'inadempimento, né che lo spinga perciò ad un comportamento doloso o gravemente colposo dandogli la possibilità di ottenere la controprestazione anche quando non abbia adempiuto la sua prestazione, né che faccia persino mancare la causa nel contratto bilaterale (...)» (*Ibidem*, p. 145).

([182]) Si veda in tal senso, ad es., la posizione di LA TORRE, *Sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti ed in ispecie nelle locazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, 2, p. 494 ss.; ribadita anche nello scritto successivo, LA TORRE, *Ancora sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, 2, p. 549 ss., pubblicato per l'esigenza di replicare alle critiche mossegli da Liebman (v. *infra*). Per LA TORRE, *Sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti ed in ispecie nelle locazioni*, cit., p. 504, la clausola *solve et repete* va interpretata tenendo conto dell'esigenza che ne ha imposto l'adozione, che – a dire di tale A. – sarebbe quella di far fronte ad una posizione di debolezza in cui viene a trovarsi il creditore del prezzo, a favore del quale la clausola opera. L'A. rigetta dunque l'idea che la clausola *solve et repete* sarebbe imposta secondo la "legge del più forte"; in posizione di debolezza si troverebbe, invece, il solo predisponente, esposto alle eccezioni dilatorie del debitore del prezzo: «lo desumiamo da uno studio assai pregevole di un commerciante (Umberto Cantoni, nella Rivista Commercio, organo della Confederazione dei Commercianti, ottobre 1931). Espone in Cantoni come sia frequentissimo il caso, in epoche di crisi e di progressivo di prezzi, di pretestuose eccezioni da parte dei compratori al momento della ricezione della merce, per ottenere (...) un abbuono corrispondente al calo del prezzo verificatosi sul mercato. Spesso non si enunciano neppure i difetti: si dice che "la merce non è di soddisfazione" e si gioca tutto il possibile su di una sola carta, ma formidabile: e cioè sulla lungaggine delle procedure giudiziarie e l'impossibilità, da parte del venditore, di attendere per anni l'esito della lite, senza frattanto nulla riscuotere. E la manovra riesce nella maggior parte dei casi, specialmente se non fu inserito il patto *solve et repete*. Tutto ciò dimostra non essere esatto quanto premette qualche autore (E.T. LIEBMANN, in *Riv. dir. proc.*, 1931, II, 241) essere la clausola *solve et repete* "una delle numerose clausole che le imprese organizzate introducono nei loro formulari con la legge del più forte" (...)».

Si tratta di interpretazione che lascia ben intendere le effettive ragioni che

© Wolters Kluwer Italia

laterale la posizione di creditore è contemporaneamente assunta da entrambe le parti e ciascuna di esse, secondo l'interpretazione data da Paolo Greco, ha il diritto di veder tutelata la propria pretesa creditoria, secondo argomentazioni che, oggi, diremmo improntate al senso della giustizia contrattuale ([183]).

Si tratta, come annota lo stesso Greco, di «un'osservazione abbastanza ovvia» ([184]), ma che ha tuttavia «la sua importanza per orientare in questo tema il senso pratico dell'interprete» ([185]); ed infatti «si dice e si ripete che la clausola "*solve et repete*" è imposta dalle esigenze del commercio e di una più rigorosa tutela del credito, a cui serve con frustrare le male arti di quei debitori che, al momento di dover pagare, vanno in cerca di pretesti e di cavilli. Or questo è vero, com'è vera la necessità di rinsaldare la tutela del credito, purtroppo abbastanza rilassata ed illanguidita nel sistema legislativo.

Ma non bisogna d'altra parte dimenticare (...) che si tratta di una questione a doppio fondo o, se più piace, di medaglia a due facce, tanto più che siamo in tema di contratti bilaterali, in cui ciascuna parte è creditrice e debitrice ad un tempo, ed in un certo senso quindi ciascuna ha diritto a quella tutela...del suo diritto di credito, che ben a ragione si vuole energica ed efficace, ma che però non deve precostituire ad alcuna di esse una posizione di privilegio a copertura della sua eventuale mala fede!» ([186]).

Nelle sue osservazioni l'A. rimarca, infatti, come la rigida applicazione della clausola possa determinare situazioni di forte squilibrio a vantaggio del predisponente, che può addirittura giungere ad un utilizzo "abusivo" della clausola ai danni dell'altro contraente, debitore del prezzo: si giunge così al capovolgimento di quell'iniziale esigenza di tutela che aveva portato all'introduzione della clausola: «ora, il rovescio della medaglia è ben noto: da un lato sta il fatto che la parte, la quale stipula la

---

hanno portato all'introduzione della clausola, ma che tuttavia non reggono sul piano argomentativo, quanto al carattere di clausola imposta per via unilaterale all'aderente, facendo valere la superiorità indiscussa nella forza contrattuale, secondo le logiche del "prendere o lasciare" tipiche dei contratti di massa, per adesione, sui quali Tullio Ascarelli, nel saggio del 1929 già citato sopra reclamava un intervento del legislatore *de jure condendo*.

([183]) Così GRECO, *La clausola* "solve et repete": *ragioni e limiti alla sua efficacia*, cit., p. 149.

([184]) *Ibidem*, p. 149.

([185]) *Ibidem*, p. 149.

([186]) *Ibidem*, p. 149.

© Wolters Kluwer Italia

clausola a suo favore, trovasi il più delle volte in una situazione di superiorità contrattuale, determinata o dall'esercizio di un monopolio o da accordi di categoria su formulari di contratti: onde la sminuita o annullata autonomia dell'altra parte, che deve subire e accettare; dall'altro lato, e questo è forse anche più grave, ricorre la possibilità che si faccia servire la clausola non già a tutelare un onesto creditore contro i pretesi dilatori di un cattivo debitore, ma viceversa a coprire la mala fede di un contraente con rassicurargli, se non l'impunità assoluta per le sue inadempienze (impunità che spesso si ha di fatto, per le difficoltà pratiche che possono opporsi alla ripetizione nei casi di insolvenza, lontananza, ecc.), certo il diritto di pretendere la contropretazione pur nel caso della più flagrante e iniqua violazione dei propri obblighi di prestazione, il diritto quindi di rompere quell'armonia e quell'equilibrio fra le prestazioni contrattuali che la legge, d'accordo con la logica e con l'equità, vuole realizzare non solo nella costituzione, ma anche nella esecuzione dei contratti bilaterali fra le prestazioni contrattuali» ([187]).

Il dibattito sulla necessità di prevedere il mantenimento dell'equilibrio contrattuale, che porterà all'intervento legislativo sulle clausole vessatorie già auspicato da Tullio Ascarelli, era ormai giunto a maturazione. Al di là della disciplina in questione – che sfocerà, come sappiano con senno di poi, nell'elaborazione degli artt. 1341, comma 2, e 1342 del codice civile del 1942 e successivamente, grazie al diritto europeo, nella previsione di un regime *ad hoc* in tema di clausole abusive nei contratti con i consumatori, ai sensi della dir. 93/13/CEE e relative norme di attuazione nel nostro diritto interno – ciò che maggiormente rileva nell'impostazione di Paolo Greco è l'utilizzo dell'argomento dello squilibrio contrattuale ai danni dell'aderente per correggere interpretativamente (ad opera del giudice) il tenore della clausola *solve et repete*, ponendo sul piano applicativo quei limiti che le parti, nell'esercizio dell'autonomia privata, non avevano previsto, per via delle posizioni di forza diseguali.

Sulla scorta di tale presupposto, Greco sostiene che la clausola in parola, da considerarsi valida in quanto frutto dell'auto-

---

([187]) GRECO, *La clausola "*solve et repete*": ragioni e limiti alla sua efficacia*, cit., p. 149, ove l'A., sul tema dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali, richiama anche lo scritto di SCADUTO, *L'*exceptio non adimpleti contractus *nel diritto civile italiano*, in *Ann. Sem, Giur. Un. Palermo*, 1922, p. 224.

© Wolters Kluwer Italia

nomia contrattuale delle parti, debba tuttavia essere sottoposta ad una limitazione, non già sulla base della ricostruzione della volontà dei contraenti (che l'A. intende tuttavia in senso soggettivo), ma secondo un criterio obiettivo, da cui risulta una evidente restrizione dell'operatività stessa della clausola rispetto a quanto generalmente si è portati a ritenere ([188]).

Sulla scorta di tale impostazione, il primo problema interpretativo concerne una possibile critica secondo la quale contrasterebbe con la volontà delle parti riconoscere l'invalidità della clausola *solve et repete* ove intesa nel senso più ampio (ossia applicabile a fronte di qualsiasi eccezione) e, al contrario, la validità della medesima clausola ove questa abbia un significato più circoscritto, limitando le eccezioni proponibili solamente a quelle che non riguardino l'invalidità del contratto ed il grave ed assoluto inadempimento della parte a favore del quale la clausola è stata prevista: in tal caso, infatti, i principi di invalidità parziale del contratto guideranno alla soluzione da applicare, perché «(...) se si accerta che le parti volevano la clausola nella sua integrità come condizione essenziale del contratto, discenderà dalla nullità della clausola anche la nullità dell'intero negozio; diversamente nel caso contrario. E così pure in quest'ultimo caso, se si accerta, cosa peraltro molto difficile, che l'intenzione delle parti era di volere la clausola nella sia integrità o, in caso con-

---

([188]) GRECO, *La clausola "*solve et repete*": ragioni e limiti alla sua efficacia*, cit., p. 150 s., rimarca che «è piuttosto difficile inferire da una interpretazione di volontà un senso di equilibrata limitazione della clausola: è probabile per es. che guardando alla volontà dello stipulante, si debba riconoscere che nella sua mente stia l'idea di far servire la clausola alla più rigida ed ermeneutica tutela del suo interesse e si giustificherebbe così l'interpretazione latissima datale dal La Lumia [LA LUMIA, *Obbl. camb. e il suo rapp. fond.*, p. 54 ss., così come cit. da GRECO, *op. ult. cit.*, p. 8, *n.d.a.*]; guardando invece alla volontà del promissario è probabile che costui o non se ne renda esatto conto, o essendo costretto a subirla passivamente, la voglia intendere nel significato più blando.

Senonché io riterrei possibile attribuire alla clausola un senso rigoroso ed uniforme per via di una indagine di stretto diritto: vale a dire eliminando quei significati in cui essa o sarebbe manifestamente invalida per sconfinare dai limiti in cui è consentita l'autonomia della volontà contrattuale o in cui è ammissibile una rinunzia ad impugnare il contratto (...) o sarebbe invece in contrasto con la stessa logica delle varie disposizioni del contratto, fra di loro coordinate (...). Così, direi col metodo dei residui, si perverrebbe ad isolare quel minimo di significato e di portata della clausola, di cui resterebbe a esaminare la validità o meno».

© Wolters Kluwer Italia

trario, di non volerla affatto, dalla parziale illiceità della clausola deriverà la sua nullità totale, pur restando in piedi il contratto» ([189]).

Nell'indagare quali limiti incontra l'autonomia delle parti nello stipulare il patto *solve et repete*, Greco ribadisce con forza come quest'ultimo non possa essere utilizzato per paralizzare, fino al pagamento del prezzo contrattualmente stabilito, la proposizione dell'eccezione di *nullità* da parte del debitore del prezzo. Oltre ad argomentazioni di carattere processuale, sotto il profilo sostanziale sarebbe sufficiente rilevare che la nullità del contratto comporta anche l'invalidità stessa delle sue clausole e, dunque, anche la clausola *solve et repete*, che pertanto non potrebbe essere opposta al debitore del prezzo, ove fosse in contestazione proprio l'invalidità stessa del contratto ([190]).

Meno pacifica è la possibilità di sottrarre, all'operatività della clausola *solve et repete*, le eccezioni con cui il debitore del prezzo intenda far valere l'*annullabilità* del contratto ([191]), in quanto l'azione per l'annullamento del contratto necessita che chi vi abbia interesse a farla valere la proponga innanzi al giudice, sicché ben potrebbe verificarsi che il soggetto legittimato vi rinunci e la rinuncia all'azione di annullamento potrebbe ritenersi astrattamente ammissibile: ma, affinché sia valida, deve trattarsi di rinuncia non preventiva ([192]) e contenuta in atto sepa-

---

([189]) GRECO, *La clausola* "solve et repete": *ragioni e limiti alla sua efficacia*, cit., p. 152.

([190]) *Ibidem*, p. 152 e 153. Nello stesso senso anche ASCARELLI, *op. ut. cit.*, e SCADUTO, *op. cit.*

Quanto alla giurisprudenza, Paolo Greco avverte che in realtà tale argomentazione non dovrebbe ritenersi smentita neanche dalla giurisprudenza che, argomentando con eccessive generalizzazioni, ha affermato che la clausola *solve et repete* non incontrerebbe alcuna limitazione, se non prevista dalle parti medesime nell'esercizio dell'autonomia contrattuale, giacché «l'invalidità del contratto costituisce un *prius* che investe lo stesso valore del patto in esso contenuto, onde l'assoluta impossibilità di far valere il patto stesso quando ne sia in discussione precisamente l'esistenza!» (GRECO, *op. ult. cit.*, p. 153).

([191]) Che il patto *solve et repete* non possa essere fatto valere contro le eccezioni (e le azioni) di annullamento del contratto è stato sostenuto anche da ASCARELLI, *op. ult. cit.*, c. 290 ss. e FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902, p. 217, oltre che da GRECO, *op. ult. cit.*, p. 153. *Contra*, SCADUTO, *op. cit.*, p. 223.

([192]) Contro la rinuncia preventiva all'azione di annullamento, oltre alle pagine di GRECO, *op. ult. cit.,* p. 153 s., si veda anche, seppur con riguardo non al patto *solve et repete* ma alla clausola di incontestabilità inserita nei

© Wolters Kluwer Italia

rato e distinto rispetto al contratto annullabile ([193]). Ad analogo risultato si perverrebbe ove si invocassero ragioni di ordine pubblico, che imporrebbero comunque di considerare nulle le clau-

---

contratti di assicurazione a favore dell'aderente, MOTTA, *Sono valide le clausole di incontestabilità contenute nelle polizze dei contratti di assicurazione?*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, p. 4 ss., con orientamento condiviso successivamente anche da MANIACI, *La clausola di incontestabilità nei contratti di assicurazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 2, p. 440 ss., il quale tuttavia aggiunge, con riguardo alle disposizioni del codice civile del 1942, «che una rinuncia convenzionale all'azione di annullamento del contratto risulta nulla, non solo e non tanto perché - come è stato già detto e ricordato - la convalida di un contratto annullabile non può intervenire in via anticipata e preventiva rispetto alla venuta ad esistenza (*rectius*, conoscenza) del vizio (arg. *ex* art. 1444 c.c.), quanto perché una siffatta rinuncia si porrebbe in contrasto con l'art. 1462 c.c., che non consente all'autonomia privata di precludere (o comunque di porre limiti al)le eccezioni di nullità, di annullamento e di rescissione del contratto. Ed anche l'art. 1462 c.c. è - al pari dell'art. 1444 c.c. - una disposizione topograficamente collocata nella disciplina di parte generale del contratto: che trova, dunque, applicazione in ogni ipotesi di annullabilità del contratto». Per Cass., sez. III, 8 marzo 2017, n. 5794, in *Guida al diritto*, 2017, 23, p. 65, «Deve escludersi che il giudice del merito possa rilevare *ex officio* l'eventuale convalida tacita del contratto. La convalida del negozio annullabile – infatti – consiste in una sostanziale *rinuncia all'azione di annullamento* ed è *subordinata* alla duplice condizione dell'*acquisita certezza della causa di invalidità* del negozio *e* della *volontà di non avvalersene*. La convalida del negozio annullabile [così come la rinuncia all'azione di annullamento, sopra unitamente considerata, *n.d.a.*], pertanto, (...) va riconnessa – anche nell'ipotesi tacita – a una manifestazione di volontà della parte», che tuttavia deve esprimersi, come chiarito dal S.C., dopo che sia stata «acquisita certezza della causa di invalidità», non prima.

([193]) L'argomento è ben trattato nello scritto di Paolo Greco, qui in esame, ove si tiene a mente che «Certo è perfettamente vero che mentre non si può rinunziare in alcun tempo alle azioni di nullità, si può invece rinunziare alle azioni di annullabilità, il che discende dallo stesso principio che le rimette esclusivamente alla volontà della parte che resta pregiudicata dal vizio del negozio, come pure dal principio che le subordina ad un breve termine di prescrizione e da quello infine che ammetta la sanatoria.

Senonché altro è un distinto e separato atto di volontà che rinunzi in una forma o nell'altra alla impugnativa di un precedente atto di volontà, altro è la rinunzia che si pretenderebbe legittimamente contenuta nello stesso atto che sia determinato da incapacità o da vizio del consenso, poiché è chiaro che in tal caso è la stessa rinunzia che sarebbe affetta da vizio (...). Né conta il dire che col *solve et repete* si tratterebbe di una semplice sospensione delle impugnative, anzi di una semplice subordinazione di questo alla previa condizione del pagamento, poiché, posto che proprio in ciò si risolve e si esaurisce compiutamente la funzione della clausola, si dovrebbe ritenere che essa goda inesplicabilmente l'intrinseca virtù di essere insuscettibile di annullabilità!». Così GRECO, *op. ult. cit.*, p. 153.

© Wolters Kluwer Italia

sole di preventiva rinuncia a far valere l'annullabilità del contratto ([194]). Rimane pertanto confermato il limite dell'autonomia privata nella previsione pattizia del *solve et repete*, che non può essere fatta valere per paralizzare o ritardare le eccezioni o le azioni di invalidità, con riguardo tanto a quelle di nullità, quanto a quelle di annullabilità.

Ancora, stante anche il tenore del contratto, è da escludersi che la clausola *solve et repete* possa essere interpretata come rinuncia ad impugnare il contratto, dovendosi invece essere interpretata, semmai, come «rinunzia a far valere, prima dell'adempimento da parte dell'obbligato, i mezzi di tutela concessi dalla legge contro il previo inadempimento dello stipulante» ([195]). In altre parole, la clausola, come rilevato già dalla giurisprudenza e dalla dottrina precedente, tra cui quella di Tullio Ascarelli, si risolve nel differimento dei rimedi di carattere sostanziale e, di conseguenza, processuale, che vengono subordinati al preventivo adempimento da parte del soggetto gravato dal patto *solve et repete*.

Fermo il limite delle eccezioni (e delle azioni) di nullità e annullamento, l'analisi di Paolo Greco mira a scandagliare se possano essere ravvisate ulteriori limitazioni con riguardo ad altri rimedi generalmente esperibili nei contratti sinallagmatici, con particolare riguardo all'azione di risoluzione, all'*exceptio inadimpleti contractus*, al diritto di ritenzione e agli altri rimedi contrattuali eventualmente esperibili.

Greco instrada il proprio discorso sulla scia delle riflessioni di Tullio Ascarelli, seppur con alcuni distinguo che meritano attenzione.

Il primo concorda con il secondo sulla necessità di limitare l'efficacia del patto alle sole ipotesi in cui il predisponente «ab-

---

([194]) Sul punto si veda ancora GRECO, *op. ult. cit.*, p. 154, che – dopo aver argomentato sostenendo la tesi secondo cui la dichiarazione di volontà contenuta nella clausola dell'atto viziato, anche se sotto il profilo dell'annullabilità, con la quale si rinuncia a far valere l'eccezione di annullamento del contratto se non previo il pagamento del prezzo, non potrebbe essere ritenuta valida, essendo anch'essa travolta dal vizio – afferma che tali «osservazioni, secondo me decisive dal un punto di vista di logica giuridica, rendono superfluo il considerare la questione sotto l'altro punto di vista del contrasto con l'ordine pubblico che si potrebbe e ritendo si dovrebbe ravvisare in clausole di preventiva rinunzia a far valere l'incapacità oppure i vizi del consenso specie il dolo e la violenza».

([195]) GRECO, *op. ult. cit.*, p. 154.

© Wolters Kluwer Italia

bia adempiuto, abbia cioè eseguito la sua prestazione in modo quantitativamente o qualitativamente difettoso o difforme alle condizioni contrattuali, e non anche al caso in cui egli non abbia adempiuto affatto, al caso cioè di assoluta mancanza di adempimento da parte sua» ([196]). A tale risultato perviene, tuttavia, attraverso un'argomentazione logico-giuridica e non già ricostruendo l'effettiva volontà delle parti di fronte alla formulazione della clausola. Infatti, sostiene Paolo Greco, «anche questa limitazione ha un suo valore logico che rimane, in un certo senso, indipendente dalla *quaestio facti* dell'interpretazione del contratto: essa discende (...) dalla distinzione che deve farsi fra l'ordine di esecuzione delle prestazioni corrispettive e l'ordine di proposizione delle azioni od eccezioni fondate sulla inesecuzione. Ora, se la clausola *solve et repete* ha da avere un suo significato caratteristico ed una sua funzione tipica, non può che riferirsi al secondo punto di vista» ([197]). In ciò la peculiarità dell'analisi di Paolo Greco: per Ascarelli la clausola finiva per tradursi, sul piano sostanziale, in una pattuizione con cui veniva imposto un ordine nell'adempimento delle prestazioni, in modo in parte analogo a quanto avviene con le pattuizioni di anticipato adempimento; tale posizione, che ha suscitato rilievi critici – tra i quali quelli di Caravelli (v. *supra*), proprio in relazione alla contraddittorietà con altre clausole con cui le parti dichiaravano di voler scandire l'ordine delle prestazioni in maniera diversa, imponendo al debitore della prestazione principale il preventivo adempimento rispetto alla prestazione dovuta dal debitore del prezzo – viene corretta da Paolo Greco, spostando l'asse del discorso dall'ordine di esecuzione delle prestazioni all'ordine con cui devono essere proposte azioni ed eccezioni che abbiano, come proprio fondamento, l'inesecuzione della prestazione, ossia l'inadempimento. A dimostrazione di ciò Greco articola una serie di ipotesi, passate in rassegna nel suo scritto:

(i) ipotesi in cui il contratto preveda che l'adempimento anticipato della prestazione (*Vorleistung*) spetti al convenuto, debitore del prezzo, gravato dal *solve et repete* pattizio;

(ii) ipotesi in cui il contratto preveda che l'adempimento anticipato della prestazione spetti all'attore, creditore del prezzo e

([196]) *Ibidem*, p. 154.
([197]) *Ibidem*, p. 154.

© Wolters Kluwer Italia

debitore della prestazione principale, a beneficio del quale opera la clausola *solve et repete*;

(iii) ipotesi in cui il contratto nulla preveda sull'ordine di esecuzione delle prestazioni e, in presenza della clausola *solve et repete*, possa eventualmente evincersi, in via interpretativa, che le parti abbiano inteso prevedere un ordine di esecuzione delle prestazioni;

(iv) ipotesi in cui non ricorra alcuno dei casi precedenti e, pertanto, applicando le norme generali sul diritto dei contratti, debba ritenersi che le prestazioni debbano avere esecuzione simultanea ([198]).

Ebbene, ove sia il debitore del prezzo a dover eseguire anticipatamente la propria prestazione, rispetto alla controprestazione pattuita nel contratto sinallagmatico, questi non potrà ricorrere all'*exceptio inadimpleti contractus* non già per via di un limite intrinseco all'operatività della clausola, ma perché l'ordine con cui le prestazioni devono essere eseguite impedisce di utilizzare l'inadempimento altrui, cronologicamente successivo, a fondamento dell'eccezione medesima, sicché, per questa categoria di ipotesi, «la clausola (...) resta praticamente inoperosa e assorbita da una diversa disposizione contrattuale» ([199]).

Nella diversa ipotesi delineata *sub* (ii), ove cioè la prestazione che deve eseguirsi anticipatamente sia proprio quella del soggetto a favore del quale opera la previsione pattizia del *solve et repete*, allora – rimarca Greco – sorge la necessità logica di conciliare tale clausola contrattuale con l'obbligo dell'esecuzione anticipata gravante sull'attore, creditore del prezzo «e ne viene per conseguenza che l'attore non potrà avvalersi della clausola per sfuggire al suo dovere di previa prestazione: onde l'efficacia di essa resta automaticamente ridotta alla funzione di impedire le sole azioni ed eccezioni inerenti all'adempimento *non rite*, prima che il convenuto abbia ottemperato da parte sua alla propria prestazione» ([200]). La clausola non paralizza dunque, in

---

([198]) *Ibidem*, p. 154 e 155.

([199]) GRECO, *op. ult. cit.*, p. 154. Tale A. precisa infatti, sul punto, che – ove si verta nell'ipotesi sopra indicata *sub* (i), al «convenuto (...) sarà impedito di agire o di eccepire per inadempimento, non già in forza di una particolare efficacia della clausola *solve et repete*, bensì dal fatto che non sussiste inadempimento detrattore fin quando non abbia adempiuto il convenuto, al quale pertanto l'attore potrà legittimamente opporre una *replicatio inadimpleti*».

([200]) *Ibidem*, p. 155.

© Wolters Kluwer Italia

questi casi, l'eccezione d'inadempimento del convenuto, che resta proponibile nonostante la previsione pattizia del *solve*.

Quanto all'ipotesi *sub* (iii), ovvero qualora «il contratto taccia sull'ordine di esecuzione della prestazione, (...) può sorgere in via di interpretazione contrattuale la questione di sapere se con la clausola si sia inteso di addossare al convenuto l'obbligo di previa prestazione; ma anche in questo caso, peraltro non frequente, deve dirsi che l'eccezione del convenuto sarà resistita non già da una causa di preclusione derivante da rinunzia, (...) bensì dalla sua infondatezza nel merito e dalla *replicatio inadimpleti* opposta dall'attore!» ([201]). Ove l'ordine delle prestazioni sia interpretativamente individuato, al contrario, addossando all'attore l'obbligo di eseguire anticipatamente la propria prestazione, allora la conclusione non potrà che essere, nuovamente, quella già proposta sopra con riferimento all'ipotesi *sub* (ii).

Nella residuale ipotesi – *sub* (iv) – in cui l'esecuzione debba essere effettuata simultaneamente dalle parti, allora, secondo l'impostazione di Greco, «la clausola non potrà servire ad impedire al convenuto di pretendere che contemporaneamente alla propria abbia luogo la prestazione dell'attore e quindi di ottenere, come si ammette in dottrina e in giurisprudenza, una condanna condizionata» ([202]) (ossia una condanna resa senza considerare le eccezioni paralizzate dal patto *solve et repete*, proponibili solamente a seguito del pagamento, anche in altro giudizio, ove il contenzioso potrà essere affrontato "in via definitiva"). In altre parole, anche in questo caso, secondo Greco, il convenuto potrà far valere le proprie ragioni ed opporre l'inadempimento dell'attore in via di eccezione, sicché la clausola ha il solo effetto di paralizzare l'*exceptio non rite adimpleti contractus* ed altri rimedi contrattuali, ma non l'*exceptio adimpleti contractus*.

È solamente entro tale circoscritta portata della clausola, ridotta «ad operare nel solo caso di esecuzione difettosa da parte dell'attore» ([203]), che andrebbe chiarito il limite di efficacia del *solve et repete* convenzionale, avendo riguardo tuttavia alle sole

---

([201]) *Ibidem*, p. 155.

([202]) GRECO, *op. ult. cit.*, p. 155, ove richiama, con riguardo alla "condanna condizionata" che si ha in caso di operatività della clausola *solve et repete*, le riflessioni di SCADUTO, *op. cit.*, p. 199 s.

([203]) GRECO, *op. ult. cit.*, p. 155 e 156.

© Wolters Kluwer Italia

questioni proponibili in tema di contratti sinallagmatici, dalle quali resta esclusa, ad esempio, quella di compensazione ([204]).

Affrontando un percorso argomentativo diverso da quello di Ascarelli, Greco finisce tuttavia per approdare alle medesime conclusioni, concordando sull'estensione del «patto *solve et repete* (...) a tutti i mezzi che, nei detti contratti [bilaterali, *n.d.a.*], la legge mette a disposizione del contraente per reagire contro l'inadempienza dell'altro, e in ispecie: l'azione di risoluzione, l'accezione di inadempimento e il diritto di ritenzione» ([205]).

L'azione di *risoluzione*, dunque, viene paralizzata dal patto *solve et repete* fin tanto che non venga eseguito il pagamento da parte del debitore del prezzo ([206]).

Anche l'eccezione di *inesatto adempimento* viene ad essere paralizzata dall'operatività del *solve et repete* ma, per Paolo Greco, qui si tratterebbe di vera e propria rinuncia definitiva all'eccezione e non di mera subordinazione dell'eccezione al pagamento del prezzo ([207]).

([204]) Per Paolo Greco non può essere proposta, da parte del debitore, l'eccezione di compensazione e quelle ad essa collegate (se, ad esempio, concernente l'omogeneità delle prestazioni), ma non per via dell'operatività della clausola *solve et repete*, bensì perché «non ha nulla a che fare con l'adempimento dei contratti bilaterali», ovvero «perché è inconciliabile con l'essenza del contratto bilaterale e col vincolo sinallagmatico delle obbligazioni che ne discendono, la cui funzione non è di elidersi reciprocamente, com'è nel caso della compensazione, ma per contro di attuarsi in correlazione l'una con l'altra» (*Ibidem*, p. 156).

([205]) Così GRECO, *op. ult. cit.*, p. 156, ove richiama l'impostazione di Tullio Ascarelli, alla quale, con i distinguo che si sono evidenziati e con gli altri che si rimarcheranno nel prosieguo, mostra di aderire, con riguardo ai limiti di efficacia della clausola.

([206]) Non si tratta dunque di «rinunzia all'azione ma solo [di] (...) assoggettamento di questa alla condizione del previo pagamento del prezzo. Soddisfatta questa condizione, l'azione rivive in tutta la sua efficienza, e potrà il convenuto, anche in via riconvenzionale nello stesso giudizio, agire a tutti gli effetti» come consentito dalla disciplina sui contratti in generale. Così GRECO, *op. ult. cit.*, p. 156.

([207]) I distinguo dal pensiero di Tullio Ascarelli si fanno qui più marcati: «Diversamente accade nel caso dell'*exceptio non rite adimpleti contractus*, a cui proposito non saprei condividere l'opinione di Ascarelli (...), che cioè nel *solve et repete* non si contenga una rinunzia a tale eccezione, ma solo la subordinazione del diritto derivante dall'inadempimento al pagamento del prezzo, subordinazione che fa venir meno il presupposto necessario per la proponibilità della *exceptio*. Dire questo è lo stesso di dire che col patto si rinunzia all'eccezione, per il semplice, ma sufficiente motivo che siffatta eccezione non ha altro scopo né altro modo di operare se non in contrasto con la pretesa alla

© Wolters Kluwer Italia

Di fronte al patto *solve et repete*, inoltre, non può ammettersi neanche il rimedio del diritto di *ritenzione*, giacché con tale clausola il debitore del prezzo ha rinunciato alla posizione di equilibrio che la disciplina generale sui contratti ha previsto ed a cui ha derogato facendo uso dell'autonomia privata ([208]).

Sotto altro profilo, l'indagine di Paolo Greco risulta di particolare interesse anche per ciò che attiene al dibattuto rapporto tra operatività della clausola *solve et repete* e la *causa* nei contratti bilaterali.

Al riguardo, come s'è già evidenziato, in passato era stato adombrato il dubbio che l'applicazione della clausola in parola potesse compromettere la necessaria correlatività tra le prestazioni nei contratti sinallagmatici, comportando con ciò l'invalidità della stessa per contrasto all'*essentialia negotii*, sotto il profilo della causa ([209]) e sé replicato, da autorevole dottrina, che in realtà quest'ultima non viene meno perché va valutata nel suo momento genetico, attinente formazione del contratto, e non in quello successivo, concernente la fase esecutiva, in cui invece si collocano le prestazioni del contratto ([210]).

Tuttavia si tratta però di argomentazione ritenuta da Greco non persuasiva, perché, seppur corretta dal punto di vista formale, colliderebbe con la "logica" e con l'"equità" e non sarebbe in ogni caso in sintonia con gli obiettivi a cui tendono le parti nel ricorrere al contratto: «mi pare infatti che con punto di vista adottato in questa risposta si porti ad una esagerata conseguenza una distinzione che, nei rapporti della causa e nei contratti bilaterali, indubbiamente va fatta tra corrispettività delle obbligazioni e corrispettività delle esecuzioni, fra il così detto sinallagma genetico e il sinallagma funzionale.

Ora, che il primo o la prima costituisca il requisito decisivo per la validità del contratto bilaterale, onde la sa esistenza ne impedisce la nullità, onde ancora l'inesecuzione del contratto non possa essere mai scambiata per ragione di sua nullità, questo è quanto si può o si deve ammettere (...) secondo i lumi della logica e anche se si vuole di quell'equità contrattuale a cui così

---

prestazione, onde una volta paralizzato questo contrasto, l'eccezione rimane rinunziata e aggiungo, a differenza dell'azione di risoluzione o di adempimento, rinunziata definitivamente» (GRECO, *op. ult. cit.*, p. 156).

([208]) *Ibidem*, p. 157.

([209]) La tesi è stata sostenuta da GABBA, *op. cit.*, *passim*, su cui v. *supra*.

([210]) Si veda, a tal riguardo, la posizione di ASCARELLI, *op ult. cit.*, *passim*, su cui, *amplius*, v. *supra*.

© Wolters Kluwer Italia

spesso, se pur non sempre per una vera necessità, si fa ricorso in questa materia della corrispettività obbligatoria ed esecutività delle prestazioni dei contratti bilaterali (...). Ma dove a me pare che la logica ed anche l'equità comincino a far difetto, è quando da questa prima innegabile posizione si voglia trarre la conseguenza che il sinallagma funzionale, la corrispettività delle prestazioni e della loro esecuzione, non sia più un fenomeno in funzione (...) della causa del contratto, ma sia una qualche cosa di diverso (...). Dal punto di vista logico-giuridico non si saprebbe vedere la ragione per cui la funzione della causa dovesse arrestarsi al momento genetico del contratto e non più influenzarlo in tutto il corso del suo svolgimento. Parrebbe anzi che dovesse essere altrimenti, se si considera la nozione di causa giuridica» ([211]).

Per Paolo Greco, dunque, la causa pervade anche la fase esecutiva del contratto, il suo memento funzionale, e il suo inserimento nel momento genetico del contratto con implica che debba essere confinata ad esso: si tratta, infatti, di *funzione* economico-sociale del contratto e tale funzione può essere espletata solamente prestando attenzione alla proiezione della causa dal momento genetico a quello funzionale, ossia dal momento in cui si cristallizza nel contratto per effetto dell'autonomia privata a quello in cui il contratto, nella sua fase esecutiva, realizza concretamente tale funzione ([212]).

([211]) GRECO, *op. ult. cit.*, p. 159. Ed infatti, rimarca l'A., «la causa non ha il significato di fatto generatore e determinante del fenomeno: contratto, nel senso fisico di antecedente necessario di un dato effetto (che perciò si compie e si esaurisce nell'atto stesso di produrre l'effetto!), ma ha bensì il significato, proprio ai fenomeni del mondo dello spirito, di momento finale della destinazione di volontà, di scopo giustificativo di essa, scopo che il diritto prende in considerazione e tutela, apprestandogli, con la struttura e con la funzione del negozio giuridico e del rapporto che ne consegue, i mezzi per la sua realizzazione».

([212]) Ricorda ancora Paolo Greco che «il sistema moderno segna un innegabile progresso di fronte (...) in quanto accoglie la causa fin già nel vincolo e le conferisce con ciò una forza giuridica. Ma questo trasporto della causa dal momento esecutivo al momento costitutivo non implica punto logicamente che debba rimanere relegata in questo ultimo e isolata dalla sua realizzazione nel processo di attuazione del rapporto contrattuale. Attualmente un siffatto isolamento resterebbe a spiegare come e perché venga a rompersi l'unità organica fra la genesi o la vita del contratto, posto che la genesi è fatta per la vita e che tutta la struttura del contratto, la disciplina che regola il corso del suo svolgimento, le stesse sue possibili modificazioni non hanno altra ragion d'essere che

© Wolters Kluwer Italia

Per Greco, dunque, ragionando sul concetto di causa quale ragione economico-giuridica del contratto, che dal momento genetico attraversa e segna il momento funzionale, la causa non può che essere unitariamente considerata, fino al momento di naturale estinzione del contratto per adempimento dello stesso ([213]).

Siffatto ragionamento conduce l'A. a valutare, sotto tale profilo causale – unitariamente considerato nel suo momento genetico e funzionale –, il rapporto tra clausola *solve et repete* e eccezione di inadempimento. Sulla scorta dell'unitaria concezione della causa, Greco si chiede se sia o meno precluso, all'autonomia contrattuale delle parti, il potere di modificare il modo in cui può operare il sinallagma funzionale del contratto ovvero se sussista un limite all'autonomia privata nell'intervenire sul modo in cui la causa, cristallizzata nel suo momento genetico, vada a proiettarsi nella sua fase esecutiva, per realizzare la funzione economico-giuridica che le parti hanno affidato al contratto: in altre parole, si domanda se possa considerarsi lecita una qualche deroga pattizia al principio *inadimplenti non est adimplendum*. A tale quesito Greco restituisce una risposta positiva, considerando, tra l'altro, che il patto *solve et repete* non fa venir meno la causa originariamente esistente (nel momento genetico) e, quindi, non trasforma il contratto da "causale" ad "astratto", ma va solo a dilazionare nel tempo l'equilibrato assetto degli interessi a cui tale causa protende, che viene a comporsi, al più tardi, al momento del *repete* o al momento di esperimento degli altri rimedi previsti in materia contrattuale ([214]).

---

quella di assicurarne e di realizzarne lo scopo, vale a dire la causa (...)» (*Ibidem*, p. 160). Sicché, conclude sul punto l'A. cit., «logico è soltanto che col sinallagma genetico il contratto sorga validamente e, che le obbligazioni correlative prendano vita da esso, che infine l'inadempienza così come non influisce su la valida formazione del vincolo, allo stesso modo non ne impedisce la persistenza. Ma ciò non significa che la funzione della causa non debba persistere nello svolgimento del rapporto e costituire in questo il fondamento del sinallagma funzionale, quindi la ragione giuridica necessaria e sufficiente, senza bisogno di ricorrere ad altro, per spiegare i mezzi e le sanzioni contrattuali dirette ad ottenere l'adempimento o a determinare gli effetti dell'inadempimento, come l'azione di adempimento, la *exceptio non adimpleti*, l'azione di risoluzione, l'azione di danni» (*Ibidem*, p. 160 e 161).

([213]) Ribadisce GRECO, *op. ult cit.*, p. 161, che «in realtà non sussiste che una sola causa, ed è sempre la stessa al principio e alla fine del negozio: il distinguerne due è frutto di un'illusione fondata sullo scambio di due momenti e di due funzioni in cui opera la causa: nella genesi e nella vita del contratto!».

([214]) V., ancora una volta, GRECO, *op. ult. cit.*, p. 165: «Il questi da porre, a

© Wolters Kluwer Italia

La tesi di Greco, dunque, porta ad ampliare l'efficacia della clausola *solve et repete* e, con essa, l'autonomia privata, ammettendo che possa limitare (e, dunque, differire al momento dell'effettivo pagamento) anche l'eccezione di inadempimento grave ed assoluto, appunto l'*exceptio inadimpleti contractus* ([215]).

Ciò pone problemi su un altro piano, quello dell'utilizzo "abusivo" della clausola da parte del soggetto in favore del quale essa opera, là dove questi se ne avvalga in malafede o, comunque, in contrasto con il principio di buona fede, operante anche in fase di esecuzione del contratto.

La questione è nota e autorevole dottrina, anche sulla scia dei ragionamenti relativi alla nullità del patto *ne dolo praestetur*, con cui si limitava la responsabilità in caso di dolo, ha sostenuto l'impossibilità di opporre, in tali casi, la clausola *solve et repete* ([216]). Gli orientamenti non sono stati però uniformi, dato che tale clausola porta a subordinare l'eccezione o l'azione all'effettivo pagamento, senza comportare la rinuncia ad esse, sicché,

---

mio modesto parere, è un altro: se cioè siano essenziali e necessari tutti i modi in cui può operare nell'esecuzione del contratto il sinallagma funzionale, onde resti preclusa all'autonomia delle parti ogni potere di modificazione in proposito, o se invece questo potere si possa esplicare almeno entro quali limiti in cui non si annienti la realizzazione della causa nella fase di esecuzione contrattuale, e se quindi sia lecita una qualche deroga convenzionale al principio che *inadimpleti non est adimplendum*. La riposta qui mi pare possa essere affermativa». Precisando ancora, ivi, che «nel caso del patto *solve et repete* (...) né viene a mancare la causa originariamente esistente, né si verifica una trasformazione del negozio causale in negozio astratto (...). Qui la funzione della causa non rimane paralizzata che in quella sola sua esplicazione che si ha mediante l'esercizio della *exceptio inadimpleti*: all'infuori di questo ostacolo, dilatorio e non perentorio, essa riprende integralmente la sua piena validità ed in particolare la riprende con l'azione di ripetizione, oltre che con le ordinarie azioni di risoluzione e di risarcimento».

([215]) Per GRECO, *op. ult. cit.*, p. 167, la clausola *solve et repete* ha comunque un carattere *sostanziale* e *non processuale*, nel senso che opera attraverso un meccanismo di rinuncia "temporanea" a far valere dei diritti nascenti dal contratto, previsti dall'ordinamento per salvaguardare il sinallagma funzionale del contratto, che hanno come conseguenza l'effetto di una rinuncia all'azione o all'eccezione fondata su tali diritti, senza che la clausola possa dirsi essa stessa avente natura o carattere processuale: «si tratta semplicemente di rinunzia a singoli diritti, o più precisamente a controdiritti, e se essa si risolve nella conseguente rinunzia ad azioni e ad eccezioni, ciò è un effetto normale e pienamente legittimo del principio che ammette nel campo del diritto privato, in linea di massima, la libera disponibilità dei propri diritti, quindi la rinunzia ad essi e per conseguenza a farli valere in giudizio».

([216]) V., tra la dottrina del tempo, FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., p. 216.

© Wolters Kluwer Italia

anche a fronte del dolo o dell'uso in malafede della clausola, s'è sostenuto che il debitore potrebbe far valere le sue ragioni successivamente e ciò porta a considerare invocabile, il *solve et repete* pattizio anche per il creditore che agisca in malafede ([217]).

Si inserisce anche in tale dibattito il contributo di Paolo Greco, il quale nota che, se così fosse, si finirebbe per riferire il divieto di patto *ne dolo praestetur* solamente al caso in cui il comportamento doloso – o comunque contrario a buona fede oggettiva – avesse un effetto definitivo, mentre rimarrebbe sterilizzato, tale divieto, qualora gli effetti sarebbero transitori (o comunque rimessi al successivo esperimento dell'azione o dell'eccezione, una volta effettuato l'adempimento contemplato nel *solve*), ma ciò è da considerare «inammissibile per quelle ragioni di ordine pubblico e di tutela dei buoni costumi a cui il divieto si informa» ([218]). Dal che se ne fa discendere, però, non già l'invalidità della clausola *solve et repete*, ma la sua inapplicabilità o inefficacia nel caso concreto, sulla base di valutazioni che inevitabilmente vengono affidate al giudice ([219]), di cui si reclamano, dunque, quei poteri di intervento che poi sono stati trasposti, nel codice civile del 1942, all'interno del secondo comma dell'art. 1462 c.c. e che, a guardare oltre, coinvolgono

---

([217]) Cfr. ASCARELLI, *Sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti*, cit., c. 294; nonché SCADUTO, *op. cit.*, p. 223.

([218]) GRECO, *op. ult. cit.*, p. 168.

([219]) Cfr., segnatamente, GRECO, *op. ult. cit.*, p. 167 e 168: «La domanda è questa: è possibile che, di fronte alla prova della mala fede, il patto *solve et repete* abbia la virtù di chiudere gli occhi al giudice e di far sì che questi con la sua sentenza avalli gli effetti, sia pure transitori (ma forse praticamente definitivi!) che l'attore di mala fede si ripromette di conseguire mercé la clausola? (...) Io non credo che in tema di dolo e di mala fede si possa fare una distinzione fra effetti giuridici transitori e definitivi, rimediabili e irrimediabili, per ammettere nei primi casi e negare solo nei secondo una tutela giuridica dell'azione dolosa o di malafede». Tuttavia, anche richiamando la contrarietà con l'ordine pubblico e al buon costume, l'A. ult. cit. ritiene che da tali «considerazioni non può risultare senz'altro l'assoluta invalidità della clausola *solve et repete*, poiché questa non è in sé e per sé una condizione di esonero dal rispondere del dolo, ma può e deve anzi ben presupporsi che essa non sia fatta per il dolo dello stipulante e non debba riferirsi ad esso, ma piuttosto tenda a colpire il dolo del promittente! Il dolo dello stipulante può agire solo come condizione limite dell'efficacia della clausola nei singoli casi concreti, nel senso che quando consti del dolo oppure quanto l'eccezione di dolo opposta dal convenuto risulti seria ed attendibile, e le circostanze o le presunzioni del caso concreto consiglino l'esperimento di una prova, il giudice deve, nei limiti della prova del dolo, rifiutarsi di applicare la clausola» (*Ibidem*, p. 168 e 169).

© Wolters Kluwer Italia

il più grande tema della giustizia contrattuale ([220]). E talvolta, si noti, i giudici utilizzavano l'argomento dell'inadempimento totale del soggetto a cui favore il *solve et repete* operava, per desumere da esso l'esistenza del dolo nel caso concreto, paralizzando così l'operatività della clausola medesima ([221]).

2.5.5. *La posizione di Liebman (1931 e 1933), Carnelutti (1936), Senin (1936) e altri autori. L'apporto dei giusprocessualisti al dibattito sulla validità della clausola solve et repete e le repliche della dottrina di diritto sostanziale. Ulteriori orientamenti sul rapporto della clausola con la causa del contratto.*

Il vivace dibattito sulla clausola *solve et repete* nel periodo postunitario, sotto la vigenza dell'abrogato codice civile, ha visto la partecipazione, molto sentita, anche dei giusprocessualisti, come Liebman e Carnelutti, che nei propri scritti denotavano forte contrarietà alla tesi della validità del patto, animati dalla preoccupazione di un sovvertimento del regime pubblicistico delle azioni e delle eccezioni, ritenuto indisponibile e, dunque, sottratto all'autonomia privata ([222]): il punto di partenza delle loro riflessioni era dato dalla natura processuale e non sostanziale del patto, che implicava una rinuncia (o comunque una limitazione) alla facoltà di proporre eccezioni, ritenuta incompatibile con il diritto processuale ([223]).

([220]) Si veda, al riguardo, ALPA, *Il contratto nel terzo millennio: intervento conclusivo*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 7-8, p. 1158 ss. Il tema verrà ripreso nel terzo capitolo del presente volume, a cui *amplius* si rinvia.

([221]) In questo senso cfr., ad es., Cass., 6 giugno 1942, in *Riv. dir. comm.*, 1942, II, p. 317 ss., con nota di G.B. FUNAIOLI, *Su di un caso apparente i inapplicabilità della clausola "*solve et repete*"*. Si tratta di giurisprudenza non isolata.

([222]) Tali aspetti del dibattito sono stati ben colti da POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1999, p. 1 ss. e, *ivi*, spc. p. 2: «Contenuta fino ad un certo momento nell'ambito del diritto sostanziale, la discussione sulla clausola si spostò presto sul piano del diritto processuale, ove incontrò peraltro aperte resistenze dalla dottrina specialistica, contraria ad ammetterne la validità, nella convinzione che altrimenti le parti avrebbero potuto sovvertire, contro la stessa volontà del legislatore, il regime delle azioni e delle eccezioni. Fu proprio la resistenza mostrata dalla dottrina processualistica (per la quale v. soprattutto Liebman (...) ad indurre i teorici del diritto sostanziale ad una più attenta considerazione degli inconvenienti del patto e ad incentivare la ricerca dei limiti di validità».

([223]) Cfr. LIEBMAN, *Contro il patto* "solve et repete" *nei contratti*, in *Riv.*

© Wolters Kluwer Italia

Da ciò ne sarebbe dovuta derivare la nullità della clausola *solve et repete* ([224]).

---

dir. proc. civ., 1931, II, p. 241 ss.; nonché LIEBMAN, *Variazioni intorno alla clausola* solve et repete *nei contratti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, II, p. 209 ss., quest'ultimo pubblicato anche in replica alle osservazioni mossegli da Greco e La Torre; si veda altresì CARNELUTTI, *Clausola "*solve et repete*"*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, 1, p. 87 ss.

Sulla irrinunciabilità delle eccezioni s'era invece espresso criticamente ASCARELLI, *op. ult. cit.*, c. 294, là dove aveva rimarcato che, pur ammettendo la tesi della irrinunciabilità dell'azione e dell'eccezione, sul piano processuale, dovrebbe comunque ammettersi che ben si potrebbe comunque rinunciare al diritto sostanziale ad esse collegato (che con l'azione o l'eccezione si vorrebbe far valere). L'argomento era stato in realtà proposto in via preventiva da Ascarelli nel suo contributo del 1929 (ASCARELLI, *Sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti*, cit., c. 290): «Non è infine esatto far capo (una tesi questa che non mi sembra sia stata proposta) alla irrinunciabilità delle eccezioni, quale, trasportando il quesito nel campo processuale, potrebbe forse sostenersi partendo dal moderno indirizzo pubblicistico nel diritto processuale, il quale appunto già sostiene la irrinunciabilità dell'azione. L'interpretazione della clausola difatti dimostra come essa verta interamente nel capo del diritto sostanziale e non in quello del diritto processuale, sì che possiamo esimerci dall'entrare nel tema della rinunciabilità delle eccezioni e della eventuale inefficacia processuale o anche materiale di detta rinuncia». Tuttavia, con riguardo alla rinuncia dell'*exceptio inadimpleti contractus*, l'A. cit. prosegue affermando che, pur non trattandosi in realtà di rinuncia all'azione ma di «subordinazione del diritto derivante dall'inadempimento al pagamento del prezzo, subordinazione che fa venir meno il presupposto necessario per la proponibilità dell'*exceptio*, così come questo viene meno, per debitore del prezzo, quanto il prezzo debba essere anticipato (...)», «Detta rinuncia comunque, per quanto a me sembra, sarebbe valida (...). Quand'anche difatti, seguendo recenti correnti del diritto processuale, voglia ritenersi irrinunciabile l'azione o l'eccezione come tale (e cioè come distinta dal diritto sostanziale), la rinuncia al diritto sostanziale sarà sempre sufficiente a far venir meno le condizioni dell'azione o dell'eccezione (...). Così appunto nel nostro caso».

Di fronte alla presa di posizione dei giusprocessualisti, Tullio Ascarelli riprenderà qualche anno più tardi le sue argomentazioni sulla natura sostanziale e non processuale della clausola *solve et repete*, argomentando con maggior dettaglio in ASCARELLI, *Diritto sostanziale e diritto processuale nel patto contrattuale del* solve et repete, in *Riv. dir. comm.*, 1933, p. 711 ss.

([224]) Si veda anche GRECO, *Ancora sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti*, cit., p. 251, il quale, nel prendere posizione contro l'approccio processualista, rimarca che «contro la validità della clausola ha mosso un fiero attacco il Liebman nel citato scritto; forse, dal punto di vista scientifico, l'attacco più agguerrito fra i molti di cui essa è stata oggetto. Egli premette che non intende nell'argomento avvalersi della tesi che postula la irrinunciabilità delle azioni e delle eccezioni, e crede invece di fondare il suo ragionamento su una base diversa, che si riassume in questo concetto: la clausola non ha la possibilità di raggiungere nel campo processuale i suoi obbiettivi, e precisamente: né il fine di obbligare il promittente a pagare subito, né poi quello di riservargli

© Wolters Kluwer Italia

A tali argomenti replica tuttavia altra dottrina di diritto sostanziale, rimarcando che le eccezioni di nullità, come quelle di annullabilità, sono da considerarsi, sì, eccezioni in senso sostanziale e, come tali, rinunciabili, ma la rinuncia non potrebbe mai essere preventiva, come una sorta di convalida o di sanatoria contenuta nello stesso contratto viziato, il che, ovviamente, è inammissibile ([225]).

Altro aspetto avverso ai processualisti era da ravvisare nell'effetto collaterale che si riteneva discendesse dalla clausola: quello di introdurre un «nuovo caso di condanna con riserva delle eccezioni fondato direttamente sull'autonomia privata anziché sulla legge» ([226]).

---

il diritto di ripetere successivamente ciò che abbia pagato. Non il primo, perché non è ammissibile che il giudice possa pronunciare sull'azione senza aver tenuto presenti ed esaminate tutte le eccezioni proposte dal convenuto; non il secondo, perché, in ogni caso, sulla condanna al pagamento si dovrebbe costituire il giudicato preclusivo di una posteriore azione diretta alla ripetizione, altrimenti si avrebbe una condanna con riserva, ciò che non sarebbe possibile perché tale istituto, nel nostro sistema processuale, non trova posto se non nei casi tassativamente previsti dalla legge, che son poi quelli additati nel noto studio del Chiovenda (*La sentenza di condanna con riserva*, in *Studi per Simoncelli*, p. 193 s.)». Tuttavia, nella sua replica, Greco si chiede «se è proprio sicuro che la teoria della irrinunciabilità, della quale il Liebman aveva premesso di non volersi servire, non gli si sia poi di nuovo parata innanzi per costituire il tacito presupposto della sua argomentazione. Invero, quando si dice che il giudice, decidendo sull'azione, la il dovere e il potere di pronunziare pure su tutte le eccezioni opposte dal convenuto, bisognerebbe però escludere il caso che si tratti di eccezioni improponibili, quali sarebbero quelle che il convenuto si fosse contrattualmente obbligato a non proporre, come in via di replica obbietterà l'attore. E se, ciò, non ostante, si persiste a ritenere che il giudice possa e debba pronunziare su tali eccezioni, ciò, se non mi sbaglio, equivale a presupporre che, dunque, le eccezioni non possano essere validamente pronunziate».

([225]) In questo senso si veda non solo GRECO, *op. ult. cit.*, p. 147 s., ma anche SENIN, *La clausola "*solve et repete*" nei contratti fra privati*, in *Riv. dir. civ.*, 1936, p. 26 ss. e, *ivi*, spc. p. 50 s.

([226]) Così ancora POLETTI, *op. ult. cit.*, p. 2, ove, sempre con riguardo alla ricostruzione del dibattito dottrinale dell'epoca, viene altresì richiamato l'ulteriore inconveniente «derivante dalla conformazione della clausola come rinuncia incondizionata all'*exceptio*, che avrebbe posto a carico del soggetto passivo l'obbligo, altrettanto incondizionato, di adempiere anche di fronte all'altrui inadempimento, pena la commissione di un illecito». Anche questa tesi, su cui Liebman aveva posto l'attenzione, venne avversata da GRECO, *Ancora sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti*, cit., p. 251 s., il quale nota che l'inammissibilità della sentenza condizionata si traduce, nelle argomentazioni dei processualisti, nella preclusione nascente dalla «formazione del giudicato», la quale ricade, ancora una volta, nell'argomentazione relativa alla pretesa irrinunciabilità delle eccezioni. Infatti, «se è vero il principio che *tantum judica-*

© Wolters Kluwer Italia

L'interpretazione processualistica, lo si è già fatto presente, era stata fieramente avversata, tra gli altri, da Tullio Ascarelli, il quale, sin dal suo scritto del 1929, aveva rimarcato diverse incongruenze ed illogicità di una siffatta impostazione: «Non v'ha nel patto una semplice rinuncia a far valere in via d'eccezione un diritto che tuttavia possa sempre farsi valere in via d'azione. Simile interpretazione del patto, per quanto si presenti spontanea (...) va rifiutata ed è difatti stata rifiutata implicitamente dalla giurisprudenza (...). Se così non fosse si determinerebbe tra le parti una gara nell'ottenere, ciascuna prima dell'altra, una sentenza favorevole, e ben scarsa sarebbe la tutela che il patto in questione offrirebbe alla parte che lo ha imposto, perché esso si risolverebbe in un incentivo alla controparte ad agire sempre ed immediatamente per la tutela dei propri diritti» ([227]).

La posizione sostanzialista di Ascarelli è stata condivisa anche da Senin ([228]), il quale ha altresì avuto modo di rimarcare che la disciplina processuale è solamente un effetto indiretto o

---

tum quantum disputatum, o *disutavi debeat*, la tesi di Liebman implica che le eccezioni opponibili all'azione di pagamento debbano considerarsi pertinenti al primitivo giudizio di condanna e da questo superate: o perché proposte e rigettate, o perché non proposte quando si poteva e si doveva proporle. Si torna così da capo a presupporne la irrinunciabilità in sede di giudizio relativo al pagamento. La dimostrazione quindi di questa irrinunciabilità avrebbe dovuto essere (...) pregiudiziale alla tesi del Liebman. Volendo dire qui qualche cosa (...) osserverei innanzitutto che occorre precisare rigorosamente il senso in cui si intende parlare di irrinunciabilità delle azioni e delle eccezioni, onde eliminare il sospetto, ventilato da più d'uno (...), che attraverso siffatta teoria si giunga nientedimeno che a sopprimere l'autonomia della volontà nei rapporti di diritto privato, vale a dire la normale libera disponibilità, nei singoli, dei propri interessi e quindi dei propri diritti soggettivi. (...) Si capisce come ogni atto di disposizione, o anche di semplice amministrazione dei propri diritti, possa riflettersi sulle correlative azioni ed eccezioni processuali (....). Ma in questi (...) casi (...), a dire il vero, non si tratta propriamente di rinunzia ad azioni o eccezioni, ma di stabilire quei diritti e quegli obblighi di ordine materiale alla cui stregua si determinano poi i rispettivi effetti di ordine processuale: non si dispone direttamente sul diritto di azione o di eccezione, ma si precostituisce a riguardo l'esistenza o la mancanza del rispettivo fondamento giuridico di diritto sostanziale. Segue da questo che dalla teoria della irrinunciabilità restano innegabilmente esclusi tutti i negozi in cui la rinuncia non è il loro oggetto immediato, ma scaturisce come effetto riflessioni del modo di essere dei diritti e degli obblighi delle parti, quali risultano costituiti o modificati o estinti dal negozio giuridico» (così GRECO, *op. ult. cit.*, p. 251 s.).

([227]) Così ASCARELLI, *op. ult. cit.*, c. 291.

([228]) SENIN, *op. cit.*, p. 51

© Wolters Kluwer Italia

riflesso degli accordi di natura sostanziale presi dalle parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale ([229]).

Infatti, «la clausola è concepita per garantire la esecuzione del contratto, l'obbligo del pagamento del prezzo, e il suo significato si esaurisce in questo ambito» ([230]), con l'ovvia conseguenza che, ove fatta valere, produrrebbe un effetto preclusivo sulla facoltà stessa di richiedere contestualmente la risoluzione del contratto ([231]). Il creditore beneficiario del patto *solve et repete* non può domandare la risoluzione del contratto per inadempimento del convenuto, avvalendosi di tale clausola per paralizzare ogni sua eccezione: se intende avvalersi del *solve*, pretende l'adempimento e, quindi, non può richiedere contemporaneamente l'opposto, ossia la risoluzione, che ha il suo presupposto nell'inadempimento; se però chiede la risoluzione, rinunciando all'adempimento, non può pretendere di avvalersi degli effetti della clausola *solve et repete*, al fine di sterilizzare la proposizione delle eccezioni, dato che la richiesta di risoluzione finirebbe per avere un effetto caducatorio sulla clausola, secondo la prospettazione di Senin, essendo "*risoluzione*" e "*solve*" tra loro incompatibili.

Il contributo di tale A., del 1936, è altresì particolarmente apprezzabile per aver esteso la validità del patto non solo ai contratti sinallagmatici ("bilaterali"), ma anche ai c.d. *contratti* "*bilaterali imperfetti*", con riferimento ai quali «la applicazione della clausola risulta abbastanza singolare, quantunque in linea generale non se ne possa disconoscere la possibilità e utilità» ([232]).

([229]) Cfr., ancora una volta, SENIN, *op. cit.*, p. 34, per il quale «in molti casi le parti possono porre in essere degli accordi di natura sostanziale che esercitano nel processo degli effetti indiretti o riflessi, o la cui disciplina processuale costituisce una conseguenza di quella particolare disciplina sostanziale (*pactum de non petendo*, *pactum de foro propagando*, clausola compromissoria)».

([230]) SENIN, *op. cit.*, p. 109.

([231]) Sotto tale profilo così argomenta SENIN, *op. cit.*, p. 110 s.: «Appena entra in campo il patto, la facoltà di risoluzione è esclusa: poiché trattandosi di un patto che rafforza l'adempimento dell'obbligazione, esso dà luogo ad una istanza specifica del creditore rivolta al giudice perché condanni a pagare non ostante le difese sollevate dal debitore; la quale una volta proposta, si risolve in una istanza diretta alla esecuzione specifica del contratto (condanna al pagamento) che consuma la facoltà di scelta spettante alla parte adempiente (...) fra azione in esecuzione e l'azione in risoluzione».

([232]) SENIN, *op. cit.*, p. 37. L'A., invero, fa riferimento ai contratti di mutuo, di deposito o di comodato, che imporrebbero adattamenti in via interpre-

© Wolters Kluwer Italia

Ulteriore allargamento si registra nel coevo contributo di Carnelutti, che – precorrendo i tempi rispetto al dibattito sulla qualificazione alla stregua di un contratto di garanzia atipico della fideiussione "a prima richiesta" e "senza eccezioni", ossia con clausole riconducibili al meccanismo del *solve et repete* – aveva esteso la validità del patto anche ai *contratti* "*unilaterali*" ([233]), ove l'assenza di corrispettività tra le prestazioni è strutturale, trattandosi di contratti con prestazioni a carico di una sola parte ([234]). Qui però l'A., ragionando sempre sulla natura processuale della clausola, aveva ritenuto di poter ravvisare una "cauzione" nella somma dovuta dal debitore a titolo di garanzia ([235]).

Anche Senin si confronta sull'estensione della sua efficacia, ritenendo che il *solve et repete* pattizio vada a limitare non l'*exceptio inadempimenti contractus*, pur sempre proponibile nei contratti bilaterali ([236]), ma l'*exceptio non rite adimpleti contractus* ([237]).

Le argomentazioni a sostegno di tale posizione riprendono quelle già espressa da Greco, che valorizzano l'elemento causa-

---

tativa sulle modalità di applicazione della clausola *solve et repete* rispetto ai contratti "bilaterali perfetti". Una prima ripercussione viene notata con riguardo all'eccezione di risoluzione ed a quella di inadempimento del contratto, che, per tali categorie di contratti, andrebbero escluse; la clausola manterrebbe invece la propria operatività nei confronti di altre eccezioni, come in tema di ritenzione, dato che «la clausola potrà significare rinuncia preventiva a far valere il diritto di ritenzione sulla cosa per il credito sorto in occasione del contratto». Ne consegue che, a fronte del *solve et repete* pattizio inserito in un contratto di deposito, il depositario, secondo l'A. cit., non può trattenere la *res*, ma è tenuto a restituirla, dovendosi ritenere definitivamente rinunciata, per via del *solve*, il rimedio della ritenzione.

([233]) CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 87 ss.

([234]) Per CARNELUTTI, op. cit., p. 87, «la garanzia, anziché mediante fideiussione, potrebbe ben essere prestata mediante il deposito di una somma pari all'importo del debito, che il creditore abbia diritto di tenersi se il debito non sarà pagato; (...) questo sarebbe, da parte del garante, un sacrificio maggiore di quello che gli deriva dalla clausola».

([235]) Sull'apporto di Carnelutti, v. POLETTI, *op. ult. cit.*, p. 2, che parla di «riconosciuta ingegnosità della sua elaborazione teorica, che, nell'intendo i proteggere il creditore e di mantenere al contempo il carattere processuale della clausola, aveva assegnato alla somma dovuta dal debitore natura cauzionale».

([236]) Per l'esclusione dell'*exceptio inadimpleti* nei contratti "bilaterali imperfetti" si veda l'impostazione di Senin riferita, *supra*, alla nota n. 231.

([237]) SENIN, *op. cit.*, p. 94 ss. Si vedano anche i rilievi di LA TORRE, *Sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti ed in ispecie nelle locazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, II, p. 494 ss., e, *ivi*, spt. p. 499 ss.

© Wolters Kluwer Italia

le, unitariamente considerato non solo nel suo momento genetico, ma anche in quello funzionale: l'inadempimento totale del contratto, infatti, avrebbe comportato il venir meno della causa, giacché avrebbe impedito di realizzazione la funzione, per cui il contratto viene posto in essere tra le parti, ovvero lo scopo comunemente perseguito dalle medesime, oggettivamente considerato ([238]). Al contrario, secondo la ricostruzione di Senin, un inadempimento inesatto o viziato non andrebbe a compromettere l'elemento causale perché non impedirebbe – a suo dire – la realizzazione della funzione del contratto, ovvero dello scopo, obiettivamente inteso, che le parti hanno voluto perseguire con il contratto: tale realizzazione, infatti, si avrebbe, anche se in maniera parziale, viziata o difettosa, sicché la causa, vista nel suo momento funzionale, non viene meno e, di conseguenza, non viene meno neanche la clausola in parola, «onde l'invalidità del *solve et repete* nella prima ipotesi e la sua validità nella seconda» ([239]).

L'A. argomenta la sua tesi ricordando che la garanzia per i vizi occulti poteva essere oggetto di rinuncia, sicché non risultava incompatibile con il sistema l'operatività della clausola *solve et repete* che, al contrario, non comporta una rinuncia definitiva alle proprie pretese, a fronte dell'inesatto adempimento, ma un differimento dello stesso condizionato all'adempimento della propria prestazione, a seguito del quale l' *exceptio non rite adimpleti* diviene proponibile, così come l'azione di ripetizione (il *repete*, successivo al solve) ([240]). Che non si tratti di argomento invincibile è stato ben chiarito da altra dottrina successiva, nonché, nell'ordinamento vigente, dalla disciplina, di derivazione europea, in tema di garanzia per difetti di conformità nei contratti con i consumatori: anche la presenza di vizi nella *res*

([238]) SENIN, *op. cit.*, p. 94 ss.

([239]) SENIN, *op. cit.*, p. 94 ss. Si noti il riferimento all'«invalidità» del patto per contrarietà all'elemento causale, valutato nel momento funzionale.

([240]) Sotto la vigenza del codice civile del 1865, era l'art. 1500 a contemplare testualmente la rinuncia pattizia ai vizi occulti: in tale disposizione si legge che il venditore «è obbligato per vizi occulti quantunque non gli fossero noti, eccetto che avesse stipulato di non essere in questo caso tenuto ad alcuna garantìa». Chiarisce tuttavia AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 297 ss., che la noma non contemplava, a rigore, una rinuncia all'azione, bensì una modifica al contenuto dell'obbligazione dedotta nel contratto, la quale pertanto, anche in presenza del vizio, si sarebbe dovuta ritenere correttamente adempiuta.

© Wolters Kluwer Italia

compravenduta può far vanir meno il sinallagma funzionale delle prestazioni, rendendo inservibile la cosa rispetto allo scopo o alla funzione a cui il contratto era diretto ([241]) e, in caso di difetti di conformità, l'art. 130, comma 7, c. cons. contempla la possibilità per il consumatore, in presenza delle "situazioni" ivi previste, di richiedere la risoluzione del contratto, facendo venir meno il vincolo contrattuale ([242]).

Le argomentazioni di Senin poggiavano anche su altro elemento: sotto la vigenza del codice civile del 1865, l'A. aveva ravvisato, nell'art. 1510 c.c., «una testuale applicazione del *solve et repete* alla vendita» ([243]). La disposizione in esame, nel Capo dedicato alle obbligazioni del compratore, stabiliva che quest'ultimo, «(...) se è o ha ragione di temere di essere molestato con un'azione ipotecaria o rivendicatoria, può sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessare le molestie, sempreché questi non prescelga di dar cauzione, o non *siasi convenuto che il compratore pagherà non ostante qualunque molestia*».

Anche per Senin rimane ovviamente pur sempre proponibile, nonostante il *patto solve et repete*, l'eccezione di invalidità del contratto: le argomentazioni dell'A. insistono, anche per tali aspetti, sull'elemento causale, perno del suo ragionamento; ed infatti «imporre l'obbligo del pagamento del prezzo indipendentemente da ogni discussione sulla validità del contratto, e proprio quando la sussistenza del contratto viene contestata, sarebbe togliere al pagamento del prezzo il fondamento causale, astrarlo al grado di pura promessa di per sé obbligatoria in quanto appresa dall'altra parte» ([244]).

([241]) Cfr., in questo senso, AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 297 ss.

([242]) Sul rimedio della risoluzione per vizi di conformità nei contratti con i consumatori aventi ad oggetto vendita di beni cfr. COSTANZA, *La vendita dei beni di consumo, i diritti del consumatore stabiliti all'art. 130, comma 7°, del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, in *Nuove leggi civ.*, 2006, 2, p. 458 ss.

([243]) SENIN, *op. cit.*, p. 96.

([244]) SENIN, *op. cit.*, p. 44 s.; in senso analogo, seppur con argomentazioni meno articolate, v. LA TORRE, *Sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti ed in ispecie nelle locazioni*, cit., p. 499. Si veda anche F. FERRARA, *Sul concetto dei negozi astratti e sul loro riconoscimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 281, per il quale, d'altronde, seppur venisse ammessa un'obbligazione astratta, sorgerebbero problemi a giustificare il *repete*. Infatti, l'A. ult. cit. non condivide l'impostazione di chi ritiene che il «negozio astratto nella sua forma moderna

© Wolters Kluwer Italia

3. Considerazioni conclusive sul dibattito giurisprudenziale e dottrinale postunitario in tema di *solve et repete* pattizio e prospettive diacroniche

Come s'è potuto riscontrare nelle pagine che precedono, il dibattitto sul patto *solve et repete* che si è andato formandosi, sul fronte giurisprudenziale e dottrinale, sotto la vigenza del codice civile postunitario – soprattutto alla fine degli anni Venti e negli anni Trenta del Novecento – è stato vivace e fortemente "tormentato" ([245]).

Si tratta, in tutta evidenza, di clausola interpretata con orientamenti diversificati, negli approcci e negli esiti ([246]). Le questioni relative alla sua validità, al suo ambito di applicazione, ai limiti dell'autonomia privata al suo cospetto, alla sovrapposizione tra interessi privatistici e pubblicistici o di ordine pubblico, all'equilibrio contrattuale tra le parti ed alla giustizia contrattuale, al ruolo del giudice nell'applicazione della clausola e nell'esercizio dei poteri di intervento sulla relazione contrattuale dominata dall'autonomia privata – solo per citarne alcune, tutte tra loro collegate – fanno, di tale istituto, un fertile terreno di riflessioni e di studio per il giurista, con importanti ricadute sul piano teorico e su quello applicativo.

S'è avuto modo di osservare come il *solve et repete* di tipo eteronomo, previsto nel settore privato per tutelare le esigenze della classe mercantile fin dall'inizio del primo millennio, unitamente al *solve et repete* fiscale, abbia successivamente funzionato da "modello" per la sua trasposizione nelle pattuizioni contrattuali. Stante tuttavia la specificità, già rilevata, del modello legale di *solve et repete* (ad esempio in materia cambiaria, per rimanere nel settore privato e della prassi commerciale, ma anche in materia fiscale, per esigenze di carattere pubblicistico), non s'è potuta percorrere un'applicazione in via analogica di tale disciplina normativa, in particolare con riguardo ai temi della

---

si sintetizza (...) nel *solve et repete*», giacché se così fosse «si pagherebbe, ma non la speranza di non più ripetere, mancando ogni mezzo giuridico all'uopo, e si verrebbe perciò a quelle estreme conseguenze altrove notate d'ingiustizia economica».

([245]) Con riguardo al patto *solve et repete* sotto il previgente codice civile, Dianora Poletti parla espressamente di «tormentate vicende» che hanno segnato la sua applicazione. V., in tal senso, POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1999, p. 1 ss. e, *ivi*, spc. p. 2.

([246]) V. *supra*, nel presente capitolo.

© Wolters Kluwer Italia

validità della clausola, alla sua portata, ai limiti della sua efficacia ([247]).

Sotto la vigenza del codice civile del 1865 s'è registrato un uso frequente del patto *solve e repete* nella prassi commerciale, a tutela delle esigenze del credito, degli scambi e della proprietà: si pensi al *solve et repete* convenzionale nei contratti di compravendita, anche rateale, nei contratti di locazione, nei contratti assicurativi e, come rilevato anche da Carnelutti, nei contratti di garanzia ([248]).

Mancava, tuttavia, una disciplina normativa sul *solve et repete* in materia contrattuale, sicché, nel silenzio del legislatore, uno dei punti su cui il dibattito s'è avvertito in maniera significativa riguardava proprio la *validità* della clausola, generalmente ammessa dalla giurisprudenza maggioritaria, con orientamenti consolidati della Cassazione volti a riconoscere all'autonomia privata la più ampia tutela, ammettendo l'operatività della clausola anche a fronte di eccezioni di inadempimento grave da parte del beneficiario della clausola che, debitore della prestazione principale rimasta inadempiuta, agiva in via creditoria per otte-

---

([247]) Il *solve et repete*, come rimarcato nei paragrafi precedenti del presente capitolo, aveva una sua previsione legale, in ambito privatistico, con riguardo alla cambiale, al fine di tutelare in maniera rafforzata le esigenze del credito e, con esse, le pratiche commerciali. Significative sono al riguardo le pagine di SACERDOTI, *La tutela del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, 1, p. 19 ss., ed, *ivi*, spc. 19 e 20: «Se è vero che il commercio e l'industria vivono del credito, non è men vero che il credito, fondato come è sull'aspettativa d'una controprestazione futura, trae alimento non solo dalle qualità personali del debitore, quali sarebbero la sua abilità, la sua onestà, il suo grado di ricchezza, ma ben anche dall'efficacia dei mezzi di difesa posti dalla legge a disposizione del creditore. La prospettiva d'una realizzazione pronta e sicura, mentre rende più saldo nel creditore l'affidamento che egli fa sul ricupero del suo avere, avviva nel debitore, colla coscienza di non potersi sottrarre ai propri impegni, col timore delle gravi sanzioni connesse all'inadempimento, la forza morale del vincolo obbligatorio, stimola in lui l'attività e la diligenza, purifica infine l'ambiente del credito allontanandone i debitori incapaci o disonesti. Cosi, una delle maggiori ragioni per cui la cambiale da semplice mezzo del cambio da piazza a piazza è divenuta nei tempi moderni uno dei più potenti strumenti del credito, sta precisamente nelle numerose cautele, di cui la legge, col riconoscere l'immediata esecutorietà dell'obbligazione, col rendere impossibili le sorprese alla buona fede dei terzi, col tagliar corto a tutte le eccezioni, quali dichiarando del tutto improponibili e quali rimettendo al futuro mediante l'applicazione del principio del *solve et repete*, è venuta circondando l'adempimento della promessa cambiaria».

([248]) Il riferimento è, ancora una volta, a CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 87.

© Wolters Kluwer Italia

nere l'adempimento della controprestazione da parte del debitore del prezzo.

Gli orientamenti giurisprudenziali contrastanti, della Cassazione e soprattutto della giurisprudenza di merito, seppur significativi e adeguatamente motivati, rimasero del tutto minoritari, a dimostrazione del ruolo della giurisprudenza assestato, in quell'epoca, su posizioni di tutela del ceto mercantile e del ceto proprietario, al contempo fortemente imbrigliata in schemi interpretativi in cui lo relegavano i codici degli Stati monarchici ed assoluti del tempo, nei quali, come s'è già avuto modo di rimarcare *supra*, al giudice sarebbe preclusa un'interpretazione delle norme al di fuori di quanto previsto dalla lettera del legislatore, a cui spettava invece indirizzare l'applicazione e l'interpretazione delle norme.

L'ordinamento dell'epoca, come ben delineato nelle pagine di Francesco Galgano, vedeva con estremo favore il ceto mercantile, portatore di sviluppo economico ma anche risorsa preziosa per il monarca nel finanziamento di imprese militari e non, sicché il ruolo che la giurisprudenza si ritagliava pareva rispecchiare l'atteggiamento del legislatore e, di fronte al silenzio legislativo sul *solve et repete* convenzionale, il riconoscimento della piena operatività dell'autonomia contrattuale aveva il significato dell'attribuzione e nel mantenimento di un potere giuridico-economico elevato in caso a chi aveva la forza di imporre le proprie clausole alla controparte, che, come denunciato nelle pagine precorritrici di Tullio Ascarelli del 1929, rivestiva il ruolo di mero aderente, soffrendo una posizione squilibrata che reclamava soluzioni *de jure condendo*, poi ritrovate nel codice civile del 1942 in materia di clausole vessatorie e, solo in tempi più maturi, nella disciplina europea in tema di clausole abusive nei contratti con i consumatori.

La dottrina, non imbrigliata negli schemi in cui era confinata la giurisprudenza, ebbe modo di esprimersi criticamente, con posizioni vivaci e dibattute, a favore e contro la validità della clausola, a seconda dell'approccio con cui ci si accostava ad essa. Riassumendo a grandi linee orientamenti che in realtà riflettono sfumature variopinte ed articolate, s'è potuto notare l'approccio dei giuscommercialisti e giusprivatisti contrapposto a quello dei giusprocessualisti e dei giuspubblicisti. I primi si sono mostrati favorevoli alla validità della clausola, a tutela delle esigenze del commercio e del credito: alla clausola era assegnato un carattere sostanziale e dunque aveva un sicuro fondamento

© Wolters Kluwer Italia

nell'esplicazione dell'autonomia privata e nel suo riconoscimento, mai negato dal diritto positivo. I secondi invece, ragionando per lo più sul carattere processuale della norma, ritenevano sottratta all'autonomia privata il regime della proposizione delle azioni e delle eccezioni, che ritenevano irrinunciabili, sicché finivano per negare a priori la validità della clausola ([249]).

I fautori, nettamente prevalenti nel dibattito dottrinale, hanno mostrato tuttavia una sensibilità senz'altro più marcata di quanto non trapelasse invece nelle rigide impostazioni della giurisprudenza maggioritaria: ammettevano sì la validità della clausola, ma al contempo ne andarono a circoscrivere severamente l'operatività, ampliando in via interpretativa i limiti all'autonomia privata tanto con riguardo a quelli strutturali, concernenti gli *essentialia negotii* (ed in particolare le eccezioni di invalidità), quanto con riguardo ai rimedi contro l'inadempimento assoluto del soggetto beneficiario del patto (con riferimento all'*exceptio adimpleti contractus*) ed, ancora, con riguardo ai poteri di intervento del giudice, per salvaguardare il debitore, soggetto al *solve*, nel caso di uso della clausola in caso di dolo del creditore o di comportamento comunque contrastante con la buona fede.

Si ragionava dunque di tutelare il contraente debole di fronte a clausole che portavano sicuri squilibri al rapporto contrattuale ([250]), nonché da possibili abusi della controparte, qualora

---

([249]) Cfr. POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 2, ove rimarca che «la dottrina commercialistica fu la prima a difendere la validità del patto, che si riteneva imposto proprio dalle esigenze del commercio ed in particolare da una tecnica di vendita destinata a crescenti successi: alla possibilità concessa al debitore di pagare ratealmente si faceva invero corrispondere "la subordinazione dei suoi diritti per il cattivo adempimento al previo pagamento delle rate di prezzo scadute" (ASCARELLI, [*op. cit.*,] p. 423).

Contenuta fino ad un certo momento nell'ambito del diritto sostanziale, la discussione sulla clausola si spostò presto sul piano del diritto processuale, ove incontrò peraltro aperte resistenze della dottrina specialistica, contraria ad ammettere la validità, nella convinzione che altrimenti le parti avrebbero potuto sovvertire, contro la stessa volontà del legislatore, il regime delle azioni e delle eccezioni. Fu proprio la resistenza mostrata dalla dottrina processualistica (...) ad indurre i teorici del diritto sostanziale ad una più attenta considerazione degli inconvenienti del patto e ad incentivare la ricerca dei limiti di validità».

([250]) Su tutti si ricorda ancora una volta la posizione "pionieristica" assunta nel suo scritto del 1929, con cui auspicava un intervento del legislatore, *de jure condendo*, per fronteggiare la prassi delle clausole vessatorie unilateralmente predisposte dalle imprese nei contratti seriali, a danno degli aderenti.

© Wolters Kluwer Italia

la clausola (nata per preservare il creditore del prezzo da comportamenti dolosi del debitori o contrari a buona fede, allorché proponga eccezioni strumentali e dilatorie per ritardare il pagamento dovuto), venisse invece utilizzata dal creditore medesimo per ottenere l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria di controparte nonostante il proprio inadempimento, contando sull'operatività del *solve et repete* ([251]).

Così, nonostante un'ampia formulazione della clausola, che imponeva al debitore del prezzo di subordinare *qualunque* eccezione al previo adempimento, la dottrina che riteneva valido il *solve et repete* pattizio, ne restringeva interpretativamente la portata e l'efficacia, sicché proprio tali limiti, nel circoscrivere la clausola entro angusti confini, finirono per decretarne la sopravvivenza in quell'assetto ordinamentale, così come in quello delineatosi di lì a poco, con l'emanazione del codice civile del 1942, che, com'è noto, recepisce l'evoluzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, confermando, all'art. 1462 c.c., la validità della clausola limitativa della facoltà di proporre eccezioni e sottoponendola, al contempo, ad alcune restrizioni, già collaudate nell'esperienza giuridica postunitaria, ammettendo in ogni caso le eccezioni di invalidità e quelle di rescissione, al primo comma, nonché l'intervento del giudice in funzione correttiva nel secondo comma, il quale, per gravi motivi, può sospendere la condanna del debitore, imponendogli un'eventuale cauzione.

Al contempo, sempre nel codice civile del 1942, sul versante dell'equilibrio contrattuale di tipo normativo, concernente dunque diritti ed obblighi delle parti, veniva il correttivo dell'inefficacia delle clausole vessatorie previsto all'art. 1341, comma 2 e 1342, comma 2, c.c., nelle quali sono da ricomprendere espressamente anche quelle che dispongono «limitazione alla facoltà di opporre eccezioni», con ciò ponendo un primo regime di salvaguardia, seppur di tipo meramente formale, nei confronti del contraente in posizione di debolezza.

S'era dunque andato a delineare un equilibrio sul *solve et repete* pattizio, frutto della risposta dell'ordinamento giuridico alle

---

([251]) In dottrina le considerazioni ricorrenti, come s'è avuto modo di analizzare nei paragrafi che precedono, prendeva le mosse dal dibattito maturato sul patto *ne dolo praestetur*, per rimarcare la proponibilità delle eccezioni volte a paralizzare il dolo del creditore o il comportamento da questi posto in essere in contrasto con la buona fede, nell'avvalersi della clausola *solve et repete*.

© Wolters Kluwer Italia

sollecitazioni soprattutto dottrinali; ma l'iter della clausola è rimasto tormentato anche nel prosieguo, stavolta grazie ad un mutato ruolo della giurisprudenza, che, sulla scia degli orientamenti dottrinali e su una rinnovata consapevolezza della sua portata innovatrice, fino ad assurgere a "fonte" o "formante" del diritto, restringe ancora l'operatività della clausola, bel al di là della formulazione letterale dell'art. 1462 c.c., come si avrà modo di rimarcare più approfonditamente nel capitolo successivo e si incammina verso un percorso di giustizia contrattuale che le fornisce un ruolo attivo, di tipo "interventista", al cospetto della volontà delle parti, facendo leva sulla clausola generale di buona fede, sul concetto di equità, nonché sui principi generali dell'ordinamento, che hanno avuto nuova linfa dall'avvento della Costituzione, nel 1946.

L'analisi dell'evoluzione in senso diaconico che ha avuto la disciplina del *solve et repete* pattizio e le sue limitazioni, dunque, conducono il discorso in varie direzioni, che verranno affrontate nel prosieguo.

La prima riguarda l'interpretazione del regime giuridico attuale del *solve et repete* pattizio, alla luce degli indirizzi interpretativi dottrinali e giurisprudenziali maturati sulla clausola limitativa della proponibilità di eccezioni, *ex* art. 1462 c.c. Il vivace dibattito maturato in epoca precedente all'attuale codice civile è di prezioso aiuto in tal senso, in quanto diviene importante elemento di confronto nella conduzione dell'analisi, che deve ovviamente tener conto delle implicazioni di sistema.

C'è da chiedersi, a tal riguardo, se possa essere rinvenuta una lettura unitaria delle limitazioni poste all'autonomia privata nell'operatività della clausola *solve et repete* e qui l'indagine conduce anche ad interrogarci sia sul ruolo della *causa* nei rapporti contrattuali, con cui il predetto patto presenta evidenti connessioni ([252]),

---

([252]) Si pensi al discorso di ASCARELLI, *op. ult. cit.*, e di GRECO, *op. ult. cit.*, ma anche di FERRARA, *op. ult. cit.*, sul rapporto tra clausola *solve et repete* e causa. Il discorso oggi viene ripreso, ad esempio, con riguardo alla rilevanza della clausola *solve et repete* nelle fideiussioni, di cui si discute se trasporti o meno il contratto verso l'area dell'atipicità, per il venir meno dell'assenza del carattere di accessorietà rispetto all'obbligazione principale: v., sul tema, MONTICELLI, *La tutela* ex *art. 1957 codice civile tra fideiussione, clausola* solve et repete *e garanzia atipica*, in *Contratti*, 2004, 3, II, p. 273 ss., in nota a Cass., sez. I, 4 luglio 2003, n. 10574; ma anche, in giurisprudenza, Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, ove tra l'altro viene dato atto che «la giurisprudenza di questa corte ha seguito, nel tempo, itinerari interpretativi non sempre univoci sul tema dei rapporti tra fideiussione e c.d. *Garantievertrag*, pur avendo di re-

© Wolters Kluwer Italia

sia sul senso di una tale ricostruzione oggi, dato che modelli sovranazionali di produzione del diritto – inclusa la c.d. nuova *lex mercatoria*, ravvisabile, secondo la brillante ricostruzione di Francesco Galgano, nei Principi Unidroit per la disciplina dei contratti commerciali internazionali ([253]) – e la globalizzazione degli scambi con altri ordinamenti giuridici, soprattutto di *common law*, inducono a rimeditare sulla necessità o meno di ricorrere alla "causa" sul piano "ricostruttivo", tant'è che ordinamenti tradizionalmente improntati alla causa, come quello francese, forse proprio sul modello offerto dai Principi Unidroit, hanno finito per espungerla nel recente processo di riforma del codice civile ([254]).

Nel nostro sistema la causa riveste ancora un ruolo impor-

---

cente manifestato una sempre maggiore consonanza di pensiero nella strutturazione di una sempre più indispensabile *actio finium regundorum* tra le due fattispecie». In tale direzione v. Cass., sez. II, 17 giugno 2013, n. 15108, per la quale «Ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta del creditore", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia. La caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'*assenza* dell'elemento dell'*accessorietà* della garanzia, *insito nel fatto che viene esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni* che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 c.c.». La questione non è sopita a fronte delle pronunce delle Sezioni Unite, come ben rimarcato da MASCOLO, *Sull'applicazione dell'art. 1957 c.c. al* Garantievertrag*: la giurisprudenza (di legittimità e di merito) disattende il* dictum *delle Sezioni Unite*, in *Il diritto degli affari,* 26 giugno 2017. Su tali aspetti si ritornerà nell'ultimo capitolo del presente volume, a cui *amplius* si rinvia.

([253]) Il riferimento è a GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., *passim* ed, *ivi*, spt. p. 239 ss. (cap. IX).

([254]) Chiaro è in tal senso l'art. 2 dell'*Ordonnance* n° 2016-131 del 19 febbraio 2016, che, nel riformare il *code civil* francese, ha introdotto il nuovo art. 1128, in sostituzione del precedente art. 1108, su «*La validité du contract*», nel quale è stata espunto del tutto il riferimento alla causa tra gli elementi essenziali del contratto. La nuova formula dell'art. 1128 cit. così dispone: «*Sont nécessaires à la validité d'un contrat*:

1° *Le consentement des parties*;

2° *Leur capacité de contracter*;

3° *Un contenu licite et certain*».

Sui lavori di riforma del codice civile francese, con particolare riguardo al contratto, cfr. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 2, p. 177 ss.; D. DI SABATO, *La formazione dell'accordo nell'ordinamento francese rinnovato*, in *Riv. dir. dell'impr.*, 2019, 2, p. 405 ss.; PAGLIANTINI, *Contratto e* "contrat": *il modello italiano (artt. 1321 e 1325 c.c.) e quello francese riformato (artt. 1101 e 1128* "Code civil"*)*, in *Giustizia civile*, 2019, 2, p. 317 ss. Più specificamente sul tema della causa

© Wolters Kluwer Italia

tante nel sistema ed appare, invero, lo strumento con cui il nostro ordinamento apre le porte ad un controllo penetrante del giudice sull'autonomia delle parti, fino a sindacare la meritevolezza del contratto, non solo per i contratti atipici, *ex* art. 1322, comma 2, c.c., ma anche per i contratti tipici, ove si ha riguardo alla causa in concreto e non a quella astrattamente intesa con riferimento alla sua funzione economico sociale, predeterminata dal legislatore. Vi sono tuttavia, oggi, altre categorie che reclamano e consentono l'intervento del giudice sul contratto, sempre con riguardo all'assetto concreto dei rapporti contrattuali, e passano per categorie diverse, riconducibili all'area del "contratto giusto", della "giustizia contrattuale", nonché dei poteri di intervento del giudice a garanzia dell'equilibrio contrattuale, in base ai molteplici significati può assumere l'*equità* ([255]).

Ancora, un'altra direzione concerne l'applicazione del patto nella nuova *lex mercatoria* ([256]), ovvero nel nuovo *jus mercatorum*, quello sovranazionale dei contratti commerciali, per i quali – come nei "corsi e ricorsi storici" di vichiana memoria – ritorna il problema, già analizzato nella nostra esperienza giuridica postunitaria, di individuarne dapprima la prassi applicativa e, infine, i confini di validità e di efficacia in assenza di norme cogenti *ad hoc*, di rango legislativo.

La ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che s'è fatta finora, nel presente capitolo, e quella che sarà oggetto di disamina nel capitolo seguente, sarà di sicuro ausilio per una più efficace analisi dei predetti temi nella parte finale di questo lavoro monografico.

---

si veda NAVARRETTA, *La causa e la* "réforme du code civil" *francese*, in *Persona e mercato*, 2018, 1, pp. 6 ss.

Sui problemi legati al declino della causa nel contratto, oltre un decennio prima del dibattito aperto dalla riforma francese, si veda anche la posizione critica di SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 100 ss.

([255]) Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., *passim* e p. 98, ove si mette in risalto il ruolo del giudice nell'integrare la volontà delle parti, anche grazie all'interpretazione "integrativa", nell'ambito del quale riveste un ruolo decisivo anche il ricorso all'equità. Si veda anche, in tale direzione, ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, 2, I, p. 611 ss.; ALPA, *Il contratto in generale. Principi e problemi*, cit., p. 322 ss. (in quest'ultime pagine anche sulle diverse accezioni dell'equità in ambito contrattuale).

([256]) GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., *passim*

© Wolters Kluwer Italia

Capitolo II

LA DISCIPLINA DELLA CLAUSOLA *SOLVE ET REPETE* NEL CODICE CIVILE

Sommario: 1. La questione della liceità della clausola *solve et repete* alla luce della Costituzione, nel dibattito della dottrina e negli orientamenti giurisprudenziali. – 2. Limiti testuali relativi alla validità del contratto, in cui la clausola è inserita. Le eccezioni di nullità e di annullabilità previste dall'art. 1462, comma 1, c.c. – 3. Limiti testuali relativi al significativo squilibrio "normativo": la vessatorietà della clausola *solve et repete* nei contratti con i consumatori *ex* artt. 33 ss. c. cons. e nei contratti di adesione *ex* artt. 1341, comma 2, e 1342, comma 2, c.c. – 4. Limiti testuali e atestuali derivanti dallo squilibrio economico del contratto. – 4.1. L'indifferibilità dell'eccezione di rescissione, prevista dall'art. 1462, comma 1, c.c., quale limite testuale all'efficacia della clausola *solve et repete* tra squilibrio economico, equità e compressione della libertà di contrattazione. – 4.2. L'operatività della clausola *solve et repete* sul piano dell'adempimento e limiti ontologici. – 4.2.1. L'operatività della clausola *solve et repete* sul piano dell'adempimento, natura sostanziale della clausola (con ricadute processuali) ed assenza di preclusioni in ordine all'ammissibilità di eccezioni e domande riconvenzionali nel corso del giudizio, a fronte dell'avvenuto adempimento (anche in forma coattiva). – 4.2.2. Limiti ontologici all'operatività della clausola *solve et repete* sul piano dell'adempimento, , con particolare riferimento ai contratti sinallagmatici a prestazioni sia "non simultanee" che "simultanee". – 4.2.3. (*segue*) Limiti ontologici derivanti dal venir meno del fatto costitutivo del credito. – 4.2.4. Limiti volontari, derivanti dalla rinuncia espressa o tacita (in particolare, sul piano dell'adempimento, in caso sia stata domandata previamente la risoluzione del contratto per inadempimento della parte gravata dal patto). – 4.3. La clausola *solve et repete* di fronte all'eccezione (e alla domanda riconvenzionale) di risoluzione per inadempimento e alle altre eccezioni sinallagmatiche operanti sul terreno dell'adempimento *ex* artt. 1460 e 1461 c.c. – 4.4. Clausola *solve et repete* e risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione. – 4.5. Clausola *solve et repete* e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. – 4.6. (*segue*) La clausola

© Wolters Kluwer Italia

solve et repete nei contratti sinallagmatici segnati dalla pandemia da Covid-19. – 5. La sospensione della condanna per «giusti motivi» *ex* art. 1462, comma 2, c.c., giustizia contrattuale e limiti alla clausola *solve et repete* derivanti dalla Costituzione. – 5.1. La clausola *solve et repete* e i «giusti motivi» che postano alla sospensione della condanna ai sensi dell'art. 1462, comma 2, c.c.: l'intervento del giudice nel contratto tra vecchi e nuovi orientamenti. – 5.2. (*segue*) I «gravi motivi» di cui all'art. 1462, comma 2, c.c. nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 5.3. Giustizia contrattuale e «gravi motivi», tra buona fede, divieto di abuso del diritto e giustizia contrattuale. Dall'*exceptio inadimpleti contractus* alla disapplicazione giudiziale della clausola *solve et repete* al tempo del Covid-19. – 5.4. (*segue*) Il limite costituzionale della dignità umana: una rilettura dell'art. 1462, comma 2, c.c. in termini di giustizia contrattuale. Dall'*homo dignus* al *paciscens dignus.*

1. La questione della liceità della clausola *solve et repete* alla luce della Costituzione, nel dibattito della dottrina e negli orientamenti giurisprudenziali

La questione sulla validità della clausola *solve et repete* sotto la vigenza del codice civile del 1865, come s'è avuto modo di riscontrare nel capitolo precedente, è stata oggetto di un vivacissimo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, risolto dall'orientamento prevalente della Suprema Corte di Cassazione: quest'ultima, in primo luogo, s'era pronunciata per la validità della clausola medesima, in applicazione del *principio di autonomia contrattuale*, ribadendo altresì, in secondo luogo, come tale clausola non trovasse ostacoli nel sistema, anche al rilievo che le eccezioni avverso le richieste di adempimento del creditore (beneficiario della clausola) non costituissero oggetto di rinuncia *tout court* da parte del debitore; al contrario, venivano differite al proprio adempimento, pattiziamente dovuto salvo il *repete* ([1]).

([1]) Si veda, per un approfondimento, quanto illustrato nel par. 2.4 del precedente capitolo.

Ricordiamo che la Corte di Cassazione del Regno, sez. I, 7 maggio 1928, in *Foro it.*, 1929, 54, c. 289 ss., con nota di ASCARELLI, cit., aveva statuito che «il patto del *solve et repete* stabilito a favore del venditore in un contratto di compravendita è pienamente valido» (c. 290) e, nelle motivazioni, s'è peritata di precisare che «la nullità della clausola non è sancita dalla legge, né si desu-

© Wolters Kluwer Italia

Rimaneva aperta la questione relativa ai *limiti* da assegnare a tale autonomia nel *solve et repete* pattizio, generalmente risolta – nel dibattito postunitario – ammettendo la proponibilità delle eccezioni che coinvolgevano gli *essentialia negotii* e l'inadempimento assoluto del creditore (*exceptio inadimpleti contractus*), restringendo dunque l'effettiva portata dalla clausola alle eccezioni *non rite adimpleti contractus* o *male adimpleti contractus* ([2]).

Le voci discordanti in dottrina e gli indirizzi contrapposti in giurisprudenza hanno avuto la loro sintesi nel passaggio dal vecchio al nuovo codice civile.

L'acceso dibattito che aveva animato le riflessioni sulla clausola *de qua* era stato considerato nei lavori che hanno preceduto la codificazione novecentesca, tant'è che all'art. 260, comma 2, del Progetto Ministeriale era contenuta una formula, poi abbandonata nella stesura definitiva del codice del 1942, nella quale si prevedeva che la clausola «con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o di ritardare la sua prestazione, ha effetto soltanto per le eccezioni fondate sull'inadempimento dell'altra parte», con l'ulteriore precisazione che la medesima tuttavia «non ha effetto se è fatta valere con dolo o in mala fede, ovvero se l'inadempimento della parte che la invoca è stato dimostrato» ([3]). La preoccupazione era dunque quella di restringere la portata del patto sul terreno

---

me dal suo sistema, che è anzi informato al *principio dell'autonomia della volontà delle parti*».

La giurisprudenza della S.C. aveva mostrato, inoltre, di esaltare al massimo grado il principio dell'autonomia contrattuale, come in Cass. 20 luglio 1930, cit., per la quale «è valida la clausola contrattuale con cui rimanga vietato al compratore di esercitare comunque azioni o eccezioni fondate sull'inadempienza del venditore, fino a quando egli non abbia pagato il prezzo. Ammessa la validità della clausola, *non può giustificarsene alcuna limitazione*, nemmeno in rapporto alla gravità delle inadempienze in cui sia incorso il venditore, *salvo la dimostrazione di una diversa volontà delle parti*». L'autonomia contrattuale è, in tale prospettazione, fonte e limite della clausola: ove nulla abbiano specificato le parti, la clausola non soffrirebbe limitazioni. L'indirizzo, come s'è avuto modo di chiarire, ha incontrato critiche volte a restringere la portata della clausola, poi approdate, nell'evoluzione dell'ordinamento, nell'attuale formula dell'art. 1462 c.c.

([2]) Cfr., *amplius*, parr. 2.4 e 2.5 del precedente capitolo.

([3]) Così l'art. 260, comma 2, del Progetto Ministeriale, come riportato in BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 102 e in POLETTI, *Comm. art. 1462 c.c.*, in *Dei contratti in generale. Comm. Gabrielli, artt. 1425-1469 bis c.c.*, a cura di Navarretta e Orestano, cit., p. 532.

© Wolters Kluwer Italia

del solo adempimento ([4]), tenendo altresì conto delle preoccupazioni di chi osteggiava la clausola, nel timore che la stessa potesse favorire comportamenti "maliziosi" del contraente beneficiato dall'operatività della clausola medesima ([5]).

La proposta di regolamentazione del *solve et repete* pattizio articolata nel Progetto Ministeriale non ha però avuto fortuna, essendo stata abbandonata per altra che, per un verso, sul piano dell'efficacia lascia formalmente più ampi margini all'autonomia privata ([6]) e, per altro verso, sostituisce il riferimento al «dolo», alla «malafede» o all'«inadempimento (...) dimostrato» del beneficiario della clausola con il richiamo generico ai «gravi motivi» volti a giustificare l'intervento del giudice nel contratto ([7]). Le ragioni che hanno indotto ad espungere il riferimento al dolo ed alla malafede risiedono nell'illogicità dell'automatismo che si sarebbe venuto a creare nei confronti del creditore inadempiente che si avvale del patto. È stato autorevolmente rimarcato, in tal senso, che «non c'è dubbio che la malafede del contraente, il quale consapevole del proprio inadempimento o della precarietà delle proprie condizioni economiche, intimi il *solve* all'altra parte, evidenzi anche la contrarietà a buona fede oggettiva della sua condotta. Ciò non potrebbe, tuttavia, autorizzare senz'altro a dedurre – sulla base di una sorta di presunzione *iuris et de iure* – l'esistenza della "malizia" (nelle varianti del dolo specifico o generico: malafede), in chi, pur inadempiente o "insolvente", si avvalga del patto» ([8]).

([4]) POLETTI, *Comm. art. 1462 c.c.*, cit., p. 532.

([5]) Si veda in tal senso, ad esempio, Cass. 27 giugno 1939, in *Foro it.*, 1939, I, c. 1557, ricordata da BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 102, nota n. 51 e, *ivi*, altri riferimenti a cui si rinvia.

([6]) Per l'art. 260, comma 2, del Progetto Ministeriale cit., la clausola avrebbe avuto effetto solo in caso di eccezioni di inadempimento dell'altra parte; nel testo dell'art. 1462 c.c., invece, la clausola non ha effetto per le eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto, senza escludere testualmente il campo di applicazione alle altre eccezioni, riguardino o no l'inadempimento. Com'è noto, tuttavia, la giurisprudenza ha ulteriormente ristretto la portata applicativa della clausola. Sul punto si tornerà nel prosieguo di discorso.

([7]) Il rilievo è di BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 102.

([8]) BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 102 e 103, ove si annota ulteriormente che «per questi motivi – stando almeno a quanto potrebbe risultare dalla relazione –, sembrerebbe che il legislatore avesse preferito evitare qualsiasi implicito od esplicito riferimento (invece contenu-

© Wolters Kluwer Italia

La scelta legislativa, nella nuova codificazione, ha operato dunque una diversa sintesi tra le discordanti posizioni – dottrinali e giurisprudenziali – registratesi nel dibattito postunitario, fino ad approdare ad una "*segmentata*" regolamentazione della clausola limitativa della proponibilità di eccezioni: la disciplina "di fondo" è contenuta nell'art. 1462 c.c., che prevede al proprio interno limiti e correttivi alla portata applicativa della clausola, ma al contempo è stata accompagnata anche dalla previsione di ulteriori norme che, a livello sistematico, stemperassero lo *squilibrio* significativo che la clausola andava ad introdurre – sul piano "*normativo*" (e non "*economico*") – nei rapporti *inter partes*, a danno di chi aderiva a contratti unilateralmente predisposti da un contraente "forte". Così, nella formulazione del codice civile del 1942 tuttora vigente, s'è previsto che, ove la clausola *solve et repete* venga inserita in condizioni generali di contratto (art. 1341, comma 2, c.c.), solitamente incorporate in moduli o formulari (art. 1342, comma 2, c.c.), ne viene paralizzata l'efficacia qualora non sia stata approvata specificamente per iscritto: tutela di carattere formale, che ha la propria ragione nella protezione della parte debole contro la "sopraffazione" della controparte e non contro la propria "disattenzione" ([9]). A tale tutela di carattere formale s'è poi successivamente aggiunta quella, di carattere sostanziale, vigente in tema di clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, dapprima inserita negli artt. 1469 *bis* ss. c.c., in attuazione della dir. 93/13/CEE, poi trasposta agli artt. 33 ss.

---

to nel cit. art. 260, 2° comma Prog. Min.) allo stato soggettivo di buona o di mala fede dell'attore ed affidare l'eventuale sospensione della condanna alla probabile fondatezza della difesa fatta valere dal convenuto e, dunque, a fatti rigorosamente oggettivi quali l'inadempimento o il deterioramento delle condizioni economiche del primo. Con la conseguenza che, anche nel caso in cui l'autore del *solve* fosse in perfetta buona fede perché ragionevolmente convinto di aver eseguito od offerto esattamente la prestazione dovuta o di essere perfettamente in grado di eseguirla alla prevista scadenza, la condanna dell'altra parte verrebbe sospesa qualora, sulla base delle risultanze processuali, il giudice dovesse, a propria volta, convincersi che l'eccezione è invece probabilmente fondata o quando esista una prova semipiena che consenta una pronta indagine su di essa».

([9]) Cfr. LENER, in *Foro it.*, 1976, 99, I, c. 2621, in nota a Cass., II, 5 ottobre 1976, n. 3272, ove l'A. iconicamente sottolinea che «perfino i sassi (che leggono ancora meno) sanno che il problema di tutela posto dalla predisposizione di condizioni standard di contratto (...), non riguarda una tutela della disattenzione, che in questi termini ha pochi titoli di merito, bensì una tutela della sopraffazione: anche se fatto avveduto di questa, il contraente per adesione nella normalità dei casi nulla può per evitarla».

© Wolters Kluwer Italia

c. cons. ([10]). Nei rapporti tra professionista e consumatore, la clausola non negoziata individualmente viene dunque travolta dalla nullità di protezione, che può operare solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice, rimanendo invece valido il contratto per la restante parte, senza possibilità che venga travolto in applicazione dell'istituto della nullità parziale ai sensi dell'art. 1419 c.c. ([11]).

Quanto alla regolamentazione "di fondo" del *solve et repete* pattizio, l'art. 1462, comma 1, c.c. prevede che «la clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto»: viene così confermata, innanzitutto, la sua *compatibilità* con l'ordinamento giuridico, salva la necessità di una sua *limitazione*.

La validità del *solve et repete* pattizio poggia chiaramente sul *principio di autonomia contrattuale* di cui all'art. 1322 c.c., al cui primo comma il legislatore codicistico ha ribadito che «le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (...)» ([12]); ma trattasi di articolo che va letto unitamente alla disciplina costituzionale relativa alla libertà di iniziativa economica privata, tutelata dall'art. 41 Cost. ([13]) e, successivamente, anche dall'art. 16 della

---

([10]) Al riguardo, con riferimento alla clausola *solve et repete*, si veda quanto illustrato nel prosieguo di discorso, all'interno del presente capitolo.

([11]) In tal senso si veda l'art. 36, comma 3, c. cons..

([12]) Per un'approfondita disamina sull'autonomia contrattuale e sui suoi limiti si rinvia a GALGANO, *Trattato di diritto civile*, 3ª ed. a cura di Zorzi Galgano, Milano, 2014, tomo II, p. 182 ss.

([13]) Si veda, in tal senso, MACARIO, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2015, VIII, p. 61, 64 ss., 69, nonché, *ivi*, l'intero par. 3; GALGANO, *Comm. art. 41 Cost.*, in GALGANO e RODOTÀ, *Rapporti economici*, tomo II, in *Commentario della Costituzione a cura di Branca, artt. 41-44*, cit., p. 4 ss.

In diversa direzione, altra dottrina preferisce ravvisare il fondamento costituzionale dell'autonomia privata, più generalmente intesa, nell'art. 2 Cost. (v., ad es., C.M. BIANCA, *Diritto civile,* 3. *Il contratto*, Milano, 2000, p. 31), mentre per P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 326 s., per il quale «Non è sostenibile (...) che l'autonomia negoziale non abbia alcuna rilevanza costituzionale (...) [ma il] tentativo d'individuare il fondamento dell'autonomia nella garanzia costituzionale dell'iniziativa economica privata (art. 41 cost.), è parziale: l'autonomia negoziale non si identifica e non si esaurisce con

© Wolters Kluwer Italia

Carta dei diritti fondamentali dell'UE in tema di libertà di impresa ([14]).

---

gli atti d'impresa» (*Ibidem*, p. 326 s.). Il fondamento costituzionale andrebbe visto, secondo tale prospettiva, sia nei confronti dell'art. 41 Cost., sia nei confronti di altre disposizioni e, tra esse, l'art. 2 Cost. qualora le regolazioni negoziali abbiano ad oggetto situazioni giuridiche non patrimoniali, di natura personale ed esistenziale (*Ibidem*, p. 327). Più cauta è la posizione di ALPA, *Corso di diritto contrattuale*, Padova, 2006, p. 282 s., per il quale «Non sembra che la nostra Costituzione (a differenza della Costituzione di Bonn) contempli una garanzia neppure indiretta della libertà contrattuale. È improprio il richiamo all'art. 2 Cost. perché non è vero che ogni contratto crei una comunità (...). Sono garantite solo talune manifestazione dell'autonomia contrattuale, quali la libertà di associazione (art. 8) (...)», salvo poi a concludere che «Al di fuori delle norme sopra richiamate, si può risalire alla libertà contrattuale dalla garanzia di altri istituti (artt. 41, 42)» (ALPA, *op. ult. cit.*, p. 283).

Per un inquadramento del rapporto tra autonomia privata e principi costituzionali si veda anche il rilevante contributo di MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss., che si mostra critico sulla riconduzione del principio di autonomia privata all'art. 2 Cost., avvertendo al contempo che l'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., pur potendo essere inquadrata nel fondamento costituzionale dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., trova in tale norma – coì come nell'art. 42 Cost. in tema di proprietà – una tutela soltanto "indiretta". Precisa infatti Luigi Mengoni che «nel campo dei rapporti patrimoniali la libertà individuale di contratto fruisce soltanto di una tutela costituzionale indiretta, in quanto strumento di esercizio della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà. La garanzia di queste libertà economiche (artt. 41 e 42 cost.) e l'obbligo che ne deriva al legislatore di riconoscerle e di determinarne i limiti destinati ad armonizzarne l'esercizio con l'utilità sociale e col rispetto della sicurezza, della libertà, della dignità umana, si riflettono sull'autonomia negoziale» (*Ibidem*, p. 2). Sicché «il principio della libertà di contratto, codificato nell'art. 1322 c.c., non è specificamente garantito per se stesso dalla Costituzione italiana, né con disposizione espressa come nella Costituzione di Weimar (art. 152) né con norma implicita come nella Costituzione di Bonn (art. 2, *Abs.* 1). (...) Le ragioni storico-ideologiche che spiegano la mancata costituzionalizzazione della libertà di contratto "come tale" si collegano alla tradizionale scarsa propensione del legislatore italiano a contenere, in linea di principio, l'intervento pubblico nell'economia nell'ambito delle funzioni di controllo e di regolazione del mercato» (*Ibidem*, p. 1 e 2).

([14]) L'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ha un ambito più ristretto rispetto all'art. 41 Cost.: quest'ultimo si estende ad attività di iniziativa economica privata, anche non imprenditoriale; il primo riguarda solo l'attività di impresa, ancorché quest'ultima espressione sia usata in senso ampio nelle categorie europee, non coincidenti necessariamente con l'accezione tecnica di impresa tipica del nostro diritto interno. Sull'ampia portata applicativa dell'41 Cost., non confinata alla sola dimensione imprenditoriale, cfr. GALGANO, *Comm. art. 41 Cost.*, cit., p. 4 ss., il quale ha ben rimarcato che tale articolo, facendo espresso riferimento all'attività di iniziativa economica e non direttamente all'impresa, estende l'ambito della copertura costituzionale anche all'ipotesi in cui l'attività economica venga esercitata senza il requisito della

© Wolters Kluwer Italia

Si noti che la sentenza della Corte costituzionale con cui veniva rigettata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1462 c.c. e affermata, al contempo, la validità della clausola *solve et repete* nel nostro ordinamento, in un passaggio significativo delle sue argomentazioni è intervenuta proprio sul rapporto tra principio di autonomia privata di cui all'art. 1322 c.c. e libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., mettendo a sistema i limiti previsti espressamente sia nella norma codicistica che nella carta costituzionale.

Con diverse sentenze, la Corte costituzionale ha avuto modo di rimarcare come l'autonomia privata non riceva una tutela diretta dalla Costituzione, evidenziando, al contrario, che le norme costituzionali hanno generalmente una portata limitante rispetto all'operatività dell'autonomia contrattuale ([15]). Si legga in que-

---

professionalità (ma in maniera occasionale o saltuaria) o venga svolta in forma diversa da quella imprenditoriale (come ad es. nel caso di attività libero professionale).

Va inoltre evidenziato che i concetti, rispettivamente, di imprenditore di cui al codice civile e di impresa, tipica del diritto dell'UE, non sono tra loro coincidenti. Fra i tanti, con riferimento specifico alle tariffe professionali forensi, cfr. ALPA, *Le tariffe forensi*, in *Econ. e dir. terz.*, 2006, 3, pt. 2, p. 759 ss., con riferimento al contrastante indirizzo giurisprudenziale della Corte di giustizia sui minimi tariffari e, più recentemente, sempre sul medesimo tema, LA CORTE, *Abrogazione dei minimi tariffari forensi: considerazioni e prospettive alla luce dell'ultimo provvedimento dell'AGCM*, in *Econ. e dir.*, 2015, 8, p. 1 ss., spt. par. 2, il quale ricorda che «oggi (...) i giudici comunitari definiscono l'impresa come qualsiasi entità che eserciti una attività economica a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle modalità di organizzazione e finanziamento. A tal proposito, sono state ritenute imprese anche gli esercenti le professioni intellettuali posto che i professionisti offrono i propri servizi sul mercato, a titolo oneroso, in modo stabile ed indipendente». Tra le pronunce recenti, in tale ambito, si veda Corte giust. UE., sent. 23 novembre 2017, cause riunite C-427/2016 e C-428/2016, ove s'è ribadito che «L'art. 101, par. 1, TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, TUE, dev'essere interpretato nel senso che una normativa nazionale (...) la quale, da un lato, non consenta all'avvocato e al proprio cliente di pattuire un onorario d'importo inferiore al minimo stabilito da un regolamento adottato da un'organizzazione di categoria dell'ordine forense (...), a pena di procedimento disciplinare a carico dell'avvocato medesimo, e, dall'altro, non autorizzi il giudice a disporre la rifusione degli onorari d'importo inferiore a quello minimo, è idonea a restringere il gioco della concorrenza nel mercato interno ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità applicative, risponda effettivamente ad obiettivi legittimi e se le restrizioni così stabilite siano limitate a quanto necessario per garantire l'attuazione di tali legittimi obiettivi». In materia di veda anche, *ex multis*, GHEZZI e OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, 2013, p. 85 ss.

([15]) Cfr. ALPA, *Corso di diritto contrattuale*, cit., p. 282 s.; ID., *Libertà*

© Wolters Kluwer Italia

sto senso, ad esempio, C. cost. sent. n. 7 del 1962, per la quale gli «artt. 41 e 42 Cost., (...) mentre affermano in via di massima la libertà dell'iniziativa economica privata ed il libero godimento della proprietà privata, consentono tuttavia che all'una ed all'altro siano imposti limiti, al fine di farli armonizzare con l'utilità sociale e render possibile l'adempimento di quella funzione sociale che non può dissociarsi dal godimento dei beni di produzione o, più generalmente, dall'esercizio di ogni attività produttiva. L'esigenza del conseguimento di tali fini come giustifica l'imposizione di condizioni restrittive per lo svolgimento dell'autonomia contrattuale, così può consentire la modifica o l'eliminazione di clausole di contratti in corso quando esse si rivelino contrastanti con l'utilità sociale» ([16]). Sicché, in linea con un orientamento radicato della Corte costituzionale, l'art. 41 Cost. è parso più un limite che un sostegno all'autonomia contrattuale ([17]).

Invece, con la sent. n. 256 del 1974 – che sarà oggetto di più compiuta disamina in prosieguo di discorso –, la Corte costituzionale, pronunciandosi sulle questioni sollevate in tema di clausola *solve et repete*, sembra abbia voluto riconsiderare il rapporto tra l'art. 1322 c.c. e l'art. 41 Cost., ponendoli non già in contrapposizione reciproca, ma valorizzandone un'analoga e comune operatività, ancorché su piani paralleli. L'autonomia contrattuale, così come l'iniziativa economica privata, sono espressione di libertà privata in ambito economico e l'una e l'altra soffrono limiti intrinseci che si corrispondono. La sentenza ult. cit. ribadisce infatti che l'autonomia contrattuale – di cui la clausola *solve et repete* costituisce espressione – «é soggetta ai limiti stabiliti dalla legge, secondo l'espresso disposto dell'art. 1322, *cui fa riscontro la disciplina costituzionale* che garantisce la libertà dell'iniziativa economica privata, indicandone al tempo stesso i precisi limiti». Sembra cioè che la Corte abbia voluto proporre una lettura "costituzionalmente orientata" dell'autonomia contrattuale, mettendo in risalto la libertà di iniziativa economica in ambito contrattuale che giustifica l'inserimento della clausola

---

contrattuale e tutela costituzionale, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 35 ss. Si veda anche P. Rescigno, *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967, p. 3.

([16]) In questo senso si vedano anche altre pronunce della Corte costituzionale richiamate da Alpa, *Corso di diritto contrattuale*, cit., p. 286.

([17]) Così Alpa, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in *Riv. it. per le sc. giur.*, 2017, 8, p. 152.

© Wolters Kluwer Italia

solve et repete nel contratto, purché tale libertà sia bilanciata da limiti, insiti sia nella lettera dell'art. 1322 c.c. che dell'art. 41 Cost., che, nelle argomentazioni della Corte, valgono ad impedire la declaratoria di incostituzionalità sollevata nei confronti dell'art. 1462 c.c. ([18]).

L'autonomia contrattuale tuttavia necessita di correttivi, contemplati direttamente dal legislatore o facenti ingresso per mano del giudice, come ad esempio avviene in caso di riduzione della penale di importo manifestamente eccessivo, *ex* art. 1384 c.c., ove «l'equità del giudice è (...) diretta a correggere una espressione di autonomia contrattuale che darebbe luogo, altrimenti, ad una clausola nulla (...)» ([19]). Analogamente, all'art. 1462, comma 2, c.c., s'è previsto che il giudice possa intervenire per arginare uno squilibrio – non "economico", ma "normativo" – riscontrabile nei casi in cui abbia effetto la clausola limitativa della facoltà di proporre eccezioni. In tali ipotesi, precisa la norma dianzi citata, «(...) il giudice, se riconosce che concorrono gravi motivi, può (...) sospendere la condanna, imponendo, se del caso, una cauzione».

Sicché sono proprio le limitazioni all'operatività del principio di autonomia contrattuale che garantiscono la validità della clausola e la sua permanenza all'interno del sistema ([20]). Si tratta però di limitazioni che vanno rilette non nella prospettiva del

---

([18]) Per una più estesa disamina della sent. n. 256 del 1974 della Corte costituzionale si veda *amplius* quanto illustrato nell'ambito del presente paragrafo, in prosieguo di discorso.

([19]) GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 597.

([20]) Si veda, al riguardo, POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 1: «Consacrata in ambito legislativo all'insegna dei principi di libertà e di autonomia contrattuale, che ne avevano imposto – secondo la prevalente dottrina e la giurisprudenza – la validità, la clausola che vieta (*rectius* differisce) la proponibilità di eccezioni volte ad evitare o a ritardare la prestazione dovuta (...) ha nel tempo scontato una progressiva serie di restrizioni al suo ambito di efficacia. Il quale era già stato definito "ristretto" dalla Relazione al codice (n. 662), che in tal modo svelava subito il compromesso posto alle origini del nuovo art. 1462 c.c.: al riconoscimento della liceità del patto si affiancava una prudente circoscrizione dei suoi confini. Ai limiti testuali si sono nel tempo aggiunti ulteriori limiti segnalati dalla dottrina ed accolti dalla giurisprudenza, non paghe delle indicazioni legislative», sicché, com'è stato egregiamente osservato, «la sopravvivenza del patto nell'ordinamento appare ormai strettamente legata al reticolo di limiti, testuali e non, posti al suo operato: ed invero, più aumentano questi ultimi, più si rafforza, in definitiva, la sua liceità» (così, ancora, POLETTI, *op. ult. cit.*, p. 1).

© Wolters Kluwer Italia

formalismo negoziale, ma alla luce dei principi fondamentali che animano il nostro ordinamento.

Al riguardo si mostrano preziose le premesse argomentative di Luigi Mengoni che nel suo celebre scritto sul rapporto tra *autonomia privata* e Costituzione annota che «di regola, i diritti fondamentali corrispondenti ai valori della sicurezza, della libertà, della dignità umana, con i quali deve armonizzarsi l'iniziativa economica privata e quindi anche l'autonomia negoziale privata, non hanno efficacia immediata nei rapporti privati. Essi possono vincolare la libertà di contratto solo con la mediazione della legge e nella misura in cui sono specificati dalla disciplina legale degli atti di autonomia: "dall'art. 41, comma 2, non discende un potere del giudice di controllo diretto sugli atti di autonomia privata in mancanza di un atto normativo che specifichi come attuale quella astratta tutela" (Cass., Sez. un., 29 maggio 1993, n. 6031, in *Foro it.,* 1993, I, c. 1794 ss., 1812. La massima è consolidata [...]). Nell'adempimento di tale funzione la discrezionalità del legislatore ha un ampio spazio vincolato dai valori costituzionali ("ogni limite posto all'autonomia contrattuale è legittimo solo se preordinato al raggiungimento dei fini previsti o consentiti dalla Costituzione") (Corte cost., 23 aprile 1965, n. 30, in *Giust. cost.*, 1965, p. 298) e dal principio di ragionevolezza, cioè di congruità e di proporzione allo scopo. Entro questo spazio spetta alla legge, o al giudice autorizzato dalla legge mediante una clausola generale (...), stabilire i limiti di disponibilità pattizia di un diritto fondamentale (...)» ([21]).

Alla luce di tale impostazione si coglie bene anche la portata della clausola *solve et repete* al cospetto del principio di autonomia contrattuale, nella sua ("indiretta", secondo la tesi di Luigi Mengoni) riferibilità all'art. 41 Cost.: l'art. 1462, commi 1 e 2, c.c. contiene limitazioni legislative (che si accompagnano a quelle previste in tema di clausole vessatorie nel codice civile e nel codice del consumo) e, altresì, demanda all'intervento del giudice l'ulteriore definizione dei limiti all'autonomia privata nei casi in cui detta clausola, limitativa della facoltà di proporre eccezioni, abbia comunque effetto: le ragioni, secondo tale prospettiva, che qui si abbraccia in relazione al nostro tema di indagine, sono da vagliare non tanto con riferimento alla causa

([21]) Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 3 s.

© Wolters Kluwer Italia

del contratto ed alla tutela del sinallagma, visto nella sua dimensione genetica o funzionale ([22]), quanto invece nel riferimento ai "*valori*" che le limitazioni all'autonomia contrattuale mirano a tutelare ([23]).

Il richiamo del principio fondamentale in cui la clausola si innesta – quello dell'autonomia privata, declinato nel principio di autonomia contrattuale ([24]) – ha una precisa rilevanza sotto il profilo metodologico. Il discorso sulla validità della clausola e, ancor di più, quello relativo ai suoi limiti, va inquadrato nella prospettiva del bilanciamento tra principi contrapposti ([25]), che l'ordinamento giuridico, nei suoi diversi formanti, si propone di regolamentare ([26]).

([22]) Si veda, per una ricostruzione del discorso intorno agli effetti del patto s*olve et repete* sul sinallagma funzionale, LUCCHI, voce *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1998, p. 586 ss. e, *ivi*, spc. par. 2.

([23]) Emerge, in altre parole, la prospettiva del bilanciamento degli interessi e il tema della giustizia contrattuale, su cui si insisterà nel prosieguo del discorso. Nella prospettiva di Mengoni un ruolo decisivo viene svolto, in tale direzione, dalle clausole generali: «Luigi Mengoni spiega perché l'area del contratto deve includersi non nell'ambito di applicazione dell'art. 2 ma in quello dell'art. 41 Cost., e come non sia possibile da parte del giudice ordinario applicare direttamente l'art. 41 Cost. per sindacare la libertà contrattuale o, peggio, i contenuti del contratto, nel caso in cui si avvedesse che esso, come atto di autonomia privata, si pone in contrasto con la Costituzione. E ribadisce che le clausole generali, come correttezza e buona fede, incorporate negli artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c., l'ordine pubblico e il buon costume, non hanno bisogno di una "copertura" costituzionale per poter indurre le parti a comportarsi in modo da cooperare secondo canoni di solidarietà». Così ALPA, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, cit., p. 151.

([24]) Sulla pluralità di significati dell'autonomia privata si rinvia al contributo di PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, p. 366 ss.

([25]) Il bilanciamento proporzionale dei principi contrapposti è stato efficacemente studiato, in dottrina, da ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1994 (trad. it. di Di Carlo, ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012); ALEXY, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, 2005, X, p. 99 ss.; GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, p. 142 ss.; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 302 ss.; ID., *Principi del diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto pubblico*, 1998, 3, p. 651 ss.; MANIACI, *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2002, 2, p. 47 ss.; MORESO, *Conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion pratica*, 2002, 18, p. 16 ss.

([26]) P. PERLINGIERI, *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, cit., p. 23.

© Wolters Kluwer Italia

I principi hanno una funzione "ordinante" all'interno del sistema ([27]). Occorre dunque partire da essi per verificare inizialmente la "tenuta" della clausola sulla base dei principi fondamentali aventi copertura costituzionale ([28]). Si tratta di una verifica che attiene non solo alla "validità" in sé del *solve et repete* pattizio, ma anche alla "legittimità" costituzionale della regola contenuta nell'art. 1462, comma 1, c.c. che, disciplinando la clausola limitativa della facoltà di proporre eccezioni, ne ammette la conformità al sistema giuridico. La questione, com'è noto, è stata sollevata dalla giurisprudenza di merito sulla scia delle pronunce della Corte costituzionale che hanno censurato il *solve et repete* fiscale, stabilito per via eteronoma.

L'indagine sulla legittimità costituzionale dell'art. 1462 c.c., che ha retto agli assalti "pretori", ha portato ad un evidente rafforzamento della clausola *solve et repete*, che ha passato indenne il vaglio dei "principi": per la rilevanza sotto il profilo metodologico, l'esito di tale vaglio merita di essere di seguito primariamente ripercorso, nella parte che più interessa la nostra analisi ([29]), al di là dunque dell'esigenza di documentare una vicenda

---

([27]) Cfr., esplicitamente, Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, p. 41, ove si rimarca che «all'interno di un ambito segnato dal pluralismo delle fonti, vengono in evidenza i principi, con la loro funzione ordinante e unificante. Essi rappresentano una bussola, affidata agli interpreti, per navigare in un arcipelago giuridico soggetto a fibrillazioni e a continui mutamenti». Per un'ampia ed esaustiva trattazione sui principi si rimanda, in particolare, all'opera di Alpa, *I principi generali*, in *Tratt. dir. priv.,* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1993, *passim*. Si veda anche N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 83 ss.

([28]) Sulla costituzionalizzazione del diritto privato si veda, tra gli altri, N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 93 ss. L'incidenza dei diritti fondamentali e la loro applicabilità in ambito contrattuale è stata studiata, anche con riguardo alle esperienze giuridiche diverse dalla nostra, da Alpa, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, 1, p. 5-73.

([29]) Che il discorso sui principi investe il profilo metodologico lo si nota anche dalle argomentazioni in tema di costituzionalizzazione del diritto privato. Come ricorda un'attenta dottrina, la quale, dopo aver richiamato il pensiero di Luigi Mengoni, secondo cui il problema dei principi generali si pone oggi in un contesto istituzionale profondamente mutato (tanto a livello normativo quanto a livello interpretativo e di applicazione del diritto), rimarca come «Quella che è stata definita la costituzionalizzazione del diritto, e segnatamente del diritto privato – che, non a caso, incontra ancora tante resistenze nella cultura giuridica – facendo dipendere la validità delle norme da giudizi di conformità costituzionale che sono, a tutti gli effetti, giudizi di valore, "ha ufficial-

© Wolters Kluwer Italia

considerata ormai consegnata alla storia e pacificamente "archiviata" ([30]).

Proprio per via della funzione ordinante dei principi, si rivela utile inquadrare poi la lettura critica della disciplina sulla "clausola limitativa della facoltà di proporre eccezioni" ricollocando le variegate limitazioni *al solve et repete* pattizio – sia quelle *testuali*, introdotte dal legislatore, sia quelle *atestuali*, fissate per via giurisprudenziale – sul piano dei limiti all'operatività del principio di autonomia privata, in generale, e contrattuale, in particolare. Ciò consentirà di verificare, in una diversa prospettiva, il tratto unificante di siffatte limitazioni, qualora effettivamente ravvisabile.

Sicché, nella presente ricerca, il discorso relativo alla disciplina della clausola limitativa della facoltà di proporre eccezioni e alle sue limitazioni, viene inquadrato nella prospettiva dell'applicazione del principio dell'autonomia privata e contrattuale e dei limiti che l'ordinamento fissa alla medesima, per la necessità di contemperare altri interessi giuridicamente rilevanti.

In quest'ottica ci si approccerà alla materia in questione, strutturando la prosecuzione del discorso secondo un'articolazione che tenga conto dei seguenti aspetti, di particolare rilevanza ai fini della ricerca che si sta conducendo, tenendo conto del versante sia dottrinale che giurisprudenziale, alle prese con situazioni di grande impatto, con particolare riferimento all'incidenza della crisi pandemica da Covid-19 sui rapporti contrattuali. I limiti all'autonomia privata esigono a tal riguardo di ripensare l'operatività della clausola *solve et repete* anche a fronte delle esigenze di giustizia contrattuale, riletta, quest'ultima, alla luce dei principi costituzionali di dignità e di solidarietà sociale.

L'affermazione del precetto legale del *solve et repete* in materia fiscale, come s'è già avuto modo di ripercorrere la capitolo

---

mente reso la giustificazione una parte essenziale della regola" così F. VIOLA, *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, in *Ragion pratica*, 2010, p. 4; V. ancora ID., *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990, p. 106) così postulando una concezione dinamica della regola giuridica e quindi assegnando all'argomentazione un ruolo decisivo che il procedimento deduttivo del positivismo certamente negava».

([30]) Come efficacemente rilevato da POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 1, «Archiviata in tal modo la vicenda di incostituzionalità, che non pare destinata a nuove o diverse riproposizioni (v. infatti Cass. 26.1.1994, n. 759, ined.), la sopravvivenza del patto nell'ordinamento appare ormai strettamente legata al reticolo di limiti, testuali e non, posti al suo operato: ed invero, più aumentano questi ultimi, più si rafforza, in definitiva, la sua liceità».

© Wolters Kluwer Italia

precedente ([31]), aveva radici remote. Tale precetto s'era radicato nella legislazione postunitaria, con l'emanazione dell'art. 6 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, ma – come già rimarcato ([32]) – è stato poi travolto dall'avvento della Costituzione italiana che, in età repubblicana, ha imposto una revisione dell'ordinamento giuridico sulla base dei nuovi "valori" di cui la medesima è portatrice. All'indomani dell'emanazione della nostra Carta costituzionale, infatti, un'attenta e pervicace dottrina tributarista, quella di Gian Antonio Micheli, aveva avuto più volte occasione di rimarcare l'incostituzionalità del precetto contenuto nella norma poc'anzi richiamata ([33]), dopo averne affermato l'*iniquità* anche in epoca antecedente ai dettati costituzionali, durante il regime fascista, nel 1941 ([34]).

Tale dottrina ha avuto il merito di aver tenuto viva l'attenzione sull'incostituzionalità del *solve et repete* in materia fiscale, nonostante il diverso consolidato orientamento della Cassazione, che sembrava ormai aver sugellato, negli anni '50, l'infondatezza delle questioni che venivano sollevate con una certa frequenza ([35]).

È noto che l'incompatibilità del *solve et repete* fiscale con gli artt. 3, 24 e 113 Cost., su cui s'era già abbondantemente spesa la dottrina dianzi richiamata ([36]), ha avuto poi il sugello della

---

([31]) Cfr. par. 2.1, 2.2 e 2.3 del capitolo primo.

([32]) Si rinvia al par. 2.3 del capitolo primo.

([33]) Si pensi a MICHELI, *Presupposti costituzionali del* «solve et repete», in *Studi parmensi*, 1950, p. 231 ss., seguito, tra i diversi contributi, anche da ID., *In tema di costituzionalità del* «solve et repete», in *Riv. dir. fin. Sc. fin*., 1960, II, p 169 ss.

([34]) MICHELI, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1941, II, p. 57 ss., così come cit. da ID., *Presupposti costituzionali del* «solve et repete», cit., p. 231.

([35]) Si pensi, ad es., a Cass., ord. 21 gennaio 1957, n. 61, in *Giust. civ.*, 1951, III, p. 159; Cass., sent. 26 giugno 1957 n. 2482, n *Riv. fisc*., 1958, p. 1531; Cass., sent. 29 ottobre 1957, in *Giust. cost.,* 1958, p. 1968 ss.; Cass., sent. 3 dicembre 1957, in *Foro it.*, 1958, I, c. 27 ss.

La giurisprudenza di merito era allineata agli orientamenti della S.C., come si evince, *ex multis*, da App. Milano, 19 novembre 1957, in *Foro pad.*, 1958, II, p. 78; App. Caltanisetta, 31 luglio 1958, in *Rep. Foro it.*, voce *solve et repete*, n. 10; Trib. Pescara, 1° novembre 1958, in *Rep. Foro it.*, 1959, n. 8.

([36]) Cfr. MICHELI, *In tema di costituzionalità del* «solve et repete», cit., p. 170 s., secondo cui «è ovvio che il considerare il precetto del "*solve et repete*" come conforme ai principi costituzionali vigenti importa ritenere che tale precetto sia conforme al disposto degli artt. 3, 24 e 113 Cost. (...). Non senza avvertire che non pare sufficiente, per escludere la fondatezza di essa, l'osservazione che il *solve et repete* tratta tutti i cittadini, quali contribuenti, allo stesso

© Wolters Kluwer Italia

sent. n. 21 del 1961 della Corte costituzionale, a cui hanno fatto seguito altre pronunce del giudice delle leggi, con le quali sono stati travolti ulteriori analoghi precetti in materia fiscale ([37]).

L'accertamento dei richiamati profili di incostituzionalità che hanno colpito il precetto fiscale del *solve et repete* hanno influenzato anche il terreno del diritto privato. Non si fecero attendere le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale con cui

---

modo, talché la uguaglianza formale di tutti di fronte alla legge sarebbe salva, non introducendo l'art. 6 cit. alcuna discriminazione rispetto a determinate categorie di essi (v. App. Milano 19 novembre 1957 cit.). Né decisiva sembra l'altra considerazione, secondo la quale il *solve et repete* non violerebbe l'art. 113 Cost., non escludendo né limitando esso alcun mezzo di tutela giurisdizionale del cittadino contro gli atti della pubblica amministrazione (v. Trib. Firenze 4 giugno 1957, in *Il contenzioso dello stato negli anni 1951-55*, 1957, I, p. 397 s.). Il vero è che, attraverso l'obbligo imposto al contribuente, si lasciano senza tutela delle situazioni giuridiche subiettive passive, derivanti dall'esercizio del potere di imposizione, che discendono dall'esistenza stessa dell'atto della p.a. e che taluno qualifica come interessi legittimi ed altri come diritti subiettivi pieni (...). Non mi sembra perciò che abbia pregio l'osservare che l'azione giudiziaria non si profila come impugnazione dell'atto amministrativo ma come diretto accertamento dell'esistenza o meno dell'obbligazione tributaria. A maggior ragione l'esercizio dell'azione non può essere subordinato al verificarsi di un presupposto che invide sulla effettiva possibilità di difesa del contribuente. La circostanza che, una volta adempiuto il precetto del *solve et repete*, l'esercizio della giurisdizione è pieno e penetrante come al solito, non è sufficiente a superare la necessità di un'indagine un poco più approfondita sulla portata di quel presupposto, non solo rispetto all'articolo 113, ma anche riguardo all'art. 24 Cost.». Proprio a tal riguardo irrompe l'argomentazione più significativa: «se il potere costituente si è preoccupato di rendere effettiva la difesa in giudizio del cittadino, anche se non abbiente (art. 24, 3° comma Cost.) ciò significa che il principio contenuto nel primo comma dell'art. 24 vada inteso, in relazione all'art. 3 Cost., con riferimento alla effettività di poter richiedere tutela al giudice senza che ostacoli di ordine economico impediscano al giudice di conoscere, nonché del merito della domanda, addirittura della propria competenza, secondo il fermo insegnamento della giurisprudenza».

Ancora, l'A. cit. rimarca che «del resto, la sostanziale iniquità del *solve et repete* era da tempo già stata avvertita dalla giurisprudenza, così sensibile alle esigenze della giustizia sostanziale, tanto da indurre i giudici ad elaborare quella teoria che porta alla esclusione dell'osservanza del *solve et repete* in tutti i casi in cui *ictu oculi* risulta infondata la pretesa fiscale. Non è stato difficile alla dottrina dimostrare come siffatta teoria avesse dei limiti di validità molto ristretti ...); anzi (...) non avesse addirittura alcuna consistenza (...), ma essa sta a provare come la stessa giurisprudenza tenda a ribellarsi alla severità del precetto ed alla sostanziale iniquità di esso. Oggi però, oltre questo profilo, c'è l'altro, – più rilevante giuridicamente – relativo alla conformità del "*solve et repete*" ai principi costituzionali e i dubbi di opportunità della norma si trasformano in dubbi sulla legittimità costituzionale di essa».

([37]) V., segnatamente, capitolo primo, par. 2.3, nota n. 74.

© Wolters Kluwer Italia

veniva denunciata – ma vanamente – la contrarietà dell'art. 1462, comma 1, c.c. agli artt. 3 e 24 Cost. ([38]).

In tali ordinanze, del 1972, si sosteneva che «la norma denunciata, riconoscendo la validità ed efficacia della clausola limitativa dell'opponibilità di eccezioni da parte di uno dei contraenti – normalmente inclusa nei contratti in cui le condizioni vengono predeterminate dal contraente più forti sul piano giuridico ed economico – sanzionerebbe sotto diversi profili una situazione di *disparità* e *diseguaglianza* di fatto tra le parti, che mediante l'inserzione di tali clausole verrebbe "trasfusa nel sinallagma contrattuale"» ([39]). Secondo il tribunale remittente, «la norma sarebbe in contrasto con il *principio di eguaglianza*, sancito dal primo comma dell'art. 3 della Costituzione in quanto consentirebbe "la prevalenza di un cittadino su un altro solo a causa della loro differente potenza di fatto"; ed ancor più con il disposto del secondo comma dello stesso art. 3, in quanto permetterebbe di "consolidare e perpetuare situazioni di predominio e di privilegio economico, che urtano palesemente con uno sviluppo dell'eguaglianza reale dei cittadini"» ([40]). Ancora, la contrarietà all'art. 3 Cost. sarebbe stata colta anche sotto altro aspetto: «la clausola contestata e la norma che l'ha recepita determinerebbero una *situazione di diseguaglianza* anche sotto un altro aspetto, perché il contraente abbiente che sottoscriva detta clausola non avrà difficoltà ad adempiere la propria prestazione o ad affrontare il giudizio senza temerne le conseguenze economiche, né a proporre un giudizio per far valere le sue pretese nei confronti della controparte; mentre il contraente non abbiente sarà indotto a pagare per evitare un giudizio e non subire una condanna, senza avere i mezzi necessari per promuovere a sua volta una causa» ([41]).

S'é dunque tentato di traslare sul piano privatistico il ragionamento che la Corte costituzionale aveva condotto in materia

---

([38]) I giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 1462, comma 1, c.c. sono stati sollevati con ordinanze nn. 353 e 412 emesse dal Tribunale di Milano il 15 giugno 1972 e il 27 aprile 1972 in due diversi procedimenti vertenti tra le medesime parti, pubblicate in G.U. n. 317 del 6 dicembre 1972 e n. 48 del 21 febbraio 1972.

([39]) Si veda la ricostruzione operata da C. cost., sent. n. 256 del 1974, par. 1 delle considerazioni in diritto.

([40]) *Ibidem*.

([41]) *Ibidem*.

© Wolters Kluwer Italia

fiscale e di ciò se ne è dato conto nella citata sentenza n. 256 del 1974, con cui la sollevata questione di legittimità costituzionale veniva rigettata ([42]).

Altri rilievi hanno riguardato la violazione del diritto di difesa protetto dall'art. 24 Cost., dal momento che «le ordinanze rilevano che la norma denunciata, "istituzionalizzando il potere di un soggetto di limitare la tutela dei diritti competenti alla controparte in base al contratto stipulato, costituisce la fonte primaria della limitazione stessa", e pertanto si porrebbe in contrasto anche con il principio sancito dal primo comma dell'art. 24 della Costituzione» ([43]).

La Corte, com'è noto, ha tuttavia disatteso ogni profilo di illegittimità sollevato, tanto con riguardo al principio di uguaglianza, quanto con riguardo al diritto di difesa, rimarcando la differenza strutturale tra l'istituto del *solve et repete* legale, colpito da incostituzionalità, e quello pattizio, espressione del principio di autonomia privata. Ed è proprio sulla ricerca dei *principi* di fondo, richiamati dalla Corte nella celebre sentenza, che si possono trarre utili indicazioni al nostro discorso.

Procedendo con ordine, va dapprima evidenziato il ragionamento che porta a non sovrapporre, a livello di ricaduta sui valori costituzionali, il *solve et repete* in ambito pubblicistico con quello privatistico: nel primo caso la fonte è eteronoma e, segnatamente, *legale*, sicché i presupposti, l'ambito di applicazione e la natura degli effetti giuridici finiscono per essere strutturalmente differenti rispetto al medesimo istituto applicato in ambito privatistico. Come chiarito dalla Corte, «nel diritto tributario trattavasi di un principio *legale*, in base al quale la proponibilità dell'azione del soggetto passivo della pretesa fiscale, diretta a far dichiarare la illegittimità dell'atto di imposizione, veniva condizionata al preventivo pagamento del tributo, determinando così un vero e proprio difetto, sia pur temporaneo, di giurisdizio-

---

([42]) Il Tribunale di Milano, nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale da quest'ultima ricostruite nella sent. n. 256 del 1974 cit., aveva infatti precisato che «i motivi per cui questa Corte ha riconosciuto la incostituzionalità dell'istituto del *solve et repete* nei rapporti tra cittadino contribuente e Stato, dovrebbero a maggior ragione valere per la sua applicazione nel campo contrattuale, ove esso è rivolto a tutelare "semplici interessi di privati nei confronti di altri privati del tutto eguali fra loro sul piano giuridico"» (C. cost., sent. n. 256 del 1974, par. 1 delle considerazioni in diritto).

([43]) *Ibidem*.

© Wolters Kluwer Italia

ne: e proprio per questo la Corte ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, con riguardo alla differenza di trattamento tra il cittadino in grado di pagare il tributo che gli fosse indebitamente imposto, e quello che, non avendo la materiale disponibilità della somma pretesa dall'ente impositore, venisse privato della effettiva possibilità di chiedere ed ottenere la tutela giurisdizionale del proprio diritto» ([44]).

Al contrario, ove l'istituto del *solve et repete* entri in considerazione nei rapporti *inter privatos*, com'è nel caso dell'art. 1462, comma 1, c.c. – oggetto di vaglio costituzionale – la fonte è da rinvenirsi in un patto (appunto, la clausola limitativa della proponibilità di eccezioni contemplata nella norma ora richiamata), espressione di autonomia contrattuale, che – ad avviso della Corte – opera sul piano sostanziale dell'adempimento, senza impedire l'eventuale instaurazione di un valido rapporto processuale. Si tratta, in altre parole, di un vincolo non imposto autoritativamente, ma assunto volontariamente dalla parte che ne è gravata e che ha già, nel sistema, limitazioni e contrappesi che ne garantiscono la conformità all'ordinamento.

Sul punto la sentenza cit. della Corte costituzionale ricorda che, a differenza del *solve et repete* fiscale, «la clausola disciplinata dall'art. 1462 del codice civile ha invece la sua fonte in un contratto liberamente stipulato, e precisamente in un contratto con prestazioni corrispettive; e, come risulta dalla collocazione della norma nella sez. I del capo XIV del quarto libro del codice, "Della risoluzione per inadempimento", ha il limitato effetto di escludere da parte del contraente convenuto per l'adempimento la proponibilità di determinate eccezioni "al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta". Pertanto (...) la clausola in questione, *operando sul terreno sostanziale dell'adempimento, non costituisce ostacolo all'instaurarsi di un valido rapporto processuale*, avendo solo l'effetto di consentire la pronta soddisfazione della pretesa creditoria della controparte senza far luogo all'esame delle eccezioni del debitore, le cui ragioni potranno essere fatte valere, anche nello stesso giudizio, dopo l'adempimento. Dovendosi escludere che la clausola limitativa dell'opponibilità di eccezioni determini difetto di giurisdizione, è evidente che la disposizione dell'art. 1462 del codice civile non

([44]) C. cost., sent. n. 256 del 1974, par. 3 delle considerazioni in diritto.

© Wolters Kluwer Italia

comporta negazione o inammissibile compressione del diritto alla tutela giurisdizionale, garantito dal primo comma dell'art. 24 della Costituzione» ([45]).

La differenza strutturale tra l'istituto del *solve et repete* fiscale, di fonte legale, che finisce per operare sul piano processuale, e quello privatistico, di fonte pattizia, che ha operatività sul piano sostanziale dell'adempimento, fanno sì che i rilievi di incostituzionalità espressi dalla Corte costituzionale con riguardo all'art. 6 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E (nella sent. n. 21 del 1961, cit.), non abbiano alcuna rilevanza nei confronti della disposizione di cui all'art. 1462 c.c., che si colloca sul terreno dell'autonomia privata ([46]).

La Corte costituzionale, con la richiamata sent. n. 256 del 1974, ha indagato a fondo la ragione giustificatrice della clausola *solve et repete*, al fine di valutarne la sua ammissibilità in relazione alla meritevolezza o meno degli interessi che la stessa è diretta a garantire nelle dinamiche contrattuali. Le argomentazioni sul punto, ovviamente, si ripercuotono sull'interpretazione

---

([45]) *Ibidem*. La posizione della Corte costituzionale è stata accolta coralmente con favore anche da parte di chi ha mostrato un atteggiamento assai critico sull'operatività della clausola *solve et repete* nel nostro ordinamento. Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 98 ss., la quale tuttavia non rinuncia a rilievi critici, che si incentrano soprattutto sul secondo comma dell'art. 1462 c.c. e sulle sue connessioni di sistema (*Ibidem*, p. 101 ss.). Sul punto si ritornerà nel prosieguo, all'interno del presente capitolo.

([46]) La differenza è ben rimarcata anche dalla giurisprudenza di merito di un decennio precedente alla nota pronuncia della Corte costituzionale. Il riferimento è alla sentenza resa da App. Napoli, 10 luglio 1964, in *Foro it.,* 1965, I, c. 1548 ss., ripresa anche da LECCESE, *La clausola* solve et repete, cit., p. 178-180: la Corte napoletana ha messo in risalto l'insostenibile assimilazione tra clausola privatistica e precetto fiscale in quanto, seppur può riconoscersi una notevole coincidenza di struttura ed effetti tra l'uno e l'altro modo di operare del *solve et repete* (quello in ambito pubblicistico e quello in ambito privatistico), ciò per via della spontanea assunzione del vincolo ove la fonte sia quella pattizia: rispetto alla posizione del cittadino di fronte al precetto fiscale del *solve et repete*, «ben diversa è la posizione del contraente che liberamente e volontariamente, nell'esplicazione della privata autonomia negoziale, accetti una limitazione del proprio potere di azione in sede di esecuzione del rapporto» (App. Napoli, 10 luglio 1964, cit.).

Ovviamente, tale discorso reclama particolare attenzione ai limiti di operatività della clausola, ossia ai limiti all'autonomia contrattuale nello specifico contesto delineato dall'art. 1462 c.c. e dalle altre norme di sistema, incluse quelle in tema di clausole vessatorie *ex* artt. 1341 e 1342 c.c. e 33 ss. c. cons., dalla cui disamina non si può prescindere (v. *infra*).

© Wolters Kluwer Italia

teleologica dell'art. 1462 c.c., al fine di valutarne la compatibilità con i principi costituzionali e, più in generale, con il nostro ordinamento giuridico.

Le riflessioni della Corte, che si giovano delle posizioni dottrinali giunte già ad un maturo livello di trattazione ([47]), hanno evidenziato come la «circostanza che la clausola limitativa venga contrattualmente stabilita a carico di uno solo dei contraenti, e sia generalmente predisposta dall'altro tra le condizioni generali di contratto, ha una *precisa giustificazione*, se si considera che essa è diretta ad assicurare la parte normalmente tenuta ad eseguire per prima la propria prestazione, circa il puntuale adempimento della prestazione corrispettiva della controparte, differito nel tempo» ([48]). Evidenzia a tal riguardo la Corte come il patto *solve et repete* trovi frequente applicazione nei contratti di compravendita, somministrazione e locazione immobiliare, soprattutto là dove sia stabilita una dilazione di pagamento del prezzo o vi sia comunque un differimento della prestazione pecuniaria a carico del debitore rispetto alla prestazione fornita dal contraente beneficiario della clausola ([49]), la quale ha dunque

---

([47]) Si ricorda che è del 1970 (e dunque di quattro anni precedente rispetto all'emanazione della pronuncia della Corte costituzionale sull'art. 1462 c.c. richiamata nel testo) il celebre scritto di DALMARTELLO, voce *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Noviss. Dig. it.*, cit., p. 847 ss., la cui accurata impostazione è da ritenersi ancora attuale, costituendo sicuro riferimento per il dibattito dottrinale che si è instaurato in materia.

([48]) C. cost., sent. n. 256 del 1974, par. 4 delle considerazioni in diritto.

([49]) In questo passaggio è evidente la distanza dalla prospettazione di Ascarelli (ASCARELLI, *Sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti*, cit., c. 290 ss.), nella parte in cui interpretava la natura sostanziale e non processuale della medesima fino a rappresentare l'idea che la clausola finiva per avere una funzione economica ed un risultato pratico analoghi a quelli riscontrabili nelle clausole di pagamento anticipato del prezzo: nel patto *solve et repete*, secondo Ascarelli, il pagamento del prezzo diveniva condizione sospensiva per poter esercitare il diritto sostanziale all'esigibilità della controprestazione ovvero il diritto a contestarne l'inesatto adempimento o a far valere gli ulteriori rimedi ad esso collegati. (v., *amplius*, quanto riportato nel cap. 1 del presente scritto, al par. 2.5.2). L'impostazione, che non aveva raccolto un consenso unanime, è stata successivamente corretta da DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 852, che invece considera la clausola normalmente operante nei contratti in cui il fornitore della prestazione principale, favorito dall'applicazione della clausola medesima, debba adempiere per primo, con il rischio di rimanere esposto all'inadempimento posticipato dell'altra parte. La dottrina da ultimo citata sostiene, sul punto, che «non è da ritenere, peraltro, che il semplice fatto dell'essere uno dei contraenti presidiato dalla clausola, renda necessariamente *prior in tempore*

© Wolters Kluwer Italia

«lo *scopo* di garantire il venditore o il fornitore, che ha consegnato la merce, e il locatore, che ha immesso il conduttore nel godimento della cosa locata, contro pretestuose eccezioni dilatorie o defatigatorie, intese a ritardare l'adempimento del corrispettivo pattuito e dovuto» ([50]).

Là dove l'autonomia privata conserva margini di operatività – ridotti, *inter alia*, dagli artt. 1341 e 1342 c.c., nonché dagli artt. 33 ss. c. cons., nel caso di clausola unilateralmente predisposta, inserita in condizioni generali di contratto – per la Corte costituzionale il patto mantiene la sua giustificazione, andando a tutelare il contraente che abbia già eseguito la propria prestazione di fronte al rischio di inadempimento dell'altro contraente: in altre parole, esplicitando un concetto rimasto tra le righe della motivazione, si evince che la Corte abbia voluto considerare la situazione di iniziale svantaggio in cui si trova il contraente beneficiario della clausola, venendosi solitamente a trovare nella situazione di chi adempie per primo, sicché la clausola, che appare svantaggiosa per il soggetto che ne è gravato, assolve in realtà la funzione di riequilibrare l'iniziale svantaggio della parte che ne è beneficiata ([51]).

---

la prestazione a lui dovuta. È del tutto normale – anzi frequente – il caso che il contratto imponga ad uno dei contraenti (ad es.: al venditore) di eseguire per primo la propria prestazione e lo presidi, con la clausola, solo per porlo al riparo dalle contestazioni dell'altra parte (del compratore) circa la regolarità e idoneità della prestazione da essa già ricevuta. In questo caso la clausola presidia il contraente che doveva prestare per primo (il venditore), pur lasciandolo obbligato a prestare per primo, non segna l'ordine cronologico delle prestazioni: è vera clausola *solve et repete*» (*Ibidem*). Ancora, l'A. cit. annota che il patto *de quo* entri «in azione solo quando si limiti a privare il proprio soggetto passivo della possibilità di difendersi dalla violazione del proprio diritto; questo significa, in definitiva, ce l'interprete dovrà preoccuparsi, innanzitutto, di accertare se la clausola, di cui è questione, non sia, per avventura, tale da stabilire un diverso ordine cronologico ("a termini diversi") tra le due contrapporte prestazioni perché in tal caso non di clausola *solve et repete* si tratterà, ma del patto previsto dall'art. 1460 C. Civ., che rende di per sé infondata l'eccezione (non semplicemente improponibile, perché da accantonare e riservare)» (*Ibidem*).

([50]) C. cost., sent. n. 256 del 1974, par. 4 delle considerazioni in diritto.

([51]) Vi è chi, autorevolmente, ha colto in questo passaggio una forzatura logica, frutto di un pregiudizio, secondo il quale il debitore della clausola, tipicamente individuato nel locatario, incarnerebbe di necessità il ruolo di "cattivo" contraente, propenso all'inadempimento della propria prestazione, con ciò operando un capovolgimento rispetto al corretto inquadramento della clausola, ritenuta invece anacronistica e palesemente volta a precostituire, nell'ambito dei rapporto a prestazioni corrispettive, una situazione di squilibrio tra le

© Wolters Kluwer Italia

Proprio con riguardo alla giustificazione della clausola – che tenderebbe a scongiurare la proposizione di eccezioni pretestuose, defatigatorie e cavillose da parte del contraente nei cui confronto tale clausola opera – sono state mosse critiche severe da parte di Bigliazzi Geri che, con una prosa accalorata che concerne proprio le argomentazioni usate dalla Corte costituzionale nella richiamata sentenza, ritiene in realtà che il ragionamento sarebbe viziato da un'inammissibile impostazione preconcetta, secondo cui il destinatario della clausola sarebbe necessariamente un "cattivo" contraente, destinato all'inadempimento ([52]).

Gli aspri rilievi all'impostazione preconcetta dalla Corte non incidono ovviamente sui profili di illegittimità costituzionale dell'art. 1462 c.c. in relazione all'art. 3 Cost., in quanto lo squilibrio contrattuale ingenerato dalla clausola limitativa della facoltà di proporre eccezioni, contemplata dalla disposizione codicistica, non può essere certo oggetto della questione di legittimità costituzionale, che, al contrario, verte sulla norma di legge e non sulla pattuizione privata ([53]).

---

parti. Il riferimento è a BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 86 ss., spc. p. 88, nonché p. 100 s.

([52]) Osserva Bigliazzi Geri, con un incedere ironico, che il patto *solve et repete* servirebbe «dunque, a tutelare, doverosamente, il (povero) contraente più forte. Al qual proposito, si è fatto leva specialmente sul rapporto locativo, affermando che, nella comune esperienza (*sic*!), una clausola diretta a garantire il puntuale pagamento dei canoni da parte del conduttore, al quale (si badi) sia stato concesso il pieno godimento dell'immobile locato (gran concessione, evidente), precludendogli la possibilità di rifiutare o differire la *solutio* tramite eccezioni relative ad eventuali inconvenienti o difetti che questi pretenda (perché si parte già con l'idea che non sia vero) di aver riscontrato nell'uso dei locali affittati, soddisferebbe una reale esigenza pratica di tutela contro eccezioni quali quelle indicate (pretestuose, ecc.). Sicché il *solve*, in quanto diretto ad assicurare il corretto e tempestivo adempimento del conduttore, lungi dal creare un'ingiusta disparità di trattamento, avrebbe il preciso scopo di mantenere quell'equilibrio tra le posizioni contrattuali che l'inadempimento unilaterale romperebbe (giacché, ad avviso della Corte, si avrebbe, evidentemente, un unico e solo inadempimento unilaterale: quello del conduttore; l'inesattezza della prestazione del locatore non sarebbe inadempimento, ma solo un fatto affermato e non dimostrato, da accantonare e da qualificare solo successivamente come inadempimento)» (BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 100 s.).

([53]) Altra questione, che sposta l'attenzione sul tema della giustizia contrattuale, riguarda la possibilità o meno che l'autonomia privata debba essere esercitata in conformità ai principi fondamentali indicati dalla Carta costituzionale, tra cui il principio di uguaglianza (significativi sono, a tal riguardo, i contributi di P. RESCIGNO, *Sul cosiddetto principio costituzionale d'uguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1966, I c. 1 ss.; ID., voce *Contratto*, in *Enc. giud.*

© Wolters Kluwer Italia

Di diverso avviso è però la sopra menzionata dottrina. Anche a seguito della sentenza della Corte cost. n. 256 del 1974, la posizione di Bigliazzi Geri rimane infatti irremovibile sull'incompatibilità dell'art. 1462, comma 1, c.c. con i nostri principi costituzionali: proprio con riguardo all'articolo dianzi citato, ribadisce che la clausola limitativa della facoltà di proporre eccezioni, contemplata al comma 1, «mira (...) a costituire, nell'ambito di un rapporto con prestazioni corrispettive, una situazione di squilibrio: tende infatti a permettere al contraente più forte di esigere la prestazione cui ha diritto, consentendogli di trincerarsi dietro ad un "intanto paga, poi si vedrà" e di ottenere, quindi, una sentenza di condanna senza esame (e con riserva) delle eccezioni del convenuto, che pone quest'ultimo nella condizione di dover adempiere senza aver conseguito (od avendo malamente conseguito) quanto dovutogli o con il rischio di non poter ripetere quanto prestato» ([54]).

Sicché, osserva ancora l'A. cit., il «nesso sinallagmatico che sta alla base del rapporto finisce, così, con l'essere relegato sullo sfondo, presenza più formale che sostanziale, pretesto per l'esistenza di un rapporto, nel quale l'interesse di una parte – che la presenza di tale nesso dovrebbe porre sullo stesso piano di quella dell'altra – risulta sostanzialmente accantonato» ([55]).

Sulla scorta di tali premesse, concernenti la situazione di squilibrio che la clausola genera nel rapporto contrattuale, poggia il corollario di tutto il suo ragionamento: l'incompatibilità dell'art. 1462, comma 1, con il principio costituzionale di uguaglianza. Il ragionamento sembra però forzato.

La dottrina citata, proseguendo il ragionamento con le riflessioni che si riportano fedelmente per non tradire il senso del discorso qui sottoposto a vaglio critico, deduce come si «profil[i], pertanto, una situazione di privilegio assicurata dal 1° comma della norma ad una delle parti, che la limitazione in esso contenuta non vale a scalfire. Norma che non può dunque, non apparire incompatibile con un sistema fondato sul rispetto del sinallagma e, dunque, dell'equilibrio delle posizioni sostanziali di

---

Treccani, III, Roma, 1988, *passim*; e, più recentemente, di N. LIPARI, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, cit., p. 530 ss.), il principio di dignità e di solidarietà sociale (sui quali si rinvia, *amplius*, al par. 5.4. del presente capitolo).

([54]) BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 86 s.

([55]) BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 87.

© Wolters Kluwer Italia

entrambi i contraenti nonché, a maggior ragione, con i principi costituzionali di uguaglianza e di parità di trattamento (art. 3 Cost.); la cui unica possibilità di sfuggire ad un giudizio di totale incongruenza sembra essere rappresentato dalla valvola di sicurezza del 2° comma e dal riferimento in esso contenuto (tramite il richiamo ai "gravi motivi" di sospensione della condanna) ad un criterio (la buona fede oggettiva) capace di correggere almeno in parte le storture di una rigida e, dunque, formalistica applicazione del principio enunciato nel 1° comma» ([56]). Si tratta però di disposizione che ha margini di applicazione solamente nei casi in cui si sia in presenza dei «gravi motivi» contemplati nell'enunciato normativo, sicché, sempre secondo la dottrina citata, «in ogni altro caso se ne dovrebbe dedurre la pretestuosità della difesa fatta valere dal convenuto e, dunque, il carattere lesivo del suo comportamento. Il che, oltre a non costituire fatto certo, non può far dimenticare la scelta che sta alla base della previsione normativa della clausola. La quale, con il potere che assicura, si colloca nell'ottica, propria della codificazione del 1942, di una prevalente, spesso soltanto formalmente limitata, salvaguardia del soggetto economicamente più forte (sia esso il contraente, il proprietario o l'imprenditore): risulta, perciò, irrimediabilmente "datata", espressione di un liberismo economico *ancien régime*, oggi in anacronistica ripresa grazie ad una c.d. deregulation di impostazione» ([57]).

L'autorevole posizione dottrinale dianzi richiamata non può però essere condivisa appieno.

Il primo rilievo concerne proprio quest'ultimo riferimento al potere contrattuale riconosciuto dalla clausola, quale riflesso dell'ideologia che ha animato l'emanazione del codice del 1942, improntata alla protezione dei poteri economicamente forti, espressione di liberismo economico. L'*excursus* storico che si è consegnato al primo capitolo di questo volume ci consente di rilevare come l'istituto del *solve et repete* fosse radicato in tempi remoti sin dagli Statuti comunali e tradizionalmente utilizzato nelle antiche prassi mercantili giunte fino ai nostri giorni: non è un prodotto dell'ideologia del codice del 1942. Il *solve et repete* era applicato anche in materia fiscale da leggi postunitarie e, nei rapporti tra privati, è entrato nelle clausole contrattuali an-

([56]) Bigliazzi Geri, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 87.
([57]) Bigliazzi Geri, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 88.

© Wolters Kluwer Italia

che in contesti economici e politici lontani da quelli che hanno connotato la nascita dell'attuale codice civile. Il patto *solve et repete*, inoltre, non si trova solamente nei rapporti contrattuali *business to consumer*, ma anche all'interno dei contratti *business to business*. Non presidia solo il potere dell'imprenditore (o del proprietario) da esercitare nei confronti della controparte "debole": prendendo in esame i contratti di vendita o di somministrazione, lo stesso imprenditore finisce per trovarsi necessariamente in entrambi i lati del rapporto contrattuale, approvvigionandosi dal grossista per rivendere al dettaglio, sicché, di fronte all'introduzione della clausola nella prassi commerciale, potrà trovarsi ora quale soggetto gravato ora quale soggetto beneficiato dal *solve et repete*. Si comprende bene che la tutela non è legata tanto all'affermazione *retrò* di un certo liberismo economico, ma alla necessità, avvertita sin da tempi remoti, di rafforzare l'esecuzione delle prestazioni, rendendo più sicuri i traffici nel caso in cui la prestazione di una parte sia differita rispetto a quella dell'altra: chi esegue successivamente gode già di altri strumenti di (auto)tutela, tra cui quelli delineati dagli artt. 1460 e 1461 c.c.; chi esegue per primo, nei contratti sinallagmatici che prevedono l'adempimento non contestuale della prestazioni, rimane invece esposto al rischio dell'altrui inadempimento, sicché la funzione della clausola *solve et repete* è chiaramente quella di fornire uno strumento volto ad arginare almeno in parte tali rischi, restituendo una forma di governo delle dinamiche contrattuali, di matrice pattizia, in grado di sterilizzare gli effetti delle eccezioni pretestuose eventualmente mosse da chi abbia già ricevuto la prestazione dell'altra parte.

L'affermazione della validità della clausola *solve et repete* nei contratti sinallagmatici non muove dunque dal pregiudizio che la parte a carico della quale è posta sia necessariamente un "cattivo" contraente, come pure s'è sostenuto ([58]). Al contrario, a prescindere da ciò, la clausola è strumento di autotutela contrattuale che opera non automaticamente, *ex lege* (come avviene invece nei casi previsti dall'art. 1460 e 1461 c.c. in favore di chi deve adempiere la propria prestazione contestualmente o successivamente rispetto all'altro contraente), ma solo eventualmente, qualora entrambe le parti abbiano approvato la clausola

([58]) Il riferimento è, ancora una volta, a BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 100 s.

© Wolters Kluwer Italia

esercitando una scelta riconducibile alla propria autonomia contrattuale: solo in tal caso – e fatti comunque salvi i limiti previsti per legge all'autonoma contrattuale – il contraente che ha già eseguito la prestazione può tutelarsi paralizzando temporaneamente le eccezioni che potrebbero essere mosse alla controparte, ottenendo un'eventuale condanna con riserva, che il giudice può comunque sterilizzare ai sensi del comma 2 dell'art. 1462 c.c. ove sussistano gravi motivi ([59]).

Non si condividono, dunque, le osservazioni della dottrina sopra richiamata, così come prospettate. Tra l'altro, tornando all'accusa di anacronismo della disposizione contenuta nel codice civile del 1942, volta ad avallare un eccessivo liberismo economico, non se ne comprendono le ragioni se si pone attenzione che nello stesso codice civile la clausola *solve et repete* viene considerata da ben due (o, se si vuole, tre) disposizioni e non da una sola: nell'art. 1462 c.c., ma anche nell'art. 1341, comma 2, c.c., oltre che nell'art. 1342, comma 2, c.c. (là dove viene richiamata l'applicabilità dell'art. 1341, comma 1, c.c.). Il legislatore codicistico del 1942 non si è limitato a riconoscere la validità della clausola *solve et repete*, ma si è preoccupato di stabilirne i confini, ponendo diversi temperamenti all'autonomia privata. Proprio con gli artt. 1341, comma 2, e 1342, comma 2, c.c. il legislatore s'è posto il problema dello squilibrio contrattuale nel caso in cui la clausola sia inserita nelle condizioni generali di contratto predisposte unilateralmente da un contraente, accordando una tutela volta a privare di efficacia la clausola limitativa della facoltà di opporre eccezioni, in quanto eccessivamente squilibrante, qualora non sia stata oggetto di specifica approvazione per iscritto da parte del soggetto nei cui confronti è posta. Sicché, sotto il profilo sistematico, il legislatore del 1942 non sembra aver voluto cristallizzare un anacronistico potere contrattuale del soggetto forte ai danni del soggetto debole del rapporto contrattuale: al contrario, rispetto alla situazione giuridica previgente, s'è posto in posizione di forte discontinuità ([60]). È andato, sì, a confermare la validità del patto

---

([59]) Secondo la diversa impostazione suggerita da A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 2, mentre gli artt. 1460 e 1461 c.c. introdurrebbero delle vere e proprie difese contrattuali con cui, rispettivamente, si tenta di «combattere» o di «prevenire (...) l'inadempimento», l'art. 1462 c.c. tenta invece «di blindare l'interesse all'adempimento, mettendo fuori gioco proprio quelle autodifese che ne minano il rapido conseguimento».

([60]) Si veda, in proposito, DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 855, per il quale «è

© Wolters Kluwer Italia

quale espressione dell'autonomia contrattuale, per l'evidenziata esigenza di prevenire i rischi di inadempimento della controparte che abbia già ricevuto la propria prestazione, ma al contempo s'è anche preoccupato di arginare gli effetti della clausola, là dove potesse essere usata per squilibrare il rapporto contrattuale da parte del predisponente, anche nell'ambito specifico dei contratti per adesione contenenti condizioni generali di contratto ([61]). Si può discutere se sia sufficiente o meno la tutela approntata in tema di clausole vessatorie per arginare i rischi di squilibrio contrattuale o se debbano essere previsti ulteriori interventi restrittivi dell'autonomia contrattuale, ma da qui a ravvisare un'ipotesi di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. la distanza mi pare, invero, eccessiva.

Sicché la critica mossa da Bigliazzi Geri va forse riletta in altra direzione, allineandosi, in gran parte, a quella che ha animato anche l'Ascarelli nel suo celebre scritto del 1929: la clausola *solve et repete* ha un contenuto "vessatorio" perché suscettibile di alterare l'equilibrio contrattuale, sicché reclama meccanismi di tutela per il contraente che ne subisce gli effetti. Il legislatore codicistico, nella prospettiva di salvaguardare il principio di autonomia contrattuale delle parti, ha previsto il noto meccanismo di protezione di carattere meramente formale, considerando efficace la clausola solamente se specificamente approva-

---

frutto di mera apparenza che l'art. 1462 C. Civ., riconoscendo validità alla clausola *solve et repete*, abbia semplicemente "codificato" il precedente orientamento della prevalente giurisprudenza (che soprattutto negli ultimi tempi di applicazione del Codice 1865 era decisamente nel senso della validità della clausola) e non abbia, perciò, carattere innovativo rispetto all'ordinamento previgente. In verità, l'art. 1462 C. Civ. è norma innovativa perché attribuisce alla clausola una validità (meglio: un'efficacia) *diversa* da quella che le veniva riconosciuta dal prevalente orientamento della precedente giurisprudenza. E di tale carattere innovativo è sicura prova l'art. 167 D. Att. C. Civ., del tutto incompatibile con l'opposta qualificazione dell'art. 1462 C. Civ.». La richiamata norma delle disposizioni di attuazione stabilisce che «Le disposizioni dell'art. 1462 del codice si applicano anche se la clausola ivi prevista sia inserita in un contratto stipulato prima del giorno dell'entrata in vigore del codice stesso, quando l'eccezione del debitore sia opposta dopo o, se proposta prima, il relativo giudizio sia ancora pendente alla data predetta». Chiaramente, qualora l'invocata norma del codice civile fosse meramente ricognitiva dell'indirizzo giurisprudenziale prevalente e, dunque, fosse da interpretare nel senso della continuità con l'ordinamento previgente, la disposizione di attuazione non sarebbe stata di tale tenore.

([61]) Limiti testuali sono infatti previsti sia nello stesso comma 1 dell'art. 1462 c.c., sia nelle disposizioni in materia di clausole vessatorie.

© Wolters Kluwer Italia

ta per iscritto dall'aderente (e fatta salva la possibilità di intervento correttivo del giudice *ex* art. 1462, comma 2, c.c. in caso di giusto motivo). Che la tutela formale si sia rivelata insufficiente alle esigenze di protezione dell'aderente è ormai noto, tant'è che per iniziativa del legislatore europeo, con la dir. 93/13/CEE, è stata prevista una disciplina complementare in materia di clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, la cui disciplina di attuazione è ora prevista agli artt. 33 ss. c. cons.: anche a fronte della specifica approvazione per iscritto, la clausola *solve et repete* è affetta da nullità di protezione, a meno che non sia stata oggetto di negoziato individuale. S'è dunque passati ad una tutela di carattere sostanziale e non meramente formale a tutela del contraente-consumatore. Bigliazzi Geri aveva scritto le sue riflessioni sull'art. 1462 c.c. nel 1988, ossia prima dell'emanazione della dir. 93/13/CEE e delle relative norme di recepimento, che hanno prodotto una profonda innovazione rispetto alle tutele approntate nel codice civile ([62]): avrebbe sicuramente ridimensionato il suo aspro giudizio di fronte all'avvento della tutela sostanziale applicabile in favore del contraente debole del rapporto contrattuale, in opposta tendenza al liberismo economico *ancien régime* a cui l'illustre giurista aveva fatto riferimento ([63]). Si comprende però che il rilevo critico era stato

---

([62]) Alla vigilia dell'emanazione della dir. 93/13/CEE Guido Alpa, in uno scritto sulla revisione del codice civile, prendeva atto del parziale fallimento del legislatore del 1942: «Il codice non è solo una fotografia dell'esistente, ma anche il disegno di una società in evoluzione. Da questo punto di vista il codice del 1942, per alcune sue parti, ha fallito il suo scopo: con la rivoluzione sociale, tecnologica, professionale che ha preso l'avvento nel Paese proprio pochi anni dopo la sua introduzione, è scomparsa l'immagine della società in cui è nato; ma è fallito anche come immagine della società proiettata nel futuro. Al di là delle modificazioni fisiologiche, per quanto fantasiosi avrebbero potuto essere i codificatori, nessuno di loro avrebbe potuto immaginare una società fondata sulla comunicazione, sulla tecnologia, sull'informatica, su un'economia internazionale, su mercati finanziari sofisticati. Soprattutto, è estranea al codice civile la dimensione nuova della persona: la protezione del consumatore nei rapporti di consumo (di massa), la protezione del risparmiatore, nei rapporti bancari, assicurativi e nei rapporti con gli emittenti e promotori finanziari, la produzione di beni collettivi, e il ruolo che, in tutti questi settori, possono svolgere le aggregazioni di individui». Così Alpa, *Per la revisione del codice civile*, in *Giur. it*., 1992, 3, par. 7, ove cita anche, sul punto, Gambaro, *Perché si vessa il cliente. Note e appunti di un itinerario tra i modelli occidentali*, in *Quadrimestre*, 1991, p. 386 ss.

([63]) In altro scritto più recente, del 1998, la stessa Bigliazzi Geri aveva infatti reputato oramai «*ultroneo*» qualsiasi altro tentativo volto a far valere

© Wolters Kluwer Italia

erroneamente incentrato sul tema dell'illegittimità costituzionale dell'art. 1462, comma 1, c.c., quando in realtà pare cogliere gli altri aspetti della tutela contrattuale, volti a contrastare lo squilibrio generato dalla clausolazione "abusiva" o vessatoria ([64]).

---

l'incostituzionalità dell'art 1462, comma 1, c.c.: così BIGLIAZZI GERI, *Brevi note sui «gravi motivi» di cui al 2° comma dell'art. 1462 del codice civile*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998, p. 767 ss., richiamato anche da POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del),* cit., p. 1.

([64]) Bigliazzi Geri aveva criticato l'atteggiamento del legislatore in quanto appariva volto a proteggere gli interessi di proprietari e imprenditori nella prospettiva del liberismo economico, reclamando un'inversione di tendenza. S'è già rilevato come l'art. 1462 c.c. sia già nel segno di forte discontinuità rispetto alla disciplina previgente, ma un ulteriore impulso è giunto per mano dell'allora Comunità economica europea, con le norme volte a tutelare i consumatori nei contratti contenenti clausole abusive. Si tratta di norme emanate non certo per esigenze paternalistiche verso la parte debole del rapporto contrattuale, quanto invece per esigenze di creazione del mercato unico di area europea, con riferimento al quale la disciplina di tutela del consumatore aveva un carattere strumentale. È questo un approccio che si è registrato in diversi settori, incluso quello relativo al mercato finanziario, nel quale la tutela del risparmiatore era strutturata essenzialmente non come obiettivo in sé, perseguito direttamente, ma come tutela strumentale per il controllo del mercato e delle corrette dinamiche concorrenziali. Si veda, ad es., lo scritto di ALPA, *Tutela del risparmio. Note introduttive*, in *Giur. it.*, 1990, 12, par. 6; ma anche MICKLITZ, *De la nécessité d'ne nouvelle conception puor le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy,* Parigi, 2004, p. 725 ss.; nonché ALPA, *Comm. art. 1 c. cons.*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, p. 39 s., il quale, richiamando lo stesso Hans Micklitz (ID., *op. ult. cit.,* p. 725 ss.), evidenzia che «l'influenza del diritto comunitario sugli ordinamenti nazionali ha fatto sì che la Comunità introducesse regole concernenti il diritto contrattuale "per segmenti": si pensi all'informazione precontrattuale, al diritto di recesso, alla trasparenza del contratto, alle clausole abusive. Ma – si chiede Micklitz – per tutelare i consumatori è sufficiente concentrare l'attenzione sul diritto contrattuale? Il diritto contrattuale, nella concezione della Commissione e della Corte di giustizia, è divenuto un segmento del diritto della concorrenza, e quindi tende a proteggere gli interessi economici delle imprese piuttosto che non gli interessi delle loro controparti (...)». Propende per una visione paternalistica, invece, V. CARBONE, *La tutela del consumatore. Le clausole abusive*, in *Corriere giur.*, 1996, 3, p. 248 ss.; nonché CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 6, II, p. 771 ss., che, al par. 3, inquadra le norme sulle clausole abusive nei rapporti con i consumatori nell'ambito di un intervento "paternalistico" del legislatore. Esclude invece che abbiano carattere "paternalistico" le norme volte a ricomporre lo squilibrio contrattuale NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 11, p. 415 ss., par. 3.

La tutela dei consumatori, prima strumentale alla realizzazione di un mercato unico concorrenziale, ha poi finito per essere essa stessa uno degli obiet-

© Wolters Kluwer Italia

Le argomentazioni della richiamata dottrina non convincono neanche sotto un altro decisivo profilo. Non si comprende, infatti, come lo squilibrio contrattuale generato da una pattuizione, racchiusa in un contratto, possa comportare l'incostituzionalità *ex* art. 3 Cost. della norma che contempla, sì, tale clausola, ma al solo fine di prevedere alcuni specifici limiti alla sua efficacia, fatti salvi gli ulteriori limiti previsti dall'ordinamento in tema di vessatorietà della clausola.

Anche ove si giungesse ad ammettere l'incompatibilità della pattuizione privata con il principio di uguaglianza, se ne potrebbe ricavare una nullità del patto e non certo della norma che contempla tale patto unicamente per apporre dei limiti all'autonomia delle parti. Inoltre, argini allo squilibrio normativo tra i contraenti sono stati già previsti, come s'è detto, con la disciplina delle clausole vessatorie, sicché il giudizio sull'incostituzionalità dell'art. 1462 c.c., solo perché contempla una clausola presuntivamente vessatoria, appare una forzatura. Tra l'altro, anche le clausole vessatorie, in presenza di determinati presupposti, possono conservare la loro validità e la loro efficacia (ad esempio, se negoziate e, comunque, quando non siano state unilateralmente predisposte o non siano contemplate in condizioni generali di contratto o, ancora, qualora il contraente non abbia lo *status* di consumatore e le clausole vessatorie – rilevanti questa volta solo ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c. – siano state specificamente sottoscritte). Non è dunque lo squilibrio normativo nel rapporto contrattuale, *ex se*, che produce l'incompatibilità della clausola con l'ordinamento giuridico, né tantomeno della norma che contempla tale clausola (presuntivamente vessatoria) al solo fine di apporre limiti alla sua stessa efficacia, con salvezza degli altri limiti ricavabili dall'intero sistema normativo.

Altra dottrina ha accolto la sentenza della Corte costituzionale con maggior favore: così, ad esempio, Sacco ([65]), A.M. Be-

---

tivi dell'Unione europea, come risulta dalla successiva evoluzione dell'ordinamento dell'UE, e, segnatamente, anche dall'attenzione riservata alla protezione dei consumatori sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 38) sia nel TFUE (artt. 12 e 169), che sono norme poste all'apice della gerarchia delle fonti.

([65]) SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Sacco, 3ª ed., Torino, 2004, p. 684. Concorda sulle posizioni poi assunte dalla Corte costituzionale anche VITUCCI, *Clausola* «solve et repete»*, principio d'uguaglianza (ed autonomia contrattuale) nell'ordinanza di ri-*

© Wolters Kluwer Italia

nedetti ([66]) e Miraglia ([67]). Quest'ultima non ha tuttavia rinunciato a muovere taluni rilievi critici ([68]), a cui si uniscono quelli

---

messione alla Corte costituzionale dell'art. 1462 cod. civ., in *Giur. it.*, 1973, I, 2, p. 783 ss. e, *ivi*, spt. p. 786, il quale notava come l'art. 1462 c.c. dovesse sopravvivere al vaglio del giudizio di costituzionalità perché, a differenza del *solve et repete* fiscale, si trovava (e si trova) contemplato in una precisione normativa che non impone l'istituto in questione, ma lo autorizza, facoltizzando i privati ad inserirlo nelle clausole del regolamento contrattuale.

([66]) A.M. BENDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 119 ss. e, *ivi*, spc. p. 121 s.

([67]) MIRAGLIA, voce *Solve et repete*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLII, 1255 ss., par. 7, la quale, con riguardo alla sent. n. 256 del 1974 della C. Cost., ritiene che la «Corte considera giustamente arbitraria, alla luce della realtà in cui si svolge il mercato degli scambi di beni o di servizi, la collocazione del soggetto attivo della clausola e di quello passivo in classi sociali omogenee differenziate dal punto di vista del potere economico. Con riferimento a quest'ultimo punto va rilevato che, pur prescindendo dall'applicabilità del principio di uguaglianza costituzionale nei rapporti di diritto privato, quand'anche l'esperienza comune dimostrasse che la clausola sia dolosamente adoperata come strumento di compressione della libertà contrattuale delle classi meno abbienti o meno provvedute dal punto di vista tecnico-giuridico (...) ciò non sarebbe sufficiente per sanzionare la norma di illegittimità costituzionale, perché ci si troverebbe di fronte ad un (sia pur diffuso) abuso del potere di autotutela che la legge conferisce al singolo soggetto negoziale, abuso che può essere provato dalla parte lesa e quindi sanzionato con l'inefficacia, ai sensi del disposto del comma 2 dell'art. 1462 c.c. Il legislatore infatti non ha considerato sufficientemente cautelativa per il soggetto passivo la subordinazione della validità della pattuizione alla specifica approvazione per iscritto (art. 1341, comma 2), anche per il contratto concluso mediante moduli o formulari (art. 1342, comma 2), cautela questo spesso inadatta ad evitare la sopraffazione».

([68]) Si veda, ancora una volta, MIRAGLIA, *op. cit.*, par. 7, la quale taccia di inutilità «la preoccupazione della Corte di evidenziare, seguendo un indirizzo comune ma inaccettabile, che l'efficacia della clausola è limitata alla sola eccezione di inesatto inadempimento. Così infatti, oltre a confondere l'ambito in cui trova prevalentemente applicazione il patto (che in genere è a presidio di chi è tenuto a prestare per primo) con un suo intrinseco limite di efficacia, si finisce col dare la sensazione di apprezzare in modo diverso, e senza ragione, l'importanza che il mancato adempimento del convenuto ha rispetto all'inadempimento (solo inesatto) dell'attore rispetto alla rottura dell'equilibrio contrattuale. Sul piano del principio non si può stabilire che l'inadempimento dell'uno sia più grave dell'inadempimento dell'altro (...)». Si tratta però di rilievo critico che non influisce sul sindacato di legittimità costituzionale dell'art. 1462 c.c., ma sul corretto approccio alla scelta della soluzione nel merito. Sicché, prosegue l'A. ult. cit., la «soluzione, dal punto di vista dell'equilibrio degli interessi in gioco, non può non essere che una soluzione di compromesso tra la tutela del giusto interesse dell'attore, che, laddove tenuto per primo, diventerebbe dopo l'adempimento, anche inesatto – purché nei limiti della scarsa importanza per l'altro contraente (art. 1455 c.c.) –, il contraente debole, esposto all'inadempimento in mala fede della controparte, e la tutela dell'interesse

© Wolters Kluwer Italia

di Dianora Poletti, che, nei riguardi della decisione della Consulta, contesta l'attribuzione, alla clausola *solve et repete*, della funzione di conservazione dell'equilibrio contrattuale infranto dall'inadempimento unilaterale ([69]).

La persistente attualità della sent. n. 256 del 1974 della Corte Costituzionale si apprezza soprattutto nella parte in cui pone l'accento sull'*autonomia privata* e sui suoi *limiti*: sia con riferimento alla *libertà di iniziativa economica*, che ha la sua copertura costituzionale nell'art. 41, sia con riferimento alla *libertà contrattuale*, sancita espressamente dall'art. 1322 c.c.; ed ambo le norme si soffermano significativamente non solo sulla libertà in sé, ma anche sui limiti che l'ordinamento contempla affinché il loro esercizio, tra l'altro, non si esplichi in abuso o in una prevaricazione (o compressione) di contrapposti interessi, tutelati dall'ordinamento.

È in tale prospettiva che si collocano le argomentazioni della Corte costituzionale, nell'affrontare la questione di legittimità dell'art. 1462 c.c.: la clausola *solve et repete*, precisa la Corte, ha infatti «sicuro fondamento nel *principio dell'autonomia negoziale* sancito dall'art. 1322 del codice civile e confermato dalla disposizione dell'art. 1372, per cui il contratto ha forza di legge tra le parti. Naturalmente l'autonomia è soggetta ai *limiti* stabiliti dalla legge, secondo l'espresso disposto dell'art. 1322, cui fa riscontro la disciplina costituzionale che garantisce la *libertà di iniziativa privata*, indicandone al tempo stesso i precisi *limiti*. Ed infatti il legislatore, nel riconoscere la validità ed efficacia delle condizioni contrattuali che sanciscono limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, ha richiesto che esse siano oggetto di espressa e specifica approvazione per iscritto (cfr. art. 1341, secondo comma, del codice civile), ed ha inoltre circoscritto il loro ambito di applicazione proprio con la norma dell'articolo 1462, escludendo che esse possano comunque estendersi alle eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto.

---

di quest'ultimo a non subire gli abusi del patto. Soluzione, giova ripeterlo, equilibratamente trasportata dal legislatore sul piano del controllo di merito, con la subordinazione dell'efficacia del patto all'assenza di motivi lesivi del principio della buona fede e della correttezza contrattuale».

([69]) Cfr. Poletti, *Clausola* solve et repete, in *Diritto civile*, a cura di Martuccelli e Pescatore, cit., p. 238, per la quale la clausola *solve et repete* spiega pur sempre i suoi effetti isolando le prestazioni delle parti, con la conseguenza che la medesima finisce per spezzare (e non per conservare) l'equilibrio contrattuale, ossia il sinallagma.

© Wolters Kluwer Italia

Di più: per evitare l'eventualità di applicazioni abusive, con la norma del secondo comma lo stesso art. 1462 ha stabilito che anche nei casi in cui la clausola limitativa della proponibilità di eccezioni è efficace, il giudice, ove riconosca che concorrono gravi motivi, ha tuttavia il potere di sospendere la condanna, imponendo, se del caso, una cauzione. Dal complesso di queste disposizioni risulta con chiara evidenza che la denunziata illegittimità dell'art. 1462 non esiste (...)» ([70]).

Il perno del ragionamento è dunque nel riconoscimento del ruolo dell'autonomia privata, che sembra ricalcare il ragionamento già percorso dalla giurisprudenza di legittimità postunitaria (v., *supra*, capitolo primo, par. 2.4), ove venivano respinti i tentativi di assalto alla validità del patto *solve et repete* invocando l'operatività dell'autonomia privata, ma da cui si notano importanti scostamenti dovuti all'evoluzione dell'ordinamento e al mutato assetto delle fonti: (i) si tratta di un'*autonomia contrattuale* che è esplicazione di un principio di *libertà di iniziativa economica privata*, riconducibile ai *valori costituzionali* del nostro ordinamento, espressi dalla Carta entrata in vigore nel 1946, che pervade nevralgicamente il nostro ordinamento; (ii) l'una e l'altra, ossia l'autonomia contrattuale di fonte codicistica e la libertà di iniziativa economica di rango costituzionale, non possono prescindere dai *limiti*, che vanno indagati con attenzione, nella ricerca di un equilibrato assetto degli interessi giuridicamente rilevanti.

Al cospetto dell'autonomia privata e del suo radicamento costituzionale, le pretese di incostituzionalità risultano ribaltate rispetto all'esito che ha avuto il vaglio costituzionale concernente il *solve et repete* fiscale: il significato della clausola si apprezza anche con riguardo al concetto "negativo" di autonomia contrattuale, che è anche "libertà da": «libertà o autonomia contrattuale significa, in senso negativo, che nessuno può essere spogliato dei propri beni o essere costretto ad eseguire prestazioni a favore di altri contro o, comunque, indipendentemente dalla propria volontà» ([71]).

Si tratta, come ben rileva la Corte costituzionale, di clausola assunta volontariamente per rafforzare un impegno contrattuale anch'esso assunto volontariamente dalla parte gravata dal patto e

---

([70]) C. cost., sent. n. 256 del 1974, par. 4 delle considerazioni in diritto.
([71]) Così GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 183.

© Wolters Kluwer Italia

che opera sul piano dell'adempimento nell'ambito di contratti sinallagmatici, senza che sia impedita, in assoluto, la facoltà di proporre eccezioni: avendo riguardo alla *ratio* della clausola, espressione dell'autonomia contrattuale, ed ai limiti contemplati nel nostro ordinamento giuridico, «appare ingiustificato il rilievo delle ordinanze di rinvio, per cui "la clausola formalmente introdotta dalla libera volontà delle parti, costituisce una imposizione derivante dalla differenza di forza economica e di contrattazione dei contraenti", e addirittura un "mezzo di tutela di specifici interessi sociali di gruppo". Per tacer dei rapporti commerciali, che si intrecciano tra soggetti appartenenti ad ogni ceto senza distinzioni di classe, anche i proprietari locatori di appartamenti non costituiscono ormai un gruppo sociale omogeneo, e tanto meno un gruppo privilegiato; né può dirsi che gli inquilini, oggetto della più ampia tutela nella vigente legislazione, siano sottoposti alle imposizioni vessatorie o arbitrarie dei locatori solo perché questi esigono il regolare pagamento dei fitti. Nella comune esperienza, una clausola diretta a garantire il puntuale pagamento dei canoni da parte del conduttore *al quale sia stato concesso il pieno godimento dell'immobile locato*, precludendogli la possibilità di rifiutare o differire tale pagamento resistendo all'azione del proprietario con eccezioni relative ad eventuali inconvenienti o difetti che pretenda di aver riscontrato nell'uso dei locali affittati, soddisfa una reale esigenza pratica di tutela contro inadempienze pretestuose, cavillose, defatigatorie; e, in quanto rivolta ad assicurare il corretto e tempestivo adempimento della prestazione corrispettiva del conduttore, *lungi dal creare un'ingiusta disparità di trattamento*, tende precisamente a *mantenere quell'equilibrio delle posizioni contrattuali che l'inadempimento unilaterale romperebbe*, tanto più che una domanda giudiziale di risoluzione del contratto e di risarcimento dei danni ben difficilmente consentirebbe al locatore di riacquistare in modo sollecito la disponibilità dell'immobile e di ottenere effettiva soddisfazione del suo credito» ([72]).

Il testo della sentenza fa però riferimento esplicito anche a situazioni che trascendono i limiti testuali dell'art. 1462, comma 1, c.c., incentrati sull'inefficacia della clausola di fronte alle eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione del contratto, e che

([72]) In questi termini C. cost., sent. n. 256 del 1974, par. 5 delle considerazioni in diritto.

© Wolters Kluwer Italia

invece riguardano il mantenimento del sinallagma contrattuale ed hanno come presupposto la necessità che al debitore, gravato del patto, sia comunque assicurata la prestazione da parte del creditore beneficiario del patto (in tal senso si veda, ad esempio, il riferimento, sopra evidenziato in corsivo, al «*pieno godimento dell'immobile locato*» ed al mantenimento di «*quell'equilibrio delle posizioni contrattuali che l'inadempimento unilaterale romperebbe*»).

A partire dalle argomentazioni della Corte costituzionale mi pare possa essere tracciata una ricostruzione sistematica dell'istituto in esame che punti a valorizzare l'organica individuazione dei *limiti* al principio di autonomia privata – con riguardo sia all'autonomia contrattuale (delineata nell'art. 1322 c.c.), sia alla libertà di iniziativa economica, di rango costituzionale (*ex* art. 41 Cost.): *limiti* che possono essere presi in considerazione, sul piano sistematico, per delineare un organico inquadramento delle eccezioni all'operatività della clausola *solve et repete*, in una prospettiva che, contrapponendosi al discorso incentrato sulla causa del contratto, si ricongiunga più agevolmente con la peculiare previsione dettata all'art. 1462, comma 2, c.c.

2. Limiti testuali relativi alla validità del contratto, in cui la clausola è inserita. Le eccezioni di nullità e di annullabilità previste dall'art. 1462, comma 1, c.c.

L'autonomia delle parti nella determinazione del contenuto del contratto, ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c. incontra innanzitutto «i limiti imposti dalla legge». Tra questi vanno annoverate le limitazioni che l'art. 1462, comma 1, c.c., pone alla «clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può proporre eccezioni, al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta (...)». Tale clausola infatti, precisa la disposizione da ultimo citata, non ha effetto nel caso in cui l'eccezione da esperire riguardi l'invalidità del contratto – e, segnatamente, la nullità e l'annullabilità dello stesso –, nonché la rescissione.

Rimandando al successivo paragrafo il discorso relativo all'eccezione di rescissione, l'attenzione viene ora rivolta a quelle aventi ad oggetto l'invalidità, sempre proponibili dal soggetto nei confronti del quale è destinata ad operare la clausola *solve et repete*.

Le ragioni che hanno indotto il legislatore codicistico a limitare espressamente l'operatività della clausola al cospetto di

© Wolters Kluwer Italia

tali eccezioni si spiegano "facilmente" considerando che l'invalidità del contratto "travolge" quest'ultimo a monte, nella sua essenza e nella sua interezza, sino a "travolgere" anche la stessa clausola *solve et repete* inserita nel medesimo contratto ([73]). In questo senso si era espressa anche la Relazione al codice civile, che ha allargato la spiegazione a tutte e tre le eccezioni testuali indicate dall'art. 1462, comma 1, c.c. (di nullità, annullabilità e rescissione), chiarendo che la clausola *de qua* «non può esplicare validamente la sua funzione prescindendo dalla valida esistenza del contratto che la contiene» ([74]).

La dottrina s'è chiesta se le tre eccezioni testuali indicate nel dettato normativo avessero un fondamento comune, al fine di ravvisare quell'*eadem ratio* che avrebbe poi portato all'individuazio-

---

([73]) Così, tra tutti, DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 848. Ovviamente la clausola *solve et repete* non viene travolta dall'eccezione di nullità o dall'azione di nullità, ma dalla nullità medesima, *ab initio*, che rende invalido (*tamquam non esset*) il contratto nella sua interezza e, pertanto, ogni clausola in esso contenuta, inclusa la clausola *solve et repete*. Effetto analogo si ha quando, a seguito dell'accoglimento della domanda di annullamento, viene annullato per mano del giudice il contratto e, con esso, tutte le sue clausole. Diversamente avviene per la rescissione, che invece opera "sciogliendo" il contratto (inteso come "contratto-rapporto" e non come "contratto-atto") e, dunque, facendo venir meno il rapporto contrattuale, non già l'atto in sé. In questo senso deve leggersi l'osservazione critica di BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 90, nt. 2, per la quale «in realtà la (*rectius*, l'azione di) nullità non travolge un bel niente, ma vale soltanto a mettere in evidenza l'ordinaria inesistenza giuridica dell'atto (...). L'annullabilità (l'azione di annullamento) travolge il contratto (e la clausola), non quella di rescissione, che, pur dipendendo da un vizio genetico della causa, tocca il rapporto, non il contratto (cfr. art. 1452). Si tratta quindi dell'assimilazione di tre istituti assai diversi, frutto di una scelta del legislatore apparentemente motivata dalla particolare gravità dei fatti sui quali i e rimedi si fondano».

([74]) Secondo POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 3, tuttavia, «(...) questa ricostruzione appare plausibile solo se riferita al modo di operare del rimedio dell'annullabilità e non anche della nullità, incapace di travolgere alcunché; inoltre, non si attaglia neppure alla rescissione, che coinvolge solo il rapporto e non il contratto. Chi è propenso ad attenuare i tratti distintivi di quest'ultima azione rispetto all'annullabilità tenderà certamente a sottolineare come la norma in esame operi un loro accostamento e sarà indotto ad accomunare le tre eccezioni sotto l'egida della categoria dell'invalidità negoziale. Ma è condivisibile l'osservazione che si tratta di istituti diversi il cui accostamento (che non riesce a rinvenire un tratto comune neppure considerando la disponibilità delle parti in ordine al rimedio, data l'irrinunziabilità almeno del primo) si spiegherebbe con il richiamo alla particolare gravità dei datti sui quali gli stessi si fondano». Vengono a tal riguardo richiamate le riflessioni di BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 90, nt. 2.

© Wolters Kluwer Italia

ne di ulteriori eccezioni "atestuali" ammissibili pur a fronte del patto *solve et repete*, ma una plausibile risposta unitaria non è stata ritenuta pienamente soddisfacente, se non per il tratto comune individuato nella "particolare gravità" dei fatti su cui tali rimedi si fondano e nel "carattere genetico" delle anomalie concernenti il contratto ([75]). Le eccezioni testuali non sembrano trovare il loro fondamento nel principio causalistico, diversamente da quanto proposto da parte di talune voci dottrinali ([76]).

Vero è che la nullità opera automaticamente, *ex lege*, mentre l'annullabilità deve essere pronunciata dal giudice, su domanda dei soggetti legittimati – *in primis*, il contraente a favore della quale la nullità è prevista, così come gli aventi causa – ma sarebbe illogico posticipare la proponibilità dell'eccezione di annullabilità all'adempimento se poi il contratto – e con esso la clausola – è da considerarsi inefficace per via della sua invalidità ([77]): sia

---

([75]) BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 90; POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 4; LUCCHI, voce *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Dig. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 586 ss. e, *ivi*, spc. p. 588.

([76]) Sul punto s'è affermato che «recentemente, in dottrina, si è riproposto il c.d. principio causalistico proprio per individuare una base unitaria alle eccezioni testuali non differibili dal *solve*: includendo nell'ambito di efficacia del patto anche tali eccezioni – si è precisato, sia pure in termini problematici – l'azione dell'un contraente nei confronti dell'altro finirebbe per trarre origine da una mera promessa». Così POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 3, richiamando le pagine di LUCCHI, voce *Solve et repete (patto o clausola del)*, cit., p. 586 ss. e, *ivi*, spc. p. 588, il quale tuttavia, pur partendo dal presupposto che la clausola *solve et repete* isoli «la promessa del contraente, tenuto all'adempimento immediato, e quindi la sua prestazione, dalla repromissione (e dalla controprestazione) dell'altra parte», chiarisce che «la promessa in base a cui il creditore chiede l'immediato pagamento non è affatto considerabile isolatamente dal negozio in cui si inserisce, tant'è vero che tutti i vizi genetici di questo, comportanti la nullità, l'annullabilità o la rescissione, non ammettono differimento. L'esclusione testuale, da parte del legislatore, delle predette eccezioni trova spiegazione nel loro stesso contenuto, che mette in discussione il fatto costitutivo del credito. Per di più, esse travolgono, con l'intero contratto, anche la clausola. La gravità dei fatti posti a base delle suddette eccezioni, dunque, dà ragione dell'inefficacia della clausola che ne preveda il differimento. Né si potrebbe osservare che qui è evocata una poco tecnica nozione di gravità: se si escludessero le eccezioni attinenti al momento genetico, si ammetterebbe una vistosa deroga ai principi generali del sistema, perché l'azione non trarrebbe più origine da un contratto, ma troverebbe giustificazione in una mera promessa da esso indipendente, ciò che sarebbe in contrasto proprio con quel principio causalistico che, per quanto assai controverso ne resti il significato, connota invece ordinariamente l'autonomia privata».

([77]) DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 848.

© Wolters Kluwer Italia

con l'eccezione di nullità, sia con l'eccezione di annullabilità il debitore, svantaggiato dalla clausola *solve et repete* contenuta nel contratto invalido, fa valere proprio la «mancanza del presupposto dell'azione di condanna» ([78]).

Il tema era stato già affrontato dalla giurisprudenza della Cassazione ([79]) e dalla dottrina ([80]) al cospetto del codice previgente, la quale aveva rimarcato come le eccezioni relative all'invalidità del contratto – e, in particolare, quelle relative agli *essentialia negotii* – dovessero ritenersi comunque proponibili, nonostante la previsione pattizia del *solve et repete* ([81]).

Il legislatore del 1942 ha dunque recepito, a tal riguardo, gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali maturati sotto la vigenza del precedente codice e anche la giurisprudenza degli ultimi decenni ne ha fatto applicazione ([82]).

Si tratta di limite all'*efficacia* della clausola che, in realtà, è, prima ancora, un limite di *validità* della clausola, derivante dall'*invalidità* stessa del contratto in cui la clausola medesima è contenuta. A ben guardare si tratta di limiti all'operatività della clausola che trascendono il discorso relativo alla causa del contratto: la nullità del contratto può ben riguardare profili diversi da quello causale; così come si discostano dalla causa le ipotesi di annullabilità (si pensi ad esempio ai vizi del consenso e al contratto concluso dall'incapace).

V'è dunque una ragione strutturale che impedisce a monte l'applicazione della clausola *solve et repete* ed è da rinvenire nelle stesse ragioni che hanno mosso il legislatore a prevedere

---

([78]) Così LUCCHI, *op. cit.*, p. 588, con riguardo, in particolare, all'eccezione di nullità.

([79]) Cfr., ad es., Cass. del Regno, sez. I, 7 maggio 1928, in *Foro it.*, 1929, I, c. 293 ss.; v., *amplius*, par. 2.4 del precedente capitolo.

([80]) Si veda, in particolare, la posizione di Carlo Francesco Gabba, già illustrata nel par. 2.5.1. del precedente capitolo, a cui si rinvia.

([81]) Si veda anche Cass. del Regno, sez. III, 3 aprile 1940, n. 1058, in *Foro it.*, 1940, I, 65, c. 804, ove s'è precisato affermato che «la illiceità, e in genere, la nullità del negozio giuridico rendono non operativa la clausola *solve et repete* inserita nel contratto (...)».

([82]) Si veda, ad es., Cass., sez. III, 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1621, per la quale «In presenza della c.d. clausola di *solve et repete* il garante può far valere le eccezioni inerenti direttamente al contratto di fideiussione, quelle relative all'invalidità dello stesso, quelle concernenti la contrarietà del comportamento del beneficiario ai principi di correttezza e buona fede e, infine, quelle relative alla nullità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale».

© Wolters Kluwer Italia

le singole ipotesi di invalidità del contratto, nella sua duplice declinazione di nullità e annullabilità. Del resto, l'art. 1322, comma 1, c.c. si esprime con grande chiarezza là dove ribadisce che la libera determinazione dei contenuti del contratto, in cui si sostanzia l'autonomia contrattuale, sconta i limiti imposti dalla legge e, tra questi, vanno *in primis* annoverati i medesimi limiti che il legislatore ha fissato nel perimetrare la validità del contratto ([83]).

Va rimarcato che l'indifferibilità dell'eccezione di nullità, prevista dall'art. 1462, comma 1, c.c., volta a limitare l'operatività della clausola *solve et repete*, riguarda non solamente la nullità dell'intero contratto, ma, a mio avviso, anche la nullità parziale del contratto, ai sensi dell'art. 1419 c.c.

La clausola *solve et repete* non può dunque avere l'effetto di differire e subordinare all'adempimento del debitore la proponibilità delle eccezioni con cui quest'ultimo intenda far valere la nullità di una parte del contratto ovvero di singole clausole e ciò non solo qualora la nullità parziale sia suscettibile di travolgere l'intero contratto ([84]), ma anche qualora il contratto sia destinato a rimanere valido ed efficace tra le parti, senza la clausola affetta da nullità ([85]).

([83]) Ulteriore argomentazione è stata poi rimarcata da A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 128, per il quale la clausola *solve et repete*, come si ricava dalla sua collocazione sistematica e dalla sua funzione, è destinata ad «operare solo per le eccezioni sinallagmatiche e, cioè, sul terreno caratteristico delle autodifese contrattuali: essa, dunque, non esplica i suoi effetti per quelle eccezioni che contestano la validità del contratto (nullità, annullabilità, rescissione) e, come si legge in giurisprudenza, è in definitiva "desinata ad operare sul piano dell'adempimento". Non sembra difficile spiegare le ragioni di questa esclusione: da una parte, le invalidità contrattuali sembrano essere denotate da maggiore gravità (e da una più marcata, se pure non totale, indisponibilità) sia per le cause che ne determinano l'attivazione (spesso coincidenti con a protezione di interessi indisponibili e collettivi), sia per le peculiarità del loro regime giuridico. Quel che sembra certo (...) è che queste eccezioni danno luogo ad argomenti troppo forti per rinviarne l'esame a dopo l'adempimento. Vanno affrontate subito, senza che possa operare quel differimento temporale che è l'effetto più caratteristico del *solve et repete*». Il discorso colloca la rescissione nell'area dell'invalidità del contratto, ripercorrendo un orientamento non univoco in dottrina. Sul punto si invia a quanto più diffusamente argomentato *infra*, al par. 2 del presente capitolo.

([84]) È questo il caso in cui risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità (v. art. 1419, comma 1, ult. inc., c.c.).

([85]) Qui il discorso riguarda non solo l'ipotesi in cui i contraenti avreb-

© Wolters Kluwer Italia

3. Limiti testuali relativi al significativo squilibrio "normativo": la vessatorietà della clausola *solve et repete* nei contratti con i consumatori *ex* artt. 33 ss. c. cons. e nei contratti di adesione *ex* artt. 1341, comma 2, e 1342, comma 2, c.c.

Tra i limiti testuali che incontra la clausola *solve et repete* vi sono anche quelli concernenti la vessatorietà delle clausole contrattuali *ex* artt. 33 ss. c. cons. ed *ex* artt. 1341 e 1342 c.c., di cui s'è già dato conto innanzi, con riguardo alla ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla validità della clausola relativi al significativo normativo ([86]). Si tratta di limiti testuali che restringono l'autonomia privata per esigenze di tutela del contraente in posizione di debolezza, qualora quest'ultima si traduca in un significativo squilibrio "normativo" tra le parti, diversamente delineato nelle due discipline ora richiamate.

Attiene al discorso sulla nullità parziale del contratto la proponibilità delle eccezioni che mirino a far valere la vessatorietà della clausola *solve et repete* nei contratti dei consumatori (e l'art. 36 c. cons. parla, al riguardo, di «nullità di protezione»), si riferisce invece all'«inefficacia» la disciplina di cui agli artt. 1341, comma 2, e 1342, comma, 2 c.c., ove le clausole vessatorie ivi elencate non siano state specificamente approvate per iscritto ([87]). Vero è che i due regimi di tutela in materia di clau-

---

bero comunque concluso il contratto anche senza la porzione di esso affetta da nullità, ma anche le ipotesi di sostituzione automatica della clausola nulla (v. art. 1419, comma 2, c.c.) o gli altri casi in cui il legislatore abbia inteso tener ferma in ogni caso la validità dell'intero contratto anche a fronte della clausola affetta da nullità, come nell'ipotesi prevista dall'art. 36, comma 1, c. cons. («Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto»).

([86]) Cfr., *amplius*, a quanto già riferito nel par. 1 del presente capitolo.

([87]) Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 194; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, cit., p. 360; CHINÉ, *La contrattazione standardizzata*, in *Il contratto in generale*, II, a cura di Alpa, Chinè, Gazzoni, Realmonte e Rovelli, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2000, p. 509 ss. In dottrina, così come in giurisprudenza, si dibatte se quella delineata nell'art. 1341, comma 2, c.c. – richiamato anche dall'art. 1342, comma 2, c.c. – sia un'inefficacia che faccia salva la validità della clausola o se sia un'inefficacia derivante da una nullità presupposta della clausola, ricavabile in via interpretativa. Per la ricostruzione del dibattito, con diverse sfumature di posizioni, si vedano *ex multis*, oltre alla dottrina citata in apertura di nota, anche SIMONCELLI SCIALOJA, *Il c.d. contratto per adesione e gli art. 1341 e 1342 cod. civile*, in *Foro it.*, 1949, 72, IV, p. 33 ss. e, ivi, spt. p. 38; C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale, artt. 1321-1352 c.c.*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 275 ss.; LAPERTOSA, *La giurisprudenza tra passato e fu-*

© Wolters Kluwer Italia

sole vessatorie sono situati in due impianti normativi differenti e risentono pertanto, a livello sistematico, della collocazione in corpi normativi che rispondono a logiche e principi differenti. La tutela del consumatore si fonda sulla differenza tra *status* soggettivi (ed è accordata, com'è noto, solamente a favore della persona fisica che agisca per scopi estranei all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta), mentre la tutela contrattuale prevista nel codice civile per l'aderente si fonda sul presupposto che l'aderente, avvertito della vessatorietà della clausola, abbia nell'accorto esercizio dell'autonomia contrattuale l'adeguata tutela per la difesa dei propri interessi patrimoniali (ed è applicabile anche al non consumatore, benché sia chiaro che la tutela ivi accordata miri comunque a proteggere il contraente "debole" rispetto al potere contrattuale forte dell'imprenditore predispone unilateralmente le condizioni generali di contratto).

In entrambi i casi siamo di fronte ad un limite di operatività della clausola *solve et repete* e ciò: (i) sia qualora si applichi il regime di nullità di protezione ai sensi dell'art. 36 c. cons. delle clausole vessatorie di cui all'art. 33 c. cons., ove, ai sensi del comma 2, lett. *b)*, viene considerata vessatoria la clausola che ha per oggetto o per effetto quello di «escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista» ed alle lett. *r)* e *t)*, vengono considerate vessatorie quelle clausole che hanno per oggetto o per effetto quello di «limitare o escludere l'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore» e di «sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni»; (ii) sia qualora si applichi il regime di "inefficacia" (e quindi di "non vincolatività") delle clausole vessatorie ai sensi degli art. 1341, comma 2, e 1342, comma 2, c.c., nel cui novero sono contemplate anche

---

turo dopo l'avvento della nuova disciplina sulle clausole vessatorie, in *Foro it.*, 1997, 11, c. 357 ss. e, ivi, spc. c. 366. Anche, NUZZO, *Dei contratti del consumatore in generale (artt. 33-38 c. cons.)*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di Alpa e Rossi Carleo, cit., p. 260; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in *I contatti in generale*, I, a cura di Gabrielli, nel *Tratt. dei contratti,* diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 293 ss. e, ivi, spc. 316 ss.; DE NOVA, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, nel *Tratt. dir. civ.,* diretto da Sacco, cit., p. 376.

© Wolters Kluwer Italia

le clausole che dispongono «limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni» ([88]).

Il contraente beneficiario della clausola limitativa della proponibilità delle eccezioni non potrà dunque avvalersi di quest'ultima nei rapporti con i consumatori, ove rivesta lo *status* di professionista ed abbia predisposto unilateralmente la clausola inserita nei contratti standard, sottraendola a trattativa individuale. Del pari, qualora l'aderente non rivesta lo *status* di consumatore – perché ad esempio non è persona fisica o perché, pur essendo persona fisica, conclude il contratto per uno scopo non estraneo all'attività professionale eventualmente svolta – ed il beneficiario della clausola *solve et repete* abbia comunque predisposto unilateralmente il contratto per regolare uniformemente una serie di rapporti tramite condizioni generali di contratto, senza negoziare la clausola, quest'ultimo non potrà avvalersi della clausola *solve et repete* per ottenere il preventivo pagamento della controparte, ritardando la proponibilità delle avverse eccezioni.

In altre parole, ove si versi nei limiti testuali indicati dal legislatore negli artt. 33 ss. c. cons. e negli artt. 1341, comma 2, e 1342, comma 2, c.c., la clausola limitativa della proponibilità delle eccezioni si considera non vincolante (rispettivamente inquanto «nulla» e «inefficace») nei rapporti *inter partes*: l'operatività della clausola risulta dunque sterilizzata e l'effetto che si ha, avendo riguardo ad un'interpretazione di sistema, è quello di rendere proponibili, a prescindere dal preventivo adempimento, le eccezioni del contraente, nonostante la formulazione della clausola ([89]). Si produce, con ciò, una considerevole riduzione

---

([88]) Ciò è oggetto di pacifica interpretazione. Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 592, nt. 34; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 387; SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, II, nel *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 685; ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 993; POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 6; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 123 ss.

([89]) S'è evidenziato, in dottrina, che «inefficace risulta la clausola rispettosa dei limiti formali ma priva della specifica sottoscrizione quando unilateralmente predisposta o inserita tra le condizioni generali del contratto, stante la pacifica riconduzione di essa (...) alla formula "limitazioni della facoltà di opporre eccezioni" di cui all'art. 1342, 2° co., c.c. (anche riguardo al patto del *solve et repete* mancante della specifica sottoscrizione, la giurisprudenza – in ciò incontrando le note critiche dottrinali – ha inteso la dizione "non hanno effetto" contenuta in questa norma come equivalente alla nullità: cfr. Cass.,

© Wolters Kluwer Italia

delle possibilità applicative del patto *solve et repete* ([90]). Analogo discorso attiene alla negoziazione della clausola: il consumatore potrebbe aver accettato, all'esito di una trattativa, la clausola *solve et repete* a fronte di un vantaggio contrattuale ottenuto, ad esempio, con riguardo ad altra clausola, sicché il riscontrato squilibrio del patto in parola non è idoneo ad approdare, di per sé solo, alla pronuncia di nullità prevista *ex* art. 36 c. cons. ([91]).

18.3.1971, n° 778). Una clausola di tal genere, valida per il diritto comune dei contratti, potrebbe tuttavia risultare abusiva ai sensi degli artt. 1469 *bis* ss. c.c. [ora art. 33 ss. c. cons., *n.d.a.*], se incapace di superare la presunzione di vessatorietà a norma dell'art. 1469 *ter* c.c. [ora art. 34 c. cons., *n.d.a.*]». Così POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 6.

([90]) La dottrina rimarca la necessità di evitare tuttavia giudizi aprioristici sulla validità della clausola: s'è evidenziato che la sua vessatorietà, nei rapporti con i consumatori, andrebbe comunque valutata anche alla luce del profilo della buona fede, seppur ricorrendo a criteri presuntivi, sicché la vessatorietà potrebbe risultare comunque esclusa là dove la clausola in questione, pur se effettivamente squilibrante, possa essere concretamente ritenuta conforme alla buona fede, all'esito di uno sforzo probatorio, sicuramente difficile, che grava sul soggetto beneficiato dal patto. Al riguardo è stato precisato, nella lucida analisi di POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 6, che «secondo qualcuno, che ha assegnato alle clausole pattizie di limitazione o di esclusione dell'opponibilità dell'eccezione di inadempimento, un carattere "sempre e comunque vessatorio", poiché l'elusione convenzionale di tale salvaguardia genererebbe in ogni caso una situazione squilibrante, tale presunzione dovrebbe assumere un carattere di assolutezza (D'ANGELO, A., *Commento all'art. 1469-bis, comma 3°, n. 16 c.c.*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. Cesaro, Padova, 1996, I, 260). Ma questa conclusione sembra dettata dall'esclusivo riferimento, per la qualificazione di abusività delle clausole contrattuali, al criterio del "significativo squilibrio" e finisce per relegare sullo sfondo lo strumento che, invece, consente di apprezzare tale risultato. Anche la clausola del *solve et repete*, pur se effettivamente squilibrante, deve sottostare al controllo di buona fede. Risultando intrinsecamente incompatibile con giudizi aprioristici, tale criterio potrebbe perfino consentire di escludere, alla luce delle specifiche circostanze, il carattere abusivo del patto, sebbene sia necessario constatare l'obiettiva maggiore difficoltà, di fronte alla clausola in esame, nel concreto superamento della presunzione di vessatorietà che la assiste».

([91]) Anche in questo caso lo sforzo probatorio a carico del professionista beneficiato dal patto appare comunque arduo e deve essere circostanziato. La dottrina che se n'è occupata ha sostenuto, a tal riguardo, che «la presunzione di vessatorietà (...) sembra particolarmente forte, al punto da sfiorare l'assolutezza: essendo il *solve et repete* una clausola "per definizione squilibrante", è pressoché impossibile che su di essa si sia svolta un'autentica trattativa, almeno nel senso sanante proprio dell'art. 34, 4° comma, c. cons. e il giudice – tenendo conto delle circostanze oggettive elencate all'art. 34, 1° comma, c. cons. (natura del bene o del servizio oggetto del contratto, insieme delle pattuizioni

© Wolters Kluwer Italia

La disciplina sulle clausole vessatorie, infatti, incontra limiti ben determinati dall'ordinamento, con riguardo sia a quella scolpita originariamente dal legislatore codicistico, sia a quella introdotta più recentemente su impulso del legislatore europeo, sicché, al di fuori dei presupposti applicativi di entrambe le discipline dettate a tutela del contraente "debole", la validità della clausola viene confermata ([92]). Tali limitazioni all'operatività della clausola, infatti, mirano a preservare l'autonomia contrattuale del soggetto gravato dal patto *solve et repete*, là dove rischia di essere gravemente compromessa dall'unilaterale predisposizione delle condizioni generali (ove di contenuto vessatorio) e dal minor potere contrattuale dell'aderente (rimarcato anche nel celebre saggio di Tullio Ascarelli degli anni trenta del novecento, richiamato nel precedente capitolo, prima ancora che venisse introdotta la tutela dell'aderente nel nostro codice civile). Lo squilibrio "normativo" tra le parti viene dunque stemperato attraverso la caducazione della clausola *solve et repete*, nelle situazioni in cui il contraente che ne è gravato si trovi in posizioni di particolare debolezza; viceversa, ove la stessa clausola sia destinata a sopravvivere, per inapplicabilità delle due distinte discipline in tema di clausole vessatorie, rimane applicabile quale espressione dell'autonomia contrattuale ([93]).

---

contrattuali, circostanza esistenti al tempo della conclusione del contratto) – ben difficilmente potrà esimersi dal dichiararne la nullità».

([92]) Permangono ovviamente forti differenze tra la disciplina dettata in tema di diritto dei consumi e quella di diritto comune. Per un'analisi di ulteriore dettaglio, che esula dagli obiettivi della presente trattazione, si veda, tra gli altri, A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 124 ss.

([93]) Alla giurisprudenza risalente non è sfuggito tale aspetto, là dove s'è rimarcato che «anche a prescindere dalle (...) norme specifiche di temperamento poste dall'art. 1462 c.c., l'istituto è presidiato (...) dalla tutela che l'art. 1341, 2° comma, dello stesso codice appresta al contraente più debole; può ben rilevarsi, quindi, che il sistema positivo lungi dal creare situazioni di diseguaglianza e comunque insidiose, garantisce a tutti i cittadini la piena libertà dell'assunzione di posizioni contrattuali negozialmente considerate adeguate alla composizione degli opposti interessi regolati mediante la stipulazione del contratto. Il compratore, così come può accettare altre limitazioni altrettanto gravose (...), allo stesso modo è libero di sottomettersi, con le garanzie previste dall'ordinamento, ad un regime che, se per lui rigoroso, risponde dall'altra parte ad una esigenza di vitale interesse per la vita commerciale della comunità, qual è la necessità di garantire il creditore contro l'eventualità di eccezioni dilatorie che il debitore, sfruttando l'inevitabile protrazione dei giudizi civili, opponga con una improbità processuale non sempre sanzionabile adeguatamente». Così App. Napoli, 10 luglio 1964, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1548 s., riportata anche in LECCESE, *op. cit.*, p. 180.

© Wolters Kluwer Italia

4. Limiti testuali e atestuali derivanti dallo squilibrio economico del contratto

4.1. *L'indifferibilità dell'eccezione di rescissione, prevista dall'art. 1462, comma 1, c.c., quale limite testuale all'efficacia della clausola* solve et repete *tra squilibrio economico, equità e compressione della libertà di contrattazione*

Tra le eccezioni indifferibili nei cui confronti non ha effetto la clausola *solve et repete*, oltre a quelle concernenti l'invalidità – totale o parziale – del contratto, v'è quella di rescissione ([94]).

Com'è noto l'evoluzione dell'ordinamento giuridico ha portato ad accrescere, sul piano sostanziale, la tutela contrattuale per l'aderente che abbia lo *status* di consumatore, circoscrivendo ulteriormente l'ambito di applicazione della clausola *solve et repete* e, al contempo, riducendo fortemente l'ambito in cui può essere esercitata l'autonomia privata dei paciscenti (cfr., ad es., A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 126, per il quale la protezione offerta al consumatore «limita fortemente sia l'autonomia privata che, per certi aspetti, quella pubblica»). Si tratta però di limitazione "quantitativa", ma non "qualitativa": l'intervento normativo mira a stemperare lo squilibrio contrattuale derivante dalle diseguali posizioni di forza tra le parti, preservando il corretto esercizio dell'autonomia privata. L'operatività della clausola in parola ne è risultata, sì, gravemente diminuita, ma, nella parte in cui detta operatività sopravvive, diviene incontestabile sia la validità della clausola, sia la sua rispondenza al principio di autonomia privata. Come già ribadito *supra* ed ampiamente rimarcato in dottrina [POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 3], è proprio l'esistenza dei rigorosi limiti posti nel nostro ordinamento al patto *solve et repete* che ne hanno consentito la sopravvivenza e decretato la perdurante validità, nei residui margini in cui è confinata.

([94]) Sull'inquadramento della rescissione nel nostro ordinamento non v'è unanimità di vedute in dottrina. V'è chi la colloca nell'ambito dell'invalidità del contratto ed in ciò ravvisa il tratto unificante dei limiti testuali previsti dall'art. 1462, comma 1, c.c. all'operatività della clausola limitativa della facoltà di proporre eccezioni. Cfr. A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 128 e, segnatamente, quanto evidenziato nella nota collocata in chiusura del par. 2, nel presente capitolo.

Il discorso che colloca la rescissione nella sfera dell'invalidità del contratto, si muove sulla scia dell'inquadramento offerto da ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 830, il quale, dopo un'attenta analisi degli indirizzi interpretativi maturati sull'istituto *de quo*, in senso soggettivistico e oggettivistico, denunciando l'imbarazzo interpretativo che è sorto di fronte a tale rimedio contrattuale e alla sua forza dirompente rispetto alle tradizionali categorie civilistiche, ha optato per una visione "comprensiva", volta ad equilibrare le opposte posizioni, dando peso ai tre elementi che connotano la rescissione: l'anomala condizione soggettiva che spinge una parte del contratto a stipulare a condizioni inique; il contenuto oggettivamente squilibrato del contratto; l'atteggiamento soggettivo della controparte, che approfitta della debolezza altrui, sfruttandola a proprio vantaggio. Nell'ambito di tale visione di sintesi – ripresa da SACCO, *I vizi*

© Wolters Kluwer Italia

Anch'essa, al pari delle eccezioni di nullità e di annullabilità, concerne il momento genetico del contratto, ma ne differisce la funzione, dal momento che è volta a preservare, tra l'altro, l'equilibrio economico del contratto di fronte a due specifiche ipotesi, tassativamente determinate dal legislatore, in cui «al principio generale della incensurabilità dell'autonomia contrattuale sono (...) apportati due temperamenti» ([95]).

Sia la rescissione in stato di pericolo che quella per lesione, fondata sullo stato di bisogno, conducono allo scioglimento del contratto qualora tali presupposti (appunto, lo stato di pericolo

---

di cui all'artt. 1447 e 1448 c.c. it. e il sistema, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, 3ª ed., in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2004, I, p. 593 ss. –, Vincenzo Roppo conclude il proprio ragionamento precisando che le tesi estreme, volte a valorizzare solamente gli aspetti di natura soggettiva (tra cui quelle che individuano nella rescissione una sorta di "quarto" vizio della volontà) o solamente quelli di natura oggettiva (legate ad un profilo prettamente causale) «vanno ripudiate, in favore di una visione più equilibrata e comprensiva. Hanno tuttavia un pregio mettono in luce elementi che giustificano l'*ascrizione del rimedio alla categoria dell'invalidità*» (ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 839). Anche per C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000, p. 681, la «rescindibilità è una forma di invalidità del contratto posta principalmente a tutela di chi contrae a condizioni inique per il suo stato di bisogno o di pericolo». Nella medesima direzione, quale forma di invalidità accostabile all'annullabilità, salvo poi a rimarcarne le differenze sul piano della disciplina positiva, si veda anche GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1990, p. 921 ss.

Secondo una diversa ricostruzione, invece, la rescissione incide, più che sull'atto, sul "rapporto", determinandone uno "scioglimento": si veda, tra gli altri, BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 90, nt. 2; ALPA, *Il contratto in generale. Principi e problemi*, Milano, 2014, p. 182 ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 628 ss.

La rescissione opera comunque nell'ambito di rapporti *sinallagmatici*, sicché l'individuazione del tratto unitario dei limiti testuali alla clausola *solve et repete* ravvisato nella comune caratteristica di "eccezioni" non "sinallagmatiche" (concernenti la nullità, l'annullabilità e la rescissione medesima) palesa (per la sola rescissione) con un certa forzatura del discorso, che tuttavia viene dipanata dall'evidente rilevanza degli interessi che il legislatore ha voluto preservare, quale ulteriore elemento unificante additato dalla richiamata dottrina per le tre eccezioni indifferibili individuate nell'art. 1462, comma 1, c.c.

([95]) GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 628. Ricorda altresì ALPA, *Il contratto in generale. Principi e problemi*, cit., p 183, che «la rescissione è uno strumento giudiziale (azione di rescissione) che tutela il contraente contro gli approfittamenti dell'altra parte: ma, nel nostro ordinamento, non esiste un principio di equivalenza delle prestazioni; le parti sono libere di dare alle loro prestazioni il rapporto che vogliono; possono anche concludere cattivi affari: l'ordinamento è indifferente, agnostico: lascia che i privati stipulino le pattuizioni che preferiscono. Solo in casi eccezionali interviene: è appunto il caso della rescissione».

© Wolters Kluwer Italia

attuale di un danno grave alla persona o lo stato di bisogno, che può consistere anche in uno stato di difficoltà economica, anche momentanea, incidenti sulla libera determinazione a contattare) abbiano portato ad una significativa sproporzione tra le prestazioni dell'una e dell'altra parte di un rapporto sinallagmatico (che nello stato di bisogno, com'è noto, deve consistere nella c.d. lesione *ultra dimidium*) ([96]).

Uno dei presupposti oggettivi, considerati dal legislatore come necessario per poter richiedere lo scioglimento del contratto per rescissione, è da individuare dunque in un fattore tipicamente capace di comprimere la libertà di contrarre, a tal punto da condurre ad uno squilibrio tra le prestazioni contrattuali, finendo per determinare, come tradizionalmente riconosciuto, un'alterazione genetica della causa. Tuttavia, come ben messo in evidenza dalla dottrina, l'incidenza sull'elemento causale, che attiene all'assetto degli interessi cristallizzatosi nel momento perfezionativo del contratto, non esaurisce i connotati dell'istituto in esame, che tutela il contraente anche in presenza di presupposti ulteriori, incidenti sull'autonomia contrattuale e sul senso di equità ([97]).

L'incidenza sulla libera determinazione della volontà contrattuale è imprescindibile elemento connotante la rescissione, oltre al predetto profilo causale, tant'è che si richiede, tra i presupposti applicativi, che lo stato di pericolo (art. 1447 c.c.) o quello di bisogno (art. 1448 c.c.) abbiano inciso in maniera tale da determinare il "contraente", che si trova in posizione oggettivamente svantaggiata, a contrarre a condizioni palesemente inique e che la controparte abbia sfruttato la situazione a proprio vantaggio, approfittandone ai danni dell'altra parte.

Si tratta, dunque, di ipotesi in cui l'ordinamento ha voluto preservare non tanto l'equità dello scambio, *tout court*, visto nella sua dimensione causale ([98]), rimesso pur sempre alla libera

---

([96]) Cfr., *amplius*, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 629 ss.

([97]) SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, 3ª ed., in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, cit., I, p. 593 ss.

([98]) Si muove in quest'ambito, volto a valorizzare l'elemento causale, la dottrina prevalente. Si vedano ad esempio le riflessioni di LUCCHI, *op. cit.*, p. 586 ss. e *ivi*, spc. par. 2, per il quale, «quanto alla rescissione, la relativa eccezione si richiama ad un vizio genetico del sinallagma e quindi contesta la stessa "isolabilità" della promessa; anche la *reductio ad aequitatem* non potrebbe trovare applicazione qualora la prestazione del debitore convenuto venisse ese-

© Wolters Kluwer Italia

determinazione delle parti, ma proprio la libertà contrattuale, preservandola da eventi suscettibili di comprometterla, come tipizzati negli artt. 1447 e 1448 c.c. ([99]).

Sicché la clausola *solve et repete*, ove legittimamente inserita nel contratto, non può avere l'effetto di paralizzare, ancorché temporaneamente, l'eccezione di rescissione perché, altrimenti, verrebbe minata la libertà stessa del contrattare con cui si esplica l'autonomia privata, compromessa la quale si ha, a cascata, una ricaduta sull'equilibrio dello scambio.

L'istituto in parola pare animato da esigenze molteplici e concorrenti, riflesso dei tre presupposti che postano all'applicazione della rescissione: (i) l'esistenza del presupposto oggettivo, in grado di menomare la libertà contrattuale, inducendo la parte svantaggiata a contrarre a condizioni inique; (ii) lo squilibrio economico tra le prestazioni e, dunque, l'iniquità dello scambio (iii) l'approfittamento della controparte.

Si tratta, dunque, di istituto che non incide sul solo profilo causale del contratto, visto nel momento genetico: il legislatore ha ritenuto di sottrarre alle parti la vincolatività del contratto qualora la determinazione del suo contenuto – che ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c. avviene «liberamente», entro i limiti imposti dalla legge – non è più l'esplicazione del principio di quella «libertà» che costituisce l'essenza dell'autonomia contrattuale ([100]).

L'esigenza di tutela, individuata dal legislatore come indifferibile al cospetto della clausola *solve et repete*, è dunque quella di salvaguardare il contraente che versa in una specifica posizio-

---

guita: è apparso contraddittorio consentire un immediato adempimento, e quindi il funzionamento del vincolo contrattuale, mentre sono in questione la validità del contratto, la determinazione degli effetti e anzi la stessa sussistenza del suo concreto carattere obbligatorio».

([99]) Tale aspetto è colto, ad esempio, da Cass., 21 settembre 2004, n. 19135, in *Impresa*, 2005, p. 109; Cass., 9 dicembre 1982, n. 6723, in *Mass. Foro it.*, 1982; Cass., 6 ottobre 1990, n. 531, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, II, p. 1, con nota di Portale e in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 731, con nota di Costanza, il quale rimarca la necessità che lo stato di difficoltà economica sia «tale da agire, in rapporto di causa ed effetto, sulla libertà di contrattazione del soggetto e da indurlo a vendere il bene a un prezzo non adeguato al suo valore». Tale profilo è ben evidenziato in Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 630, nt. 20, da cui sono tratti i riferimenti giurisprudenziali e la citazione poc'anzi richiamati. Si veda anche Roppo, *Il contratto*, cit., p. 830 ss.

([100]) Sul rapporto tra autonomia contrattuale e libertà si veda Galgano, *Trattato di diritti civile*, cit., II, p. 182 ss.

© Wolters Kluwer Italia

ne di debolezza – tipizzata dal legislatore negli artt. 1447 e 1448 c.c. – da una sostanziale iniquità a cui sarebbe altrimenti costretto per via della compromissione dell'autonomia contrattuale medesima.

Vista in tal modo, l'indifferibilità dell'eccezione di rescissione, menzionata nell'art. 1462, comma 1, c.c. quale eccezione nei cui confronti non ha effetto la clausola *solve et repete*, trova il suo fondamento nell'unitaria esigenza di garantire la "giustizia contrattuale" in situazioni di particolare debolezza e squilibrio, e, al contempo, di preservare l'integrità dell'autonomia contrattuale in presenza di gravi elementi che possano comprometterla.

Vengono fatti salvi, ancora una volta, quei limiti di sistema individuati dall'ordinamento giuridico e tenuti ben a mente nella lettera dell'art. 1322, comma 1, c.c.

Pur non essendo ammesso l'istituto della convalida, nel caso in cui sussistano i presupposti della rescissione il contraente avvantaggiato può presentare offerta di modificazione del contratto, ai sensi dell'art. 1450 c.c., al fine di «ricondurlo ad equità». Pertanto, in presenza di clausola *solve et repete*, il contraente avvantaggiato dalla clausola non può invocare quest'ultima per ottenere il differimento dell'eccezione di rescissione, subordinandola al preventivo adempimento della controparte, ma, di fronte all'esperimento dell'eccezione di rescissione potrà comunque offrire la *reductio ad aequitatem*, proponendo di riequilibrare il valore economico delle reciproche prestazioni ([101]) di-

([101]) Secondo Cass., sez. II, 22 novembre 1978, n. 5458, in *Foro it.*, 1979, I, c. 1206, «la modificazione necessaria per ricondurre ad equità il contratto rescindibile per lesione deve essere tale da rendere il valore dell'una prestazione uguale a quello dell'altra con riferimento alla data della pronuncia del giudice, tenendosi conto della svalutazione monetaria frattanto intervenuta anche per rivalutare la prestazione pecuniaria già eseguita dal contraente contro il quale è domandata la rescissione». Sicché non è sufficiente un'offerta che sia tale da ridurre lo squilibrio significativo senza tuttavia giungere all'equiparazione del valore tra le due prestazioni. In tal senso si veda, ad es., Cass., sez. II , 29 novembre 2016, n. 24247, in *Giust. civ. Mass.*, 2017, ove è stato ribadito che «affinché il convenuto possa impedire la pronunzia di rescissione per lesione *ultra dimidium* attraverso l'offerta di riduzione ad equità del contratto, occorre che detta offerta sia tale da ricomprendere la differenza tra la somma corrisposta ed il valore del bene al momento della costituzione del rapporto, e non soltanto idonea ad eliminare la sproporzione tra le due prestazioni».

© Wolters Kluwer Italia

rettamente – anche all'esito dell'accertamento del "vizio" ([102]) – o per mezzo dell'intervento del giudice ([103]).

4.2. *L'operatività della clausola* solve et repete *sul piano dell'adempimento e limiti ontologici*

4.2.1. *L'operatività della clausola* solve et repete *sul piano dell'adempimento, natura sostanziale della clausola (con ricadute processuali) ed assenza di preclusioni in ordine all'ammissibilità di eccezioni e domande riconvenzionali nel corso del giudizio, a fronte dell'avvenuto adempimento (anche in forma coattiva)*

Al di là della rescissione, che costituisce un limite testuale alla clausola *solve et repete*, il tema dello squilibrio economico tra le prestazioni tocca anche quello dei limiti atestuali: il silenzio del legislatore è colmato, in questo ambito, dalle riflessioni dottrinali e dagli indirizzi giurisprudenziali, che hanno radici nella codificazione previgente, su cui ci siamo soffermati nel primo capitolo del presente volume.

La stessa Corte costituzionale, nel rigettare la questione di legittimità dell'art. 1462 c.c. con riguardo agli artt. 3 e 24 Cost., in aderenza ad un consolidato orientamento della Cassazio-

---

([102]) Si noti che per Cass., sez. VI, 5 giugno 2014, n. 12665, in Giust. civ. Mass., 2014, «l'offerta di riduzione ad equità del contratto rescindibile, avendo natura sostanziale, può essere formulata all'esito dell'accertamento del vizio, sicché, rispetto ad essa, non si verificano preclusioni processuali».

([103]) Infatti, secondo la S.C., «l'offerta di modificare il contratto rescindibile, in modo da ricondurlo ad equità, qualora sia formulata nel corso del giudizio può anche limitarsi a chiedere la determinazione al giudice, in base ad elementi oggettivi da accertarsi in giudizio». Così Cass., sez. II, 19 maggio 2014, n. 10976, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; nonché, in senso conforme, Cass., sez. II, 28 febbraio 2013, n. 5050, in *Dir. e giust.*, *online*, 1° marzo 2013, con nota di Greco. Si veda anche Cass., sez. II, 25 maggio 1991, n. 5922, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 5, ove viene affermato che «l'offerta di *reductio ad aequitatem* ad opera della parte contro la quale è chiesta una pronuncia di risoluzione per eccessiva onerosità o di rescissione per lesione, non avendo natura di atto prenegoziale diretto a provocare con l'accettazione della controparte la stipula di un nuovo accordo modificativo del precedente, non occorre che, per evitare la richiesta risoluzione, indichi esattamente le clausole da modificare ed i limiti entro cui debbano essere modificate, ma può anche rimettersi al giudice per l'esatta individuazione delle modificazioni stesse, anche a mezzo delle opportune indagini istruttorie».

© Wolters Kluwer Italia

ne ([104]), aveva avuto modo di rimarcare come la clausola *solve et repete* operi sul piano sostanziale, prima ancora che su quello processuale, non avendo l'effetto di impedire la proponibilità delle difese, in via di eccezione o di azione, e, dunque, di instaurare un valido rapporto processuale ([105]).

La Cassazione, infatti, ha avuto modo di ribadire, da tempo, che «(...) la disciplina del *solve et repete* (art. 1462 c.c.), se ha indubbie conseguenze nel campo del processo, ha però un contenuto fondamentale di diritto sostanziale come è reso manifesto non solo dalla collocazione della norma nel codice civile ma soprattutto dagli interessi che essa tutela (assicurare al creditore il soddisfacimento della sua pretesa senza il ritardo imposto dall'esame delle eccezioni del debitore). Il preventivo adempimento non può essere perciò considerato come un presupposto processuale, la cui mancanza impedisca l'instaurazione di un regolare rapporto processuale e non possa essere rimossa nel corso del processo stesso. La clausola limitativa prevista dall'art. 1462 c.c., pertanto, è destinata ad *operare solo sul piano dell'adempimento* cosicché non può rinvenirsi alcun ostacolo all'esame dell'eccezione o della domanda riconvenzionale quando, sia pure in corso di giudizio, sia avvenuto il soddisfacimento della prestazione» ([106]).

([104]) Cfr., ad esempio, Cass., sez. III, 6 agosto 1968, n. 2826, in *Foro it.*, 1968, 9, c. 2061, per la contrarietà alla tesi secondo cui la clausola *solve et repete* si risolverebbe, sul piano processuale, nel difetto di giurisdizione (la sentenza ritiene invece che la clausola vada interpretata nel senso di vietare al giudice di prendere in esame alcune eccezioni del convenuto). Tuttavia v., più esplicitamente, Cass., sez. I, 27 febbraio 1995, n. 2227, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 455, secondo cui «la disciplina del *solve et repete* (art. 1462 c.c.), se ha indubbie conseguenze nel campo del processo, ha, però, un contenuto fondamentale di diritto sostanziale, come è reso manifesto non solo dalla collocazione della norma nel codice civile, ma soprattutto dagli interessi che essa tutela (assicurare al credito il soddisfacimento della sua pretesa, senza il ritardo imposto dall'esame delle eccezioni del debitore). Il preventivo adempimento non può essere perciò considerato come un presupposto processuale, la cui mancanza impedisca l'instaurazione di un regolare rapporto processuale e non possa essere promossa nel corso del processo stesso. La clausola limitativa di cui all'art. 1462 c.c., pertanto, è destinata ad operare solo sul piano dell'adempimento, cosicché non può rinvenirsi alcun ostacolo all'esame dell'eccezione o della domanda riconvenzionale, quando, sia pure in corso di giudizio (nella specie nel corso dell'opposizione a decreto ingiuntivo proposta dal debitore), sia avvenuto il soddisfacimento della prestazione».

([105]) C. cost., sent. n. 256 del 1974, par. 3 delle considerazioni in diritto (v., *amplius*, quanto riportato *infra*, al par. 1 del presente capitolo).

([106]) Cass., sez. I, 27 febbraio 1995, n. 2227, cit., nella motivazione in

© Wolters Kluwer Italia

La giurisprudenza ammette pertanto che le eccezioni differibili, provvisoriamente paralizzate dall'operatività della clausola, possano fare ingresso anche nel medesimo giudizio in cui venga promosso l'adempimento, una volta che la prestazione sia stata eseguita. La giurisprudenza, sensibile alle difese del contraente tenuto all'adempimento o, più che altro, all'esigenza di preservare l'economia processuale evitando l'instaurazione di una seconda lite in separato giudizio, ha mostrato di ridurre i limiti all'operatività della clausola che subordina al previo pagamento la facoltà di proporre eccezioni, consentendo l'esperibilità di quest'ultime anche qualora il pagamento sia avvenuto coattivamente, a seguito di esecuzione forzata, e ne sia dato atto in occasione degli scritti difensivi scambiati dalle parti al termine del giudizio, dopo l'ultima udienza, riservata alla precisazione delle conclusioni ([107]). Da qui si percepisce la rilevanza accor-

---

risposta al terzo motivo di ricorso, ove si richiamano anche Cass., sentt. n. 1767 del 1967 e n. 2826 del 1968, a riprova del consolidato e risalente orientamento. Nello stesso senso anche Cass., sez. II, 14 dicembre 1994, n. 10697, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 12, per la quale «La clausola *solve et repete*, prevista dall'art. 1462 c.c., avendo un contenuto fondamentalmente di diritto sostanziale, in relazione alla collocazione della disposizione citata e, soprattutto, agli interessi tutelati (garantire al creditore di una prestazione il soddisfacimento del suo diritto senza il ritardo imposto dall'esame delle eccezioni del debitore), realizza la sua funzione anche se l'adempimento avviene nel corso del giudizio e per effetto di un provedimento giurisdizionale non definitivo (nella specie decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo). Conseguentemente il preventivo adempimento non è qualificabile come presupposto processuale e l'eccezione o la domanda riconvenzionale potenzialmente colpite dall'operare della clausola possono essere esaminate quando, sia pure nel corso del giudizio, sia avvenuto il soddisfacimento del diritto».

([107]) La questione è stata affrontata nell'ambito di un giudizio instaurato innanzi al Tribunale di Grosseto, avente ad oggetto la vendita di cosa da costruire (nel caso di specie si trattava di una piscina), il cui contratto includeva una clausola *solve et repete*. A fronte del mancato pagamento del prezzo concordato veniva esperito un decreto ingiuntivo, a cui seguiva l'opposizione del debitore. Nelle motivazioni della sentenza con cui s'è concluso il giudizio di primo grado veniva rimarcato che «parte opponente per la prima volta in sede di comparsa conclusionale ha allegato la fotoriproduzione di due assegni (...) – della cui esistenza non è dato rinvenire traccia nel corso del[la] pur non breve trattazione della causa – emessi in favore di [parte opposta] con firma del traente non leggibile ed in calce attestazione di ricevuta. Sul punto, a parte l'evidente tardività dell'allegazione in tempo successivo all'udienza di precisazione delle conclusioni, pur riferendosi a documenti e titoli asseritamente risalenti al 2009, parte opposta in sede di memoria conclusionale di replica, non ha contestato l'effettivo pagamento in corso di causa, ma ne ha contestato l'inefficacia ai fini della rimozione dei presupposti di operatività della clausola, non

© Wolters Kluwer Italia

data alla natura "sostanziale" della clausola *solve et repete* da parte della giurisprudenza ([108]).

4.2.2. *Limiti ontologici all'operatività della clausola* solve et repete *sul piano dell'adempimento, con particolare riferimento ai contratti sinallagmatici a prestazioni sia "non simultanee" che "simultanee"*

La constatazione secondo cui la clausola *solve et repete* agisca sul piano dell'adempimento porta con sé altre considerazioni, legate ai *limiti ontologici* in ordine alla sua operatività ([109]).

Come si evince dalla collocazione sistematica dell'art. 1462 c.c. e come coralmente riconosciuto in dottrina e in giurisprudenza – ed in tal senso è chiara anche la posizione della Corte costituzionale nella sent. n. 256 del 1974, sopra esaminata – il patto *de quo* opera fisiologicamente all'interno dei rapporti sinallagmatici ([110]).

La sua funzione, però, non è quella di scandire cronologica-

---

essendosi trattato di pagamento spontaneo, bensì avvenuto a seguito di procedura esecutiva conseguente all'esecuzione del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo. Considerato che ancorché come detto nella fase delle memorie *ex* art. 190 c.p.c. si è comunque instaurato il contraddittorio pieno in punto di intervenuto pagamento in corso di causa e che non è contestato l'effettivo intervenuto pagamento nelle more del giudizio, può ritenersi superata la preclusione prevista dalla clausola *solve et repete* rispetto all'esame di eccezioni e domande riconvenzionali inerenti il non esatto adempimento della prestazione. La clausola limitativa di cui all'art. 1462 c.c. è infatti destinata ad operare solo sul terreno dell'adempimento, cosicché non può rinvenirsi alcun ostacolo all'esame dell'eccezione o della domanda riconvenzionale quando, sia pure nel corso del giudizio, sia avvenuto il soddisfacimento della prestazione assistita dal privilegio di cui alla clausola, non essendo possibile effettuare sulla base della normativa vigente alcun differenziamento in relazione alla spontaneità o meno dell'intervenuto pagamento». Così Trib. Grosseto, 12 maggio 2015, n. 453, in *De Jure*.

([108]) Propende invece per la natura processuale DALMARTELLO, *op. cit.*, 853 ss., mentre la dottrina maggioritaria, in sintonia con la giurisprudenza, ne riconosce la natura sostanziale, senza ovviamente trascurare le implicazioni della clausola sulle vicende processuali.

([109]) Poiché la clausola *solve et repete* opera sul piano dell'adempimento, non potrà ovviamente trovare applicazione per tutte le eccezioni che hanno natura processuale (es. difetto di giurisdizione, di competenza, di legittimazione, etc.), in quanto del tutto estranee all'area del sinallagma contrattuale. Cfr. A.M. BENDETTI, *op. cit.*, p. 134. Si tratta, anche in questo caso, di un limite ontologico all'applicazione della clausola *inter partes*.

([110]) Per le questioni concernenti all'applicabilità del patto *solve et repete*

© Wolters Kluwer Italia

mente la prestazione delle parti, imponendo al contraente che ne sia gravato di adempiere *prius in tempore* rispetto al contraente beneficiato dalla clausola: normalmente è il soggetto beneficiato dalla clausola *solve et repete* che è tenuto contrattualmente ad adempiere per primo (si pensi alla locazione o alla vendita a rate). In tali casi, il contraente gravato dal patto ha già ottenuto la prestazione – o gran parte di essa – e si trova in una posizione contrattuale di grande vantaggio rispetto all'altro contraente, che, beneficiando della clausola, mira ad ottenere l'adempimento dovutogli, differendo ad altro momento la disamina delle eccezioni e delle domande riconvenzionali procrastinabili ai sensi dell'art. 1462 c.c.

Sicché il contraente a favore del quale opera la clausola *solve et repete*, nei predetti casi, non potrà servirsi di essa per invertire l'ordine delle prestazioni contrattualmente dovute, esigendo la controprestazione (e paralizzando le eccezioni avverse, invocando il patto) senza aver prima provveduto ad adempiere la propria. Ciò in quanto, ontologicamente, la clausola in questione non inverte l'ordine cronologico delle prestazioni, ma paralizza le eccezioni della controparte, sul presupposto che la prestazione della parte che ne è beneficiata abbia già adempiuto (o si sia comunque offerta di adempiere, qualora si tratti di prestazioni simultanee) ([111]).

Tale prospettiva è ben colta in dottrina, ove s'è affermato che «se il dibattito verte sulla priorità cronologica delle due prestazioni, l'una rispetto all'altra, la clausola non ha modo di operare e il patto, pur atteggiato come clausola, ha una ben diversa portata, proprio perché, in tal caso, non sono configurabili due violazioni in atto: l'una addebitabile al convenuto e tale da giustificare la pretesa dell'atto; l'altra addebitabile all'attore e tale da essere suscettibile di semplice "riserva" (senza la quale dovrebbe essere accolta). Ed infatti, delle due l'una: o deve essere respinta l'azione se era l'attore che doveva prestare per primo e

---

ai rapporti non sinallagmatici e, in particolare, alle garanzie personali, si rimanda alla disamina contenuta nel capitolo terzo del presente volume.

([111]) In questo senso la clausola opera come strumento di autotutela. Per un tale inquadramento si veda Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1946, p. 1105; Betti, *Autotutela*, in *Enc. dir.,* IV, Milano, 1959, p. 532 e, più recentemente – la riferendosi alle "autodifese contrattuali" – A.M. Benedetti, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 119 ss. In senso critico si vedano invece Bigliazzi Geri, *op. cit.*, p. 88; nonché Poletti, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 8.

© Wolters Kluwer Italia

quindi nessuna violazione può essere posta a carico del convenuto che possa giustificare la sua condanna (a ben vedere il convenuto non si difende, in tal caso, con l'eccezione di inadempimento, ma con la semplice negazione dell'attualità del proprio obbligo: invoca il beneficio del termine – del "termine diverso" di cui all'art. 1460 C. Civ. – più che l'inadempimento dell'attore); o deve essere respinta *ex* art. 1460 C. Civ. (non semplicemente accantonata *ex* art. 1462 C. Civ.) l'eccezione, se si verifica il caso inverso: se, cioè, era il convenuto che doveva adempiere per primo e che, quindi, non dispone di un'eccezione astrattamente proponibile e semplicemente da accantonare (in virtù del particolare patto di cui ci stiamo occupando)» ([112]).

Si pensi ad esempio, nei contratti con prestazioni sinallagmatiche non simultanee, all'ipotesi in cui il beneficiario della clausola, tenuto all'adempimento in un momento cronologicamente precedente rispetto all'adempimento della controparte, non abbia ancora maturato il diritto alla controprestazione, perché inesigibile fin quando non adempia la propria: egli non potrà agire per l'adempimento altrui ed invocare il patto *solve et repe-*

([112]) DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 851 s., il quale rimarca quindi che, diversamente da quanto affermato tempo addietro da Ascarelli e sul punto criticato proprio da Greco (nel dibattito di cui s'è dato conto nel capitolo primo del presente volume, a cui *amplius* si rinvia), la clausola *solve et repete* non deve essere confusa con quella che scandisce l'ordine temporale delle prestazioni, né può essere interpretata come se avesse tale effetto sul piano dei rapporti tra le parti. Tale distinguo va fatto anche qualora la formulazione testuale della clausola assomigli alla clausola *solve et prete*. Sul punto, l'attenta dottrina ora citata ribadisce che «una clausola, ad es., che dicesse semplicemente che fin quando una delle parti non avrà adempiuto essa non potrà né proporre pretese di adempimento nei confronti dell'altra, né sollevare eccezioni in ordine al mancato adempimento dell'altra, può voler istituire, semplicemente, quel coordinamento temporale tra le due prestazioni, per cui né l'eccezione di inadempimento, né qualsiasi altra reazione all'altrui inadempimento è possibile, semplicemente perché per quel contraente non è ancora attuale (esigibile) il diritto all'adempimento da parte dell'altro. In tal caso non di clausola *solve et repete* si tratterebbe, ma semplicemente di una pattuizione diretta a stabilire "termini diversi" per l'adempimento delle parti; in tal caso il debitore della prestazione che deve procedere non ha alcun diritto di trarre dal comportamento della controparte, legittimamente inerte e in attesa, motivi per rifiutare la propria prestazione e, quindi, l'eccezione con cui si difende non è un'eccezione (o, comunque, una reazione) da accantonare, ma p un'eccezione (o reazione) non ancora esperibile, e perciò da respingere, per mancanza del suo *fatto costituito* (e non soltanto da "riservare" in virtù della clausola)» (*Ibidem*, p. 851. L'uso del corsivo è di chi scrive).

© Wolters Kluwer Italia

te per paralizzare le avverse eccezioni di inadempimento, basate sull'art. 1460 c.c.; né potrà resistere ad azioni della controparte che pretenda il proprio adempimento, fondando tali eccezioni sull'operatività della clausola *solve et repete*, perché quest'ultima, in tali fattispecie, difetterebbe del "fatto costitutivo" necessario per la sua operatività (ossia l'adempimento preventivo della parte beneficiata della clausola, tenuta all'adempimento preventivo) ([113]).

In altre parole, in caso di contratti sinallagmatici con prestazioni non simultanee, per le quali sia richiesto il preventivo adempimento della prestazione a carico della parte beneficiata dalla clausola *solve et repete*, occorre pur sempre coordinare «il regolamento convenzionale dell'ordine cronologico delle prestazioni e la clausola *solve et repete*» ([114]).

Da tale coordinamento, messo in luce dalla dottrina qui richiamata, mi pare si possa evincere che in realtà la clausola non faccia affatto venir meno, nelle predette ipotesi, il collegamento causale tra le prestazioni. Non produce, quanto agli effetti, un'astrattezza della causa nei rapporti contrattuali, svincolando una prestazione dall'altra ([115]). Al contrario la rilevanza della causa

---

([113]) Cfr. nota precedente.

([114]) DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 852. Questi precisa che in tali casi «la clausola mentre servirà a proteggere il contraente obbligato a prestare per primo (il venditore) dalle contestazioni dell'altro contraente (del compratore) circa la esattezza della sua prestazione (...) non potrà assolutamente servirgli per invertire l'ordine delle prestazioni e, in particolare, non potrà consentirgli di esigere la prestazione da lui dovuta (il prezzo), senza aver prima prestato, cioè eseguito l'obbligazione della consegna. Se quel contraente (ad es.: il venditore) agisse giudizialmente per ottenere il prezzo, ed invocasse la clausola, senza aver prima eseguito la consegna, l'altro contraente (il compratore, convenuto) potrebbe eccepire la mancata prestazione perché le parti si troverebbero in una situazione in cui la clausola non può entrare in gioco. E lo stesso dovrebbe dirsi se il venditore avesse posto in essere una situazione di adempimento illusorio, apparente».

([115]) Per POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 3, «per poter (...) attribuire al *solve*, insistendo sulla lacerazione del nesso sinallagmatico e sul susseguente isolamento delle due prestazioni, la capacità di trasformare fattispecie negoziali concepite e strutturate come atti con causa sinallagmatica in negozi a prestazione unilaterale (dato che, nella fase di attuazione del rapporto, al sinallagma genetico non corrisponderebbe più il sinallagma funzionale, con conseguente riflesso sulla natura del contratto), occorrerebbe assegnargli una portata indubbiamente superiore a quella sua propria, estesa per esempio fino ad includere anche patti di irresponsabilità. Ma tale operazione non sembra affatto consentita (...)».

© Wolters Kluwer Italia

rimane ed è evidente sia a monte, per quanto sopra detto in relazione al rapporto tra patto *solve et repete* e regolamento cronologico della prestazione, sia a valle, perché in ogni caso l'effetto della clausola non paralizza le eccezioni, ma le pospone, sicché la rilevanza delle prestazioni sul piano causale è destinata a riemerge in ogni caso successivamente (in occasione del "*repete*").

È proprio l'indagine sui limiti ontologici della clausola in parola a condurre l'interprete sul fondamento e sulla portata dei limiti atestuali e, per converso, sull'individuazione delle eccezioni paralizzabili.

Infatti, spostando la disamina sul piano dell'adempimento dei contratti sinallagmatici con prestazioni simultanee si giunge ad ammettere la proponibilità, in ogni caso, dell'*exceptio inadimpleti contractus*, non differibile dalla clausola limitativa della facoltà di proporre eccezioni di cui all'art. 1462 c.c., ma non dell'*exceptio non rite adimpleti contractus*, che rimane invece subordinata al preventivo adempimento della parte gravata dal patto. Tali conclusioni costituiscono il naturale percorso di riflessione che parte proprio dalla constatazione della natura della clausola *solve et repete*, in contrapposizione alle clausole, strutturalmente diverse, relative alla scansione cronologica delle prestazioni.

Rimarcando la differenza sostanziale tra i due tipi di clausola, s'è affermato che l'operatività della clausola *solve et repete* inserita in contratti sinallagmatici a prestazioni simultanee è ravvisabile solamente qualora «il dibattito non verta sulla priorità temporale dell'una prestazione rispetto all'altra: il che è possibile solo quando sia superata ogni questione cronologica perché uno degli adempimenti ha già avuto luogo o venga offerto (sia pur in modo non perfetto: e ciò può giustificare la contestazione della controparte) e l'altro adempimento è, perciò stesso divenuto attuale (come dovere di prestazione), ossia esigibile *ratione temporis* e quindi non contestabile in virtù del beneficio del termine, ma solo in virtù dell'*exceptio non rite adimpleti contractus* paralizzata dalla clausola (cioè in base a un tipico rimedio di carattere sinallagmatico funzionale, come i limiti stessi di ammissibilità del patto *solve et repete* richiedono [...])» ([116]).

In altre parole, la clausola in parola è configurabile – e dun-

([116]) DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 853.

© Wolters Kluwer Italia

que invocabile – solamente qualora si sia di fronte ad eccezioni che abbiano il loro fondamento sull'inesatto adempimento della parte beneficiata dalla clausola medesima, e non già sul mancato adempimento ([117]). Ciò perché, con riguardo all'inesatto (o imperfetto) adempimento, «a ben vedere questa è la sola situazione in cui *possono* coesistere, simultanee, due violazioni: l'una (quella del convenuto), da sanzionare con la condanna (*solve*); l'altra (quella dell'attore), suscettibile di essere, non esclusa (per tempestività della contropretesa), ma semplicemente accantonata e riservata per un successivo esame ai fini dell'eventuale "ripetizione" della prima» ([118]).

4.2.3. (segue) *Limiti ontologici derivanti dal venir meno del fatto costitutivo del credito*

Oltre al difetto di adempimento, impedisce l'utilizzabilità della clausola *solve et repete* anche il venir meno per altre ragioni del fatto costitutivo del credito, presupposto necessario ed strutturale per l'operatività della clausola medesima. Così, tutti gli eventi estintivi del credito possono essere eccepiti dal contraente gravato dal patto *solve et repete*, siano essi fatti estintivi dell'obbligazione, diversi dall'adempimento (quali la novazione, la remissione, la compensazione, la confusione, ma anche l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al soggetto debitore e, dunque, del contraente gravato dalla clausola in parola) ([119]), sia fatti ad essi

---

([117]) DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 853.

([118]) DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 853.

([119]) Cfr. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849 ss.; POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 4. Quest'ultima osserva che se il fine della clausola «consiste nell'impedire che un contraente "possa opporre eccezioni dipendenti dal comportamento del contraente privilegiato, tendenti ad evitare o a ritardare la prestazione dovuta" (Cass., 5.10.1976, n. 3272, cit.), si è anzitutto ritenuto che il patto non possa avere efficacia nei confronti delle eccezioni che riguardano eventi estintivi del credito "estranei all'azione del sinallagma funzionale" (cfr. C. cost., 12.11.1974, n. 256, cit., che riproduce quali testualmente un passo di DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849). Sarebbero allora eccezioni non abdicabili, in aggiunta a quelle testuali, e pur nel silenzio della legge, le eccezioni di avvenuto adempimento e tutte quelle che riguardano, secondo la sistematica del codice, l'estinzione dell'obbligazione del soggetto avvantaggiato dalla clausola per vie diverse dall'adempimento (...). La dottrina è essenzialmente concorde sul punto e giustifica il carattere resistente al patto di tali eccezioni attraverso

© Wolters Kluwer Italia

assimilabili, come la prescrizione, la transazione o il giudicato ([120]).

In altre parole, affinché possa operare la clausola *solve et repete*, occorre che la prestazione contrattuale richiesta al contraente gravato dalla clausola medesima sia pur sempre dovuta: ove venga meno l'obbligazione del debitore, viene meno il presupposto per poter esigere, da parte del creditore, l'adempimento (*solve*).

Del pari, i limiti all'operatività della clausola devono essere ritenuti applicabili anche per le eccezioni, sempre proponibili, con cui il contraente gravato del patto intende far valere l'estinzione della propria obbligazione per intervenuto adempimento, nei confronti del creditore, qualora la prestazione dovuta sa stata eseguita nelle mani del creditore o di soggetto da questi legitti-

---

un'interpretazione sistematica che, in relazione alle finalità della clausola, comma alle eccezioni testuali che pongono in discussione il fatto costitutivo del credito tutte quelle direte a far valere fatti estintivi di esso: se paralizzabili queste ultime attribuirebbero alla clausola una funzione immeritevole, consentendole di esorbitare dai limiti dell'interesse (in conseguimento del *solve*) "per cui la tutela è stata istituita e riconosciuta valida" ([...] DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849 [...])».

([120]) Cfr. DALMARTELLO, *op. cit*., p. 849 ss.; POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 4; LUCCHI, voce *Solve et repete (patto o clausola del)*, cit., par. 3. Quest'ultimo A. evidenzia che, rispetto ai modi di estinzione dell'obbligazione quali la novazione, la compensazione, la remissione, la confusione e l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, che hanno la stessa efficacia estintiva del pagamento, «più complesso discorso richiedono le eccezioni di prescrizione (*ex* art. 2934 c.c.), di giudicato (*ex* art. 2909 c.c.), di transazione (la cui efficacia è assimilabile al giudicato), e in genere ogni altra con cui si faccia valere una precorsa causa estintiva della pretesa. Secondo alcuni, il fatto che le predette eccezioni non trovino la loro giustificazione nei principi del sinallagma, essendo logicamente configurabili anche contro qualsiasi altra pretesa creditoria, sarebbe sufficiente ad escluderle dalla portata dell'art. 1462. Se si ammette invece, come appare preferibile, che la disposizione citata possa valere anche per eccezioni non riferibili a rapporti sinallagmatici, l'esclusione delle eccezioni qui menzionate dalla sfera operativa della clausola si giustifica in base ad altra ragione, in quanto, cioè, esse fanno valere l'inesistenza del fondamento della pretesa stessa. E, sebbene tale inesistenza sia sopravvenuta rispetto al momento genetico del titolo fatto valere dall'attore a fondamento del suo credito, essa elimina in radice le ragioni stesse dell'azione non meno di quanto faccia un'eccezione basata su vizi e carenze genetiche del contratto. Il giudice insomma non può riservare l'esame delle eccezioni che oppongano l'inesistenza o l'inefficacia del vincolo obbligatorio, in quanto il legislatore ha consentito di paralizzare le sole eccezioni che pur sempre corrispondano ad una prestazione "dovuta" dal convenuto». L'impostazione è senz'altro condivisibile.

© Wolters Kluwer Italia

mato a ricevere la prestazione, così come del creditore apparente, ma anche qualora intervenga la liberazione del debitore a seguito della mora del creditore.

In tale direzione rimangono ancora attuali le parole di Arturo Dalmartello, nella parte in cui ha evidenziato che «la eccezione di pagamento deve restare proponibile, nonostante la clausola, per la semplicissima ragione che il pagamento realizza in pieno l'interesse tutelato dalla clausola (*solve*) e non è ammissibile che la clausola operi addirittura al di là dell'interesse per la cui tutela è stata istituita e riconosciuta valida: chè se la clausola dovesse paralizzare l'eccezione di pagamento, si arriverebbe all'assurdo di legittimare, in base ad essa e ad un unico titolo contrattuale, una serie indefinita di condanne al pagamento e di pagamenti mai eccepibili (sia pur bilanciata da una serie indefinita di "ripetizioni" dei vari indebiti): il che, evidentemente, non può essere ammesso, perché darebbe alla clausola una portata e una funzione immeritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (non foss'altro con riguardo al principio dell'economia dei giudizi)» ([121]).

([121]) DALMARTELLO, *op. cit*., p. 849 s., il quale conclude il proprio ragionamento, sul punto, ribadendo che «la clausola, dunque, non può paralizzare l'eccezione di pagamento: non può impedire che all'imperativo *solve*, rivoltogli dal creditore, il debitore risponda *solvi*; e che di tale fatto storico dia la prova». Analogamente, si veda anche LUCCHI, *op. cit.*, par. 3, là dove chiarisce, altresì, che il silenzio dell'art. 1462 c.c. in ordine all'eccezione di pagamento (e in generale alle eccezioni concernenti tutti i fatti estintivi dell'obbligazione) «non deve incoraggiare un'argomentazione *a contrario*, esistendo serie ragioni per escludere l'operatività della clausola circa l'eccezione di pagamento. Essa deve restare proponibile, malgrado il *solve et repete*, in quanto il pagamento realizza, per sé, già in pieno l'interesse tutelato dalla clausola». Per di più, aggiunge l'A. ult. cit., «un argomento apagogico (o *ad absurdum*) rende ancor più evidente la conclusione: se la clausola paralizzasse l'eccezione di pagamento, il creditore potrebbe chiedere una serie indefinita di condanne, inevitabili nonostante i pagamenti eseguiti ma non eccepibili; il convenuto potrebbe solo chiedere a sua volta una serie indefinita di "ripetizioni"; la clausola avrebbe così una postata e una funzione immeritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, non foss'altro che per l'improvvida moltiplicazione dei giudizi». L'argomento era stato usato anche da DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 848, ma LUCCHI, *op. cit.*, par. 3, nt. 22, ne segnala un'applicazione giurisprudenziale, con riferimento a Trib. Milano, 12 maggio 1988, in *Riv. it. leasing*, 1989, p. 643 ss.

© Wolters Kluwer Italia

4.2.4. *Limiti volontari, derivanti dalla rinuncia espressa o tacita (in particolare, sul piano dell'adempimento, in caso sia stata domandata previamente la risoluzione del contratto per inadempimento della parte gravata dal patto)*

Altro limite della clausola *solve et repete* concerne la volontà del beneficiario di rinunciarvi, espressamente o tacitamente. In quest'ultimo caso vi sono evidenti ripercussioni sul piano dell'adempimento del contratto, al cui livello la clausola è destinata ad operare.

La rinuncia tacita alla clausola *de qua* è configurabile allorché si pongano in essere comportamenti incompatibili con la pretesa di avvalersene, sicché – come ben chiarito dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione – la stessa «non può essere invocata dal contraente a cui favore è stabilita, quando questi chieda la risoluzione del contratto» ([122]). La domanda di risoluzione nei confronti del debitore tenuto all'adempimento è infatti incompatibile con la richiesta di adempimento che la clausola di cui all'art. 1462 c.c. è diretto a salvaguardare con una tutela rafforzata per il creditore.

È limite, questo, che trova il suo preciso riferimento normativo nell'art. 1453, comma 2, c.c., ai sensi del quale, com'è noto, «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». La domanda di risoluzione per inadempimento preclude dunque sia la richiesta di adempimento della controparte (*solve*), sia la proponibilità della clausola funzionalmente collegata con tale adempimento: appunto, la clausola *solve et repete*, da intendersi tacitamente rinunciata.

Ci si è chiesti fino a che punto possa essere invocata la rinuncia tacita della clausola e, in particolare, se possa essere ravvisata nell'implicita accettazione del contraddittorio sul merito o qualora il soggetto beneficiato dal patto, rimanga comunque

---

([122]) Cass., sez. II, 16 novembre 1993, n. 11284, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 11. Per la giurisprudenza più risalente si veda POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 7, la quale fa risalire a Cass., 22 dicembre 1956, n. 4492, in *Foro it. Rep.*, 1956, voce *Obbligazione e contratti*, nn. 167-168, «l'affermazione secondo la quale la parte nel cui interesse è posta la clausola può rinunciare ad avvalersi della stessa in favore di una trattazione della causa nel merito, con immediato esame delle eccezioni».

© Wolters Kluwer Italia

inerte. La dottrina che si è occupata del tema, con un approccio condivisibile, rimarcando la non rilevabilità d'ufficio dell'operatività della clausola *solve et repete* e facendo leva sul principio di buona fede, ammette la rilevanza del comportamento di chi, tenuto a far valere la clausola nelle dinamiche processuali, sia rimasto inerme ([123]).

4.3. *La clausola* solve et repete *di fronte all'eccezione (e alla domanda riconvenzionale) di risoluzione per inadempimento e alle altre eccezioni sinallagmatiche operanti sul terreno dell'adempimento ex artt. 1460 e 1461 c.c.*

Altre e più delicate questioni presenta l'operatività della clausola *solve et repete* di fronte all'eccezione di risoluzione sollevata dalla parte gravata dalla clausola medesima, sia nel caso in cui con l'eccezione si intenda far valere l'intervenuta risoluzione extragiudiziale (a seguito di diffida ad adempiere rimasta ineseguita nel termine concesso al debitore, a seguito di comunicazione con cui il creditore dichiara di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa o, ancora, a seguito dell'infruttuoso spirare del termine essenziale), sia nel caso in cui si voglia far valere la risoluzione direttamente in sede giudiziale, mediante domanda riconvenzionale volta a paralizzare la pretesa di adempimento proposta, in via principale, dalla parte in favore del quale il patto in parola opera.

La dottrina non ha un orientamento unanime su tali aspetti. Stante la natura della clausola e il suo ambito di operatività, le eccezioni volte ad ottenere l'accertamento del fatto estintivo – dovuto alla pregressa operatività della diffida ad adempiere o

---

([123]) Cfr. Poletti, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 7, secondo cui «costituirà senz'altro rinuncia implicita l'accettazione del contraddittorio sul merito, mentre dubbia è l'interpretazione in termini di rinuncia quando il soggetto attivo del patto rimanga inerte. La non rilevabilità d'ufficio della difesa consentita dalla clausola, sancita dalla giurisprudenza (per tale precisazione Cass., 22.12.1956, n. 4492, cit.), corollario del suo carattere disponibile ed anche della sua qualificazione come eccezione sostanziale (...), fa comunque propendere per una conclusione positiva (...), anche alla luce di un'interpretazione secondo buona fede del comportamento del soggetto attivo. Il quale non apparirà conforme a tale criterio tutte le volte in cui il sostanziale disinteresse manifestato verso l'impiego della clausola abbia generato nella controparte n ragionevole affidamento sul regolare svolgimento del processo (...)».

© Wolters Kluwer Italia

dalla comunicazione con cui si dichiara di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa o, ancora, del termine essenziale spirato infruttuosamente – sono a mio avviso da ritenersi sempre ammissibili, al pari degli altri fatti estintivi dell'obbligazione, satisfattivi o non satisfattivi. La tesi contraria poggia sull'idea che la clausola *solve et repete,* operando sul terreno dell'adempimento, è idonea a paralizzare qualunque eccezione sollevata in tale ambito, incluse quelle basate sul fatto estintivo derivante dal comportamento della parte beneficiata dalla clausola e poco importerebbe se la risoluzione sia già avvenuta o meno, perché si discuterebbe pur sempre di inadempimento, ovvero dello scioglimento del contratto per difetto funzionale e non genetico del sinallagma contrattuale ([124]). Tale tesi, in altre parole, non distingue tra eccezione di già intervenuta risoluzione extragiudiziale ed eccezione di risoluzione giudiziale. Il ragionamento che accompagna tale tesi sembra poggiare sulle valutazioni concernente l'intento della clausola, che è quella di defatigare la proposizione di eccezioni dilatorie, ma finisce per nascondere un malcelato pregiudizio su asseriti intenti dilatori da parte del solo contraente che agisce in via riconvenzionale ([125]).

([124]) Cfr. DALMARTELLO, *op. cit*., p. 850, per il quale, invece, «la clausola *solve et repete* paralizza anche le eccezioni riconvenzionali tratte dal gioco del sinallagma (funzionale) e, segnatamente, quelle sopra ipotizzate di intervenuta risoluzione per aver già operato, in danno dell'attore, la diffida ad adempiere, la clausola risolutiva espressa o il termine essenziale. È vero che queste eccezioni non hanno la portata meramente dilatoria dell'eccezione di inadempimento in senso proprio o di quella tratta dal mutamento delle condizioni patrimoniali della controparte, in quanto pongono a base del chiesto rigetto dell'azione una situazione di definitiva e irreversibile estinzione del credito. Ma quel che conta, nella disciplina della clausola *solve et repete*, non è il carattere dilatorio o perentorio dell'eccezione, bensì il fatto che si tratti di eccezioni ricavate dal comportamento dell'attore sul terreno dell'adempimento (che dall'eccipiente si assume mancato o inesatto): ed è un requisito che è presente anche nella eccezione riconvenzionale di già avvenuta risoluzione (art. art. 1454, 1456 e 1457 C. Civ.); la quale può perciò, a nostro avviso, restare paralizzata dalla clausola e accantonata per un esame successivo al pagamento e, quindi, ai fini della ripetizione dell'indebito (*repete*)».

([125]) A sostegno della propria posizione, volta ad ammettere in tal caso l'operatività della clausola *solve et repete*, DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 851, argomenta che «è vero che, in questo modo, si paralizza un'*azione* del convenuto e non una sua semplice *eccezione*; ma la si paralizza in quanto essa costituisce mezzo (al pari della eccezione) per "evitare o ritardare la prestazione dovuta": in quanto, cioè (e fin tanto che), essa implichi *anche* quel rifiuto di pagamento che la clausola tende ad ostacolare e neutralizzare. *Non può restar senza rilievo*

© Wolters Kluwer Italia

Mi pare tuttavia più coerente l'altra opzione interpretativa, che accorda valore alla natura estintiva del fatto dedotto nell'eccezione, anche qualora l'evento estintivo concerna il sinallagma funzionale e non solamente quello genetico ([126]). Nel caso di eccezioni volte a far valere l'estinzione del rapporto giuridico tra le parti per intervenuta risoluzione extragiudiziale ai sensi degli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c., la clausola *solve et repete* non può essere opposta, a mio avviso, nei confronti del debitore perché, come anche rilevato da accorta dottrina, «sul piano sostanziale – che è poi quello sul quale si muovono, prima di eventualmente spostarsi su quello del processo, le situazioni (di diritto e di obbligo) vantate dalle parti – la pregressa estinzione del rapporto legittimamente provocata da una di esse pone (...) l'autore del *solve* nella condizione di soggetto non più legittimato, in quanto non più creditore (né debitore), ad avvalersene» ([127]).

Mi sembra decisivo considerare, a tal riguardo, che l'inter-

---

infatti, che si tratta, bensì, di un'azione del convenuto, ma di un'azione che il convenuto propone sotto la spinta della pretesa della controparte, e non in via autonoma (...): il che giustifica il sospetto che si tratti di una reazione determinata da ragioni di resistenza defatigatoria, più che da una vera, spontanea e sentita esigenza di giustizia, quale (almeno normalmente) è alla base dell'azione vera e propria: promossa cioè con citazione, di libera iniziativa dell'attore» (corsivo di chi scrive). L'argomentazione non pare rigorosa e pecca, invero, di un pregiudizio ingiustificabile. Possono essere tante le ragioni che rendono opportuno far valere le proprie domande in via riconvenzionale anziché in via diretta (il contatto con la prassi rende evidente che, anche chi avanza pretese di giustizia, finisce spesso per astenersi dal promuovere l'azione diretta per far valere le proprie ragioni in sede giudiziaria, ravvisando ragionevoli ostacoli nei costi elevati di proposizione della lite, nei tempi solitamente lunghi dei giudizi, salvo altro).

([126]) Si vedano in tal senso, in particolare, BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 91 s e MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1260, a cui sembra aderire anche POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 5, ove, con riferimento alle eccezioni volte a far valere l'intervenuto inadempimento stragiudiziale, viene evidenziato che, la tesi con cui si ritiene tali eccezioni indifferibili nonostante la clausola *solve et repete* «mira (...) ad evidenziare che il soggetto attivo del *solve*, di fronte ad un'eccezione non dilatoria ma estintiva del credito vantato, perderebbe la legittimazione ad avvalersene in conseguenza del venir meno della sua qualità di creditore (e di debitore [...])». *Contra*, LUCCHI, *op. cit.*, par. 5.

([127]) BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 92. In senso sostanzialmente conforme v. anche MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1260, nonché A.M. BENEDETTI, *op. cit.,* p. 131 s., il quale rimarca una cera comunanza delle eccezioni di risoluzione *ope legis* «con le eccezioni genetiche, perché estinguono il rapporto da cui trae origine il credito (travolgendo, sotto certi aspetti, anche la clausola limitativa compresa nel regolamento negoziale del contratto del quale si eccepisce la risoluzione di diritto».

© Wolters Kluwer Italia

venuta estinzione del rapporto, a seguito dello scioglimento del contratto per risoluzione *ope legis*, rende non più invocabile la clausola, che ha nella perdurante esistenza del vincolo contrattuale (qui venuta meno) il suo presupposto applicativo. La già intervenuta risoluzione – che il giudice è chiamato solamente ad accertare, con sentenza "dichiarativa" e non "costitutiva" – opera a prescindere dall'accertamento che ne viene fatto in sede giudiziale, sicché impedisce a monte che la clausola *solve et repete* possa avere un qualche effetto tra le parti: tale clausola non può pertanto essere invocata, in queste ipotesi, per differire le avverse eccezioni, avendo perso ormai ogni efficacia a seguito dell'intervenuto scioglimento del contratto *ope legis* ([128]).

([128]) Di diverso avviso è LUCCHI, *op. cit.*, par. 5, con argomentazioni che tuttavia non mi sembrano convincenti. Tale A. sostiene che «l'obiezione che l'attore che fa valere il *solve* si trova – quando sia intervenuta per qualunque ragione la risoluzione del contratto – nelle condizioni di soggetto non legittimato alla pretesa che pure fa valere, perché non è più né creditore né debitore, è senza dubbio un'obiezione seria, ma non invincibile. Certamente l'automatismo degli effetti nelle ipotesi contemplate dagli artt. 1454, 1456, 1457, è indiscutibile e quindi la pretesa dell'attore non ha fondamento più solido di quello che avrebbe una domanda che pretendesse di far valere un credito estinto per prescrizione o per compensazione o mai sorto, nullo essendo il titolo; ancora: si deve ammettere che anche se la sentenza avesse natura costitutiva [ciò che nelle ipotesi degli art. 1454, 1456, 1457 è da escludere], ciò non sarebbe decisivo, perché anche l'annullamento del contratto ha natura costitutiva, eppure l'annullabilità dà luogo ad eccezioni indifferibili. Non si può passare sotto silenzio, però, che anche la domanda riconvenzionale, basata ex art. 1453 su un anteriore inadempimento dell'attore e mirante ad una sentenza costitutiva, condurrebbe allo scioglimento del contratto con effetti per giunta retroattivi (art. 1458 1° co.) e sottrarrebbe fondamento alla pretesa dell'attore non meno di quanto faccia la rescissione: ciò malgrado, l'inadempimento dell'attore può essere opposto dal convenuto in via di eccezione *ex* art. 1461, ma, appunto, tale eccezione è differibile *ex* art. 1462, mentre non lo è quella che invochi la rescissione. Dunque, tra le eccezioni che l'art. 1462 mette fuori della portata della clausola *solve et repete* ed eccezioni di cui è dubbia la differibilità, è possibile mostrare parecchi tratti comuni. Ciò tuttavia non deve indurre a frettolose estensioni analogiche: il legislatore si è riferito ad alcune ipotesi di eccezioni indifferibili, ritenendole fondate su ragioni più gravi (...)». L'argomentazione di Lucchi prosegue ribadendo la maggior gravità della carenza del sinallagma genetico, implicante una «mancanza originaria di titolarità del creditore che non permette di salvare, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, le prestazioni già eseguite: neppure per l'annullabilità, cui pure non ripugna una limitata e provvisoria efficacia, il codice detta una norma come quella dell'art. 1458, che va riportata appunto alla validità del contratto poi risolto e all'esistenza di un titolo che funge da causa giustificativa delle attribuzioni patrimoniali ormai avvenute con l'esecuzione delle prestazioni pregresse». A

© Wolters Kluwer Italia

Diversa sorte, seguendo tale ragionamento, dovrebbe occorrere alla domanda spiegata in via riconvenzionale dalla parte gravata dal patto *solve et repete*, qualora questa richieda una pronuncia costitutiva di risoluzione del contratto per inadempimento della controparte, ai sensi dell'art. 1453 c.c. ([129]).

Qui il rapporto contrattuale non è ancora sciolto, sicché non è impedita a monte l'operatività della clausola, che continua a spiegare la sua efficacia, nella persistenza del vincolo giuridico insorto tra le parti. Non essendosi ancora verificata la risoluzione, che la parte rimette alla pronuncia costitutiva del giudice, il patto *solve et repete* spiega pienamente i propri effetti nel rapporto contrattuale ed è pertanto invocabile dalla parte che ne è beneficiata. Rimane tuttavia da valutare se, a fronte dell'applicabilità della clausola limitativa, possa essere fatta valere nel giudizio, senza preclusione alcuna, la domanda riconvenzionale basata sulla richiesta di risoluzione per inadempimento della controparte o se, al contrario, tale domanda debba essere ritenuta differibile per effetto dell'applicazione di detta clausola.

Va rimarcato che il riferimento testuale alla proponibilità delle «*eccezioni*» non è stato considerato – né in dottrina, né in giurisprudenza – ostativo all'applicazione della clausola anche alle «*domande riconvenzionali*», così come alle «*azioni*»

---

conclusione del proprio ragionamento, l'A. ult. cit. sostiene pertanto che «l'indifferibilità delle eccezioni di nullità, annullabilità rescissione non implica l'inclusione analogica tra esse di altre eccezioni riconvenzionali, rimaste fuori della limitazione dettata dal legislatore per ragioni non illogiche». Tali riflessioni, ancorché profonde, non mi pare però colgano nel segno: potrebbero valere, semmai, per le eccezioni fondate sulla richiesta giudiziale di risoluzione del contratto per inadempimento di cui all'art. 1453 c.c., mirante ad una pronuncia costitutiva, ma l'estensione di analoghe conclusioni alle eccezioni basate sull'intervenuta risoluzione del contratto per inadempimento *ope legis*, ex artt. 1454, 1456 e 1457 c.c. non hanno ragione alcuna, perché non valgono a superare l'obiezione secondo cui la clausola non possa essere fatta valere dal contraente beneficiario, proprio per via dell'intervenuto scioglimento del contratto. L'opposta tesi, qui criticata, pretenderebbe che il giudice differisse le eccezioni in parola sulla base di una clausola divenuta ormai non più efficace per via dello scioglimento *ope legis* del contratto, verificatosi precedentemente all'instaurazione del giudizio in cui detto scioglimento viene fatto valere (il che, francamente, non pare condivisibile).

([129]) Anche per DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 851, la clausola in parola deve considerarsi opponibile nei confronti del contraente che, tenuto all'adempimento, intendesse promuovere in via riconvenzionale la domanda volta ad una pronuncia costitutiva di risoluzione del contratto per inadempimento della controparte, ai sensi dell'art. 1453 c.c.

© Wolters Kluwer Italia

proposte in via diretta ([130]). Il problema non risiede dunque nella natura di domanda riconvenzionale (o, in ipotesi, di domanda spiegata in via diretta in autonomo giudizio) della richiesta, da parte del soggetto gravato dal patto, avente ad oggetto la risoluzione del contratto *ex* art. 1453 c.c. La questione, al contrario, è se il rimedio in sé sia differibile o meno per effetto della clausola in esame.

Il ragionamento sulle sorti della domanda riconvenzionale di risoluzione giudiziale va collegato con quello dell'eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 c.c.

Secondo un'impostazione diffusa, che poggia sulle tesi articolate da autorevole dottrina, poiché la clausola *solve et repete* si muove sul terreno dell'adempimento, la stessa non trova applicazione alle eccezioni genetiche di particolari gravità (nullità, annullamento e rescissione, testualmente previste), mentre si applicherebbe per le eccezioni sinallagmatiche (es. l'eccezione di risoluzione), tranne che per i casi, anch'essi da ritenersi segnati da particolare gravità, nei quali le eccezioni sinallagmatiche siano comunque basate su un fatto estintivo, non dipendente dal comportamento della controparte, che ha fatto venir meno la sopravvivenza del contratto (e con esso della clausola) ([131]). Il ra-

---

([130]) Si veda ad es. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 851, per il quale la clausola *solve et repete* «può paralizzare anche le domande riconvenzionali che abbiano la loro base nel sinallagma funzionale, in quanto tendano (e *se* tendono) a evitare o ritardare il pagamento che la clausola mira ad impresse. È vero che, ni questo modo, si paralizza l'*azione* del convenuto e non una sua semplice *eccezione*; ma la si paralizza in quanto essa costituisce mezzo (al pari della eccezione) per "evitare o ritardare la pretesa dovuta"». Si veda anche la ricostruzione di BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 92, che ritiene applicabile l'art. 1462 c.c. anche alla domanda riconvenzionale volta ad ottenere la risoluzione del contratto, non già perché direttamente rientrante nella previsione normativa, ma perché riconducibile ad essa in quanto «*quoad effectum* assimilabile (benché azione del convenuto) all'eccezione riconvenzionale» ed ivi cita, sull'idoneità del patto *solve et repete* a paralizzare eccezioni e domande riconvenzionali, Cass. 14 luglio 1967, in *Foro it.*, 1967, c. 2555 ed altre. Cfr. altresì la ricostruzione di POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 5 e 6.

([131]) L'impostazione è quella di DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 851 ss., seguita anche da Corte cost., sent. n. 256 del 1974 cit., par. 4 delle considerazioni in diritto, nella parte in cui si trova affermato che la clausola in questione «non può estendere la propria efficacia nei confronti delle eccezioni di nullità o annullabilità del contratto, ossia concernenti il fatto costitutivo del rapporto, né nei confronti di quelle attinenti alle eventuali cause di rescissione del contratto, ossia alla sopravvenienza del vincolo obbligatorio, e nemmeno nei confronti di fatti estintivi estranei all'azione dei sinallagma funzionale, ossia non dipenden-

© Wolters Kluwer Italia

gionamento viene condotto all'epilogo secondo cui rimarrebbero soggette alla clausola – e dunque differibili di fonte al patto *solve et repete* – la domanda riconvenzionale di risoluzione giudiziale, nonché l'eccezione di inadempimento, però quest'ultima solamente qualora miri a far valere l'inadempimento inesatto (*exceptio non rite adimpleti contractus*): se invece l'inadempimento del soggetto beneficiario del patto è di particolare gravità, a tal punto da essere stato omesso del tutto, s'è ritenuto che l'eccezione di totale inadempimento (*exceptio inadimpleti contractus*) possa essere sempre proposta, in quanto la clausola *solve et repete* incontrerebbe un altro limite alla sua efficacia, di carattere atestuale.

Si tratta però di interpretazione tralatizia che ci deriva dall'impostazione della giurisprudenza di merito ([132]) e della dottrina ([133]) formatasi e consolidatasi sotto l'egida del previgente codice civile, successivamente recepita, nel nuovo codice civile del 1942, anche dalla giurisprudenza della cassazione ([134]) e dalla

---

ti dal comportamento della controparte (pagamento ed altri modi di estinzione; prescrizione dell'azione)».

La tesi, come già sostenuto *supra*, non mi pare però condivisibile nella misura in cui considera differibili le eccezioni basate su fatti estintivi derivanti dall'inadempimento del beneficiario della clausola, nelle ipotesi in cui sia già intervenuta la risoluzione di diritto del contratto, in via stragiudiziale.

([132]) Cfr. par. 2.4 del capitolo primo del presente lavoro (e *ivi*, ad es., App. Milano, 6 giugno 1930, in *Foro it.*, 1930, I, c. 1304 e, *contra*, Cass., 28 luglio 1930, in *Riv. dir. comm.*, 1931, 2, p. 142).

([133]) ASCARELLI, *Sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti*, cit., p. 294; GRECO, *La clausola "*solve et repete*": ragioni e limiti della sua efficacia*, cit., p. 142 ss. e p. 164; SENIN, *La clausola "*solve et repete*" nei contratti fra privati*, cit., p. 94 ss.; LA TORRE, *Sulla clausola "*solve et repete*" nei contratti ed in ispecie nelle locazioni*, cit., p. 494 ss. e 499 ss. (sui quali si rimanda, infra, ai parr. 2.5.2, 2.5.4 e 2.5.5 del capitolo primo).

([134]) Cass., 6 febbraio 1947, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, p. 423 ss., con nota di AULETTA; Cass., 4 febbraio 1949, in *Foro it., Rep.*, 1949, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 324; Cass., 22 giugno 1957, in Id., 1957, voce cit., n. 145; Cass., 14 marzo 1964, n Id., 1964, voce cit., n. 181, Cass., 5 ottobre 1976, in *Foro it.*, 1976, I, 2621, con nota di LENER – richiamate anche da BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 94, nt. 30 –, ma anche, più recentemente, Cass., sez. II, 16 luglio 1994, n. 6697, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, p. 969 (secondo cui «La garanzia da eccezioni dilatorie, propria della clausola *solve et repete*, non ha un'efficacia tale da paralizzare in toto l'*exceptio inadimpleti contractus*, bensì resta correlata all'ambito di operatività dell'*exceptio non rite adimpleti contractus*, sicché essa non incide sulla possibilità di far valere la mancata esecuzione, totale o parziale della controprestazione») e, in senso analogo, tra le altre, anche Cass., sez. II, 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 12 e in *Foro it.*, 1982, I, c. 698.

© Wolters Kluwer Italia

dottrina che ha analizzato il *solve et repete* pattizio alla luce dell'art. 1462 c.c. ([135]). Si tratta di tesi che hanno trovato conforto anche nelle motivazioni della citata sent. n. 256 del 1974 con cui la Corte costituzionale ha fugato i dubbi di legittimità del predetto articolo del codice civile ([136]).

Si aprono, a questo punto del discorso, diversi nodi critici da risolvere: il primo concerne il rapporto tra domanda di risoluzione giudiziale ed eccezione di inadempimento; il secondo concerne invece la consueta distinzione di quest'ultima in *exceptio non rite adimpleti contractus* ed in *exceptio inadimpleti contractus*.

Quanto al primo aspetto – ossia al rapporto tra domanda (riconvenzionale) di risoluzione giudiziale e il rimedio dell'autotutela contrattuale consistente nell'eccezione di inadempimento – va notato che entrambi tali rimedi hanno, quale presupposto, l'inadempimento rilevante, ma il primo mira a provocare lo scioglimento del contratto, mentre il secondo, facendo salvo il contratto, consente al debitore di ritardare la propria prestazione, finché la controparte non adempia o non si offra di adempiere la prestazione dovuta (salva l'ipotesi in cui detta prestazione debba essere eseguita successivamente a quella dell'altro contraente) ([137]).

La dottrina avverte che, con riguardo allo strumento di autotutela contrattuale di cui all'art. 1460 c.c., si parla di "eccezione di inadempimento" in omaggio alla tradizione ([138]), anche se, in

---

([135]) AULETTA, *Valore ed efficacia della clausola "*solve et repete*" nei suoi vari tipi*, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, p. 423 ss.; DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 853; *contra*, BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 94 ss.

([136]) Infatti la Corte cost., con sent. n. 256 del 1974, par. 4 delle considerazioni in diritto, ha sostenuto, con riguardo al patto *solve et repete*, che «la sua validità ed efficacia è dunque configurabile solo nei confronti delle eccezioni aventi il loro fondamento nell'inesatto o imperfetto adempimento da parte dell'attore, cioè delle *exceptiones inadimpleti*, e più propriamente *non rite adimpleti contractus*» e quindi non per le *exceptiones adimpleti contractus*.

([137]) In materia si veda, tra tutti, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 588 ss., per il quale l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., che opera stragiudizialmente e rende «legittimo [il] rifiuto di adempiere nelle mani di chi sia, a sua volta, inadempiente», «non va confusa con la domanda riconvenzionale di risoluzione, che si propone in giudizio quando la parte inadempiente si sia rivolta al giudice per ottenere la condanna della controparte all'adempimento: in questo caso la controparte, per sottrarsi all'adempimento, fa valere in via riconvenzionale (art. 36 cod. proc. civ.) l'inadempimento altrui chiedendo al giudice di pronunciare la risoluzione del contratto».

([138]) GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 589.

© Wolters Kluwer Italia

realtà, non è "eccezione" in senso tecnico, ma rimedio stragiudiziale ([139]). Ciò non toglie ovviamente che, di fronte alla richiesta giudiziale di adempimento proposta dall'inadempiente, l'altra parte, che abbia già utilizzato il rimedio di cui all'art. 1460 c.c. in via stragiudiziale, utilizzi poi la facoltà riconosciutale da tale norma anche in giudizio, per paralizzare le avverse richieste di adempimento o, addirittura, quelle volte a far valere la risoluzione giudiziale o stragiudiziale del contratto ([140]).

Ebbene, qualora da parte del soggetto gravato dalla clausola *solve et repete* sia proposta in via riconvenzionale la domanda di risoluzione giudiziale del contratto, va considerato che la clausola medesima si inserisce in un contratto che, non travolto da eccezioni genetiche (nullità, annullabilità, rescissione), si conserva valido ed efficace: sicché – salve le questioni concernenti la vessatorietà della clausola ai sensi degli artt. 1341, comma 2, e 1342, comma 2, c.c. e ai sensi degli artt. 33 ss. c. cons., sopra esaminate – la pattuizione con cui le parti limitano la facoltà di proporre eccezioni non incontra limiti derivanti da eventi che travolgono l'intero contratto. Si tratta di clausola, in tal caso, inserita in contratto valido ed efficace, di cui viene domandato, in sede giudiziale e con sentenza costitutiva, lo scioglimento per inadempimento della parte beneficiaria della clausola limitativa, ma, fino a tale sentenza, la clausola è innestata in un contratto di cui non si discute la validità e che è da considerare, fino alla sentenza costitutiva che ne dichiara lo scioglimento, pienamente efficace. Diversamente dai casi di risoluzione di diritto, qui il contratto, per usare una metafora, è "vivo e vegeto", ancorché se ne domandi lo scioglimento, sicché non c'è un evento estintivo pregresso che impedisca a monte alla controparte di invocare la clausola *solve et repete*. Per usare le parole di Bigliazzi Geri, il contraente beneficiato da tale clausola non è privato della pro-

---

([139]) Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 588.

([140]) S'è chiarito in dottrina che «il rifiuto di adempiere, se legittimo *ex* art. 1460, ha inoltre effetto preclusivo della domanda dell'altro contraente di risoluzione per inadempimento e di risarcimento del danno; impedisce, infine, l'operatività della clausola risolutiva espressa. Il principio è che può avvalersi della risoluzione del contratto, giudiziale o stragiudiziale, solo la parte adempiente; non può invocarla chi è stato, a sua volta, inadempiente ed ha, con il proprio inadempimento, dato causa al comportamento dell'altra parte, che si è legittimamente astenuta dall'eseguire la controprestazione». Così Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 589.

© Wolters Kluwer Italia

pria legittimazione ad usarla, in quanto rimane creditore della pretesa insita nel "*solve*", che la clausola medesima è diretta a rafforzare e realizzare.

Proprio qui, sul terreno dell'adempimento, la clausola è destinata ad operare ed a spiegare tutti i suoi effetti: per espressa volontà delle parti, inclusa quella gravata dal patto in questione, l'invocata risoluzione giudiziale deve attendere, dovendo essere posposto rispetto all'adempimento imposto dal *solve* e, qualora il rimedio risolutorio sia stato felicemente esperito, potrà richiedere la ripetizione dell'indebito (appunto, il *repete*).

A tal riguardo vanno considerati diversi aspetti critici.

Quanto all'economia dei giudizi, va precisato che è lo stesso art. 1462 c.c., per scelta legislativa, che consente l'esperibilità della clausola e il vaglio costituzionale ne ha sugellato la conformità al nostro ordinamento e la sua legittimità quale esercizio dell'autonomia privata. Il meccanismo insito nella clausola *solve et repete*, tuttavia, non impone l'istaurazione di un separato giudizio per ottenere la ripetizione di quanto è stato oggetto di adempimento, così come non impone necessariamente che, di fronte all'uso della clausola, si arrivi ad una sentenza provvisoria di condanna, che faccia salvo il *repete*: per economia processuale, la parte gravata dal patto può adempiere prima o durante il giudizio e ottenere, così, la disamina delle proprie pretese (siano esse eccezioni o azioni, esperite in via diretta o – come nel caso che ora ci occupa – in via riconvenzionale).

Si potrebbe obiettare che la clausola *solve et repete* sia "imposta" dal contraente "forte" (il predisponente le condizioni generali di contratto o il professionista) e pertanto il soggetto che ne è gravato subisce la vessazione altrui, ma tale obiezione non coglierebbe nel segno, dato che, sotto il profilo sistematico, una tutela di tal tenore è già accordata dalla disciplina di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. e, per i consumatori, dagli artt. 33 ss. c. cons.

Altro aspetto critico è stato messo in evidenza dalla dottrina che ha considerato indifferibile la domanda volta ad ottenere in via riconvenzionale la risoluzione giudiziale: l'argomento poggerebbe sulla assimilazione, quanto agli effetti, del rimedio in esame con quello che si avrebbe ricorrendo alla risoluzione di diritto esperita stragiudizialmente ([141]) o, ancora, su una pretesa

([141]) Cfr. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 92.

© Wolters Kluwer Italia

analogia con alcuni dei rimedi esperibili mediante le eccezioni genetiche, quali l'annullamento o la rescissione, che travolgono il contratto solamente a richiesta dell'interessato e con sentenza costitutiva avente effetti *ex tunc* ([142]), lasciando il contratto provvisoriamente efficace fino alla pronuncia del giudice destinata a travolgerlo ([143]). Si tratta, in entrambi i casi, di argomenti che tuttavia non appaiono decisivi e non riescono a sottrarre all'operatività della clausola *solve et repete* la domanda riconvenzionale di risoluzione giudiziale: la formulazione dell'art. 1462, comma 1, c.c. non consente, infatti, di equiparare in via analogica fattispecie profondamente diverse quanto a presupposti applicativi. In particolare, vero è che la risoluzione giudiziale produce gli stessi effetti della risoluzione di diritto avutasi stragiudizialmente, ma solo con quest'ultima – e non con la prima – la clausola perde la propria efficacia prima ancora che il creditore possa invocarla: la risoluzione mediante diffida ad adempiere, clausola risolutiva espressa o termine essenziale – producendosi *ope legis* prima dell'instaurazione della lite con cui viene invocata in via di eccezione dal debitore gravato dalla clausola *solve et repete* per reagire alle avverse richieste di adempimento – fa venir meno il contratto, provocandone lo scioglimento, e, con esso, sia l'inefficacia della clausola, sia le pretese della parte be-

---

([142]) Si veda l'*argumentum a contrario* di MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1260 ss. e, in part., par. 2, per la quale, se si dovesse ravvisare il fondamento dei limiti all'efficacia della clausola risolutiva espressa nella «natura degli effetti che l'accoglimento di dette eccezioni [nullità, annullabilità e rescissione, *n.d.a.*] produrrebbe sul contratto» finirebbe per «seguire questo criterio anche la domanda riconvenzionale diretta alla pronuncia costitutiva di risoluzione per un pregresso ed assorbente inadempimento dell'attore (...) poiché essa, se accolta, condurrebbe, non diversamente dalla rescissione, allo scioglimento del contratto, con effetti retroattivi (art. 1458 comma 1 c.c.), e quindi alla disattivazione del *solve*. Né si vede in che modo sarebbero meno gravi gli effetti della risoluzione rispetto a quelli della rescissione e dell'annullamento per quanto concerne l'eliminazione di un precedente regolamento di interessi».

([143]) Sul punto LUCCHI, *op. cit.*, p. 591 ss. – anch'egli procedendo con un'argomentazione *a contrario* – rimarca che «neppure per l'annullabilità, cui pure non ripugna una limitata e provvisoria efficacia, il codice detta una norma come quella dell'art. 1458, che va riportata appunto alla validità del contratto poi risolto e all'esistenza di un titolo che funge da una causa giustificativa delle attribuzioni patrimoniali ormai avvenute con l'esecuzione delle prestazioni pregresse (...)». L'A. conclude poi osservando che «(...) l'indifferibilità delle eccezioni di nullità, annullabilità, rescissione non implica l'inclusione analogica tra esse di altre eccezioni riconvenzionali, rimaste fuori della limitazione dettata dal legislatore per ragioni non illogiche».

© Wolters Kluwer Italia

neficiata dalla clausola, che non può più invocare il contratto quale titolo per legittimare le proprie richieste di adempimento. Infatti, in caso di condanna provvisoria del debitore all'adempimento, il creditore non avrebbe più il titolo sul piano sostanziale – e dunque neanche l'interesse sul piano processuale – per far valere la propria pretesa creditoria, cessata con lo scioglimento del contratto ormai risoluto di diritto. Altrettanto non accade qualora la risoluzione del contratto venga richiesta giudizialmente, con una sentenza costitutiva: qui il contratto, fino alla pronuncia, è ancora efficace e non c'è ragione per escludere l'operatività della clausola, conformemente a quanto pattuito dalle parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale. Pertanto la clausola *solve et repete* rende differibile la domanda (diretta o esperita in via riconvenzionale) di risoluzione giudiziale dalla parte gravata dalla clausola medesima, che opera sul piano dell'adempimento, senza che vi intervengano elementi ostativi, ravvisabili invece nel caso di risoluzione di diritto, in via stragiudiziale.

Dunque, dall'inidoneità della clausola *solve et repete* a differire le eccezioni di risoluzione *ope legis* del contratto non si può ricavare un'analoga soluzione anche per le riconvenzionali aventi ad oggetto la risoluzione giudiziale: vero è che sempre di risoluzione si tratta, ma l'analogia basata sull'equivalenza degli effetti e sulla medesima categoria giuridica a cui appartiene il differente rimedio solutorio è impedita dalla diversa operatività dei due tipi di risoluzione prevista dal nostro ordinamento giuridico.

Ulteriore rilievo da analizzare concerne il rapporto tra clausola *solve et repete* e le "autodifese contrattuali" di cui agli artt. 1460 e 1461 c.c., con riferimento ai quali accorta dottrina ha lapidariamente rimarcato che «è valida la clausola con la quale le parti rinunciano ad opporre le eccezioni *ex* art. 1460 e 1461 e, in genere, le eccezioni diverse dalle irrinunciabili eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione del contratto (art. 1462, comma 1°). In presenza di una simile clausola, ciascuna delle parti sarà tenuta alla propria prestazione, nonostante l'inadempimento dell'altra o il mutamento delle sue condizioni patrimoniali (...)» ([144]).

([144]) GALGANO, *Il contratto*, 3ª ed. a cura di Zorzi Galgano, Milano, 2020, p. 484.

© Wolters Kluwer Italia

Proprio con riguardo all'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., s'è già ricordato che un consolidato orientamento ha ritenuto di dover distinguere a seconda che ci si trovi di fronte ad una *exceptio inadimpleti contractus* ovvero ad una *exceptio non rite adimpleti contractus*, sostenendo l'indifferibilità del rimedio, al cospetto della clausola limitativa, solamente nel primo caso, ma non nel secondo ([145]). In altre parole, il patto *solve et repete* – secondo tale impostazione – sarebbe destinato ad operare solamente qualora l'eccezione abbia il proprio fondamento in una contestazione di inadempimento non corretto o inesatto della controparte, ma non qualora ci si trovi di fronte ad un inadempimento totale, ovvero in una situazione in cui l'adempimento della parte che invoca il patto manchi del tutto o sia solamente apparente ([146]).

Tale distinzione non convince affatto ed è pertanto non condivisibile, nonostante l'evidenziato sostegno della Corte costituzionale nella citata sent. n. 256 del 1974. Le argomentazioni spese dalla dottrina, che si ritiene di condividere, sono più d'una.

In primo luogo va rilevato che la distinzione tra i due diversi "tipi" di eccezione di inadempimento non trova riscontri nell'art. 1460 c.c., dal momento che tale distinzione non è richiesta per l'esperimento di tale rimedio di autotutela contrattuale ([147]):

([145]) Cfr. l'orientamento dottrinale tradizionale richiamato alla nt. 141, nel presente paragrafo. In giurisprudenza si veda, *ex multis*, Cass., sez. II, 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Vita not.*, 1982, 743: «la disposizione dell'art. 1462, con riferimento all'art. 1460 c.c., deve essere interpretata *secundum rationem iuris* nel senso che il patto *solve e repete* esplica la propria limitata efficacia nel precludere al convenuto soltanto la facoltà di ricorrere alla *exceptio non rite adimpleti contractus*, ma non può paralizzare la *exceptio inadimpleti contractus*».

([146]) Si pensi ad esempio al caso in cui il soggetto gravato della clausola *solve et repete* si trovi di fronte ad un *aliud pro alio* eseguito dalla controparte senza l'accettazione del primo.

([147]) Con riguardo alla distinzione tra *exceptio inadimpleti contractus* ed *exceptio non rite adimpleti contractus* ad alla tesi della indifferibilità della prima pur in presenza della clausola limitativa espressa di cui all'art. 1462 c.c., la posizione dottrinale di BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 94 ss. è netta: «niente, nel testo della norma, fa pensare che così stiano le cose. Sia che il soggetto attivo non esegua la prestazione alla scadenza ed offra un *aliud pro alio*, sia che effettui invece un'offerta parziale od altrimenti inesatta, si è in ogni caso in presenza dell'inadempimento (art. 1218) o, comunque, di quel mancato adempimento che legittima l'altra parte ad opporre il rifiuto *ex* art. 1460».

© Wolters Kluwer Italia

l'articolo al contrario intende riferirsi ad una nozione unitaria di inadempimento, senza classificazioni di sorta ([148]).

L'altro argomento a sostegno di un trattamento differenziato tra *exceptio inadimpleti contractus* ed *exceptio non rite adimpleti contractus* poggia sull'analisi dell'esistenza di un'eventuale pattuizione sulle priorità delle prestazioni: s'è sostenuto che, ove la parte beneficiata dalla clausola *solve et repete* sia tenuta ad adempiere per prima la propria prestazione e rimanga, ciononostante, totalmente inadempiente non può invocare a proprio vantaggio l'operatività della clausola *solve et repete* per differire l'*exceptio inadimpleti contractus*. L'indifferibilità, però, si avrebbe non già per una questione attinente ai limiti di efficacia della clausola limitativa della facoltà di proporre eccezione, ma

---

([148]) A tal proposito si veda, in particolare, BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 94 ss.; nonché A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 132 ss., che, sul punto, così argomenta: «è emersa l'idea che la clausola limitativa non impedisca sempre l'eccezione di inadempimento, bensì blocchi solo quella sua versione meglio nota sotto il nome di *exceptio non rite adimpleti contractus*. L'argomento dedotto (anche dai giudici) a sostegno di questa opinione è il seguente: non è degno di tutela l'interesse di chi, invocando a proprio beneficio la clausola limitativa, pretende l'altrui adempimento pur essendo a sua volta totalmente inadempiente; mentre è meritevole di protezione l'interesse di chi, avendo eseguito (anche se malamente) la prestazione, pretenda in base alla clausola l'incondizionato adempimento di controparte, senza che quest'ultima possa contestare il modo di esecuzione della prestazione. Si tratta, tuttavia, di una distinzione artificiosa e non condivisibile per almeno due ragioni: perché la disposizione non prevede detto limite né autorizza il giudice a (ri)valutare la dignità di un interesse che già il legislatore, attraverso la facoltà autorizzata dall'art. 1462 c.c., ha ritenuto meritevole di protezione e perché la nozione di adempimento è pacificamente ritenuta unitaria e non può essere articolata, se non per meri fini descrittivi, in sottocategorie con diversi trattamenti giuridici. L'eccezione di (totale) inadempimento non è dunque sottratta all'ambito di operatività della clausola limitativa (...)». Sull'unitaria nozione di adempimento l'A. cit. riprende l'impostazione teorica di BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 94 ss. e NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1984, p. 52, entrambi richiamati anche da POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 5, per la quale «Nonostante l'avallo fornito dalla Consulta (C. cost. 12.11.1974, n. 256, cit.) a tale ricostruzione [dell'indifferibilità della sola *exceptio non rite adimpleti contractus*, *n.d.a.*], di diverso avviso appare altra parte della dottrina, specie quella che, accogliendo un'unitaria nozione di inadempimento capace di ricomprendere, accanto al mancato totale inadempimento, anche l'offerta di *aliud pro alio* e l'adempimento parziale o altrimenti inesatto (cfr. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 94, che si richiama all'impostazione di NATOLI, *op. cit.*, p. 52), ha criticato il tentativo di creare artificiose separazioni, provvedendo altresì a precisare meglio i rapporti tra esigibilità della prestazione e termini fissati per l'adempimento (...)».

© Wolters Kluwer Italia

per via della sua stessa inoperatività. Infatti, nei contratti sinallagmatici nei quali la parte beneficiata dalla clausola *solve et repete* è tenuta ad adempiere per prima, la clausola in questione non varrà ad invertire l'ordine delle prestazioni, già pattuite con altre disposizioni contrattuali, sicché – per via dei limiti ontologici sopra analizzati al par. 4.2.2 – la clausola *solve et repete* non potrà operare fin tanto che la prestazione contrattuale del beneficiario non sia stata eseguita ([149]). Diversa è la sorte della clausola qualora le prestazioni debbano essere invece eseguite secondo una diversa priorità: in particolare, quando l'adempimento sia richiesto prima al soggetto gravato dal patto o quando debba avvenire simultaneamente, giacché in tali casi l'operatività della clausola *solve et repete* non incontra alcun limite ontologico alla sua operatività e vale a differire tutte le eccezioni di inadempimento (totale e inesatto) *ex adverso* proposte ([150]).

([149]) La tesi è di DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 852, a cui – sul punto – aderisce anche BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 94 ss. e, ivi, spec. 96, per la quale «intuitivamente differente [è] il caso in cui, fissati termini diversi per l'adempimento, la clausola giochi in favore del contraente tenuto per primo. Nessun dubbio che essa non gli consentirebbe di alterare l'ordine cronologico stabilito: "l'essere uno dei contraenti presidiato dalla clausola" non renderebbe per ciò stesso "*prior in tempore* la prestazione a lui dovuta" (DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 852). Se, quindi, egli, posto di fronte all'attuale necessità di adempiere, chiedesse all'altro l'esecuzione della, al rifiuto oppostogli non potrebbe contrapporre il solve, dal momento che tale rifiuto troverebbe il proprio fondamento non nell'esercizio dell'*exceptio*, ma nella "inattualità" della pretesa da lui fatta valere. Sicché, nella specie, nessuna importanza avrebbe che egli fosse totalmente inadempiente o avesse invece eseguito inesattamente la propria prestazione».

Sembra percorrere tale soluzione anche Cass., sez. II, 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Foro it.*, 1982, I, c. 698, là dove considera la coesistenza della clausola *solve et repete* con quella di pagamento «*a fine lavori*» nell'ambito del contratto di appalto: «il patto *solve et repete* può venire utilizzato dal contraente solo se da parte sua vi sia stato adempimento, pur se irregolare, e non già nel caso di inadempimento in senso stretto; pertanto, ove un contratto di appalto preveda simultaneamente la clausola di pagamento a "*fine lavori*" e il patto *solve et repete*, quest'ultimo potrà essere azionato solo quando i lavori siano realmente ultimati, anche se con vizi o difformità (nella specie, è stata cassata la sentenza di merito che aveva omesso di indagare se i lavori da eseguire dopo un periodo di sospensione fossero destinati esclusivamente all'eliminazione dei vizi o costituissero il compimento della prestazione non eseguita, ritenendo in ogni caso efficace il patto in questione)».

([150]) Cfr., ancora una volta, BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 94 ss., secondo cui «anche in caso di contestualità tra le prestazioni, non è a dire che l'esigibilità dell'una dipenda dall'offerta (o dall'adempimento) dell'altra, sì che si possa anche affermare che, se il soggetto attivo del *solve* non esegua o non offra alla

© Wolters Kluwer Italia

C'è infine un'altra strada da percorrere, se si volesse mantenere ferma la distinzione tra i diversi "gradi" dell'inadempimento, totale o parziale, al cospetto dell'operatività della clausola *solve et repete*, ma non passa per il primo comma dell'art. 1462 c.c., quanto invece per il suo secondo comma, là dove si riconosce al giudice la facoltà di sospendere la condanna per gravi motivi: in altre parole, volendo riportare a sistema le pronunce dell'autorità giudiziaria con cui viene ritenuta indifferibile, dalla clausola *solve et repete*, la sola *exceptio inadimpleti contractus* e non, invece, l'*exceptio non rite adimpleti contractus*, bisognerebbe ammettere che la giurisprudenza abbia inteso ritenere sussistenti, in caso di inadempimento assoluto del soggetto beneficiario della clausola, i gravi motivi che giustificano la sospensione della condanna altrimenti dovuta (salvo il discorso, sopra evidenziato, relativo ai limiti ontologici della clausola in caso di priorità della prestazione dovuta dal beneficiario della clausola medesima).

La lettura delle sentenze denota tuttavia la pretesa, da parte della giurisprudenza, di ricondurre la distinzione nell'ambito del primo comma e non nel secondo comma dell'art. 1462 c.c.: ««La clausola *solve et repete*, di cui all'art. 1462 c.c., volta soprattutto a garantire da eccezioni dilatorie il contraente tenuto

---

scadenza la propria, quella dell'altro contrante risulterebbe tuttora inesigibile ed il rifiuto da lui opposto rappresenterebbe il frutto di tale inesigibilità, non dell'esercizio dell'eccezione di inadempimento, onde l'inoperatività della clausola; mentre, se quello stesso soggetto avesse adempiuto o proceduto all'offerta benché in modo incompleto od altrimenti inesatto, divenuta per ciò stesso esigibile la controprestazione, all'altra parte, che si avvalesse dell'*exceptio non rite adimpleti*, potrebbe essere validamente opposto il *solve*. L'esigibilità della prestazione dipende, infatti, esclusivamente dalla scadenza del termine. Scaduto il quale, per stare al caso considerato, entrambe le prestazioni diventano esigibili e si tratterà, allora, di vedere a quale delle due parti (tenuto conto della natura della prestazione e del *locus solutionis*) spetti l'iniziativa in ordine all'attuazione del rapporto, o quale di esse l'assuma in concreto. Se tale parte, pur chiedendo l'adempimento, non offra o non esegua contemporaneamente ed esattamente la prestazione dovuta, risulterà, per ciò stesso, non adempiente, imputabile o non. Di qui, la facoltà, riconosciuta all'altra, di paralizzare la pretesa, sì da rendere inesigibile la propria prestazione sino a che l'inadempiente non si decida ad adempiere od a regolarizzare la propria prestazione. Facoltà che dovrebbe, pertanto, essere paralizzata dal *solve*, quale che sia stata la irregolarità (inadempimento, inesatto adempimento) che vizia il comportamento del soggetto attivo della clausola».

Tali questioni sono state dibattute ampiamente in dottrina. Si veda ancora (oltre alla dottrina poc'anzi cit.): POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 5; MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1262; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 128.

© Wolters Kluwer Italia

per primo ad adempiere, non ha un'efficacia tale da paralizzare in toto l'*exceptio inadimpleti contractus*, bensì resta correlata all'ambito di operatività della *exceptio non rite adimpleti contractus*, sicché essa non incide sulla possibilità di far valere la mancata esecuzione, totale o parziale, della controprestazione, ma impedisce di opporre solo l'inesatto adempimento, con la conseguente riserva di ogni questione relativa ad una fase successiva alla *solutio*, salva la ricorrenza di gravi motivi idonei a determinare la sospensione della condanna, ai sensi del comma 2 dell'art. 1462 citato» ([151]).

Altro discorso concerne l'altra eccezione di cui all'art. 1461 c.c., esperibile in caso di mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti, «tradizionale vittima predestinata del *solve*» ([152]), nei cui confronti tuttavia occorre chiedersi criticamente se «rientri davvero tra le difese suscettibili di essere paralizzata da esso. Il fatto lesivo sul quale tale eccezione si fonda è infatti costitutivo, giova ricordarlo, da un mutamento delle condizioni economiche del contraente tenuto per secondo, tale da mettere in evidente pericolo il soddisfacimento del credito della parte tenuta per prima e, in prospettiva, l'utile esperimento della procedura esecutiva. Orbene, se tale parte fosse costretta ad eseguire la prestazione dovuta in virtù del solve intimatogli dall'altra, correrebbe il rischio non solo di restare, in un modo o nell'altro, insoddisfatta, ma di non poter neanche recuperare quanto pagato. Alla sicurezza del *solve* per il soggetto attivo della clausola si contrapporrebbe, in danno del soggetto passivo, qualcosa di più della normale incertezza del *repete* e l'effetto-squilibrio che già caratterizza, per sua natura, la clausola in questione, raggiungerebbe un non indifferente grado di tollerabilità» ([153]).

([151]) Così Cass., sez. II, 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 12.

([152]) Così BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 93.

([153]) Ancora, BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 93, la quale aggiunge, con riguardo proprio a tale "intollerabile squilibrio", che «lo si è riconosciuto osservando che mentre, per quanto concerne, ad esempio, l'eccezione di inadempimento, non sarebbe "normalmente posta in dubbio la possibilità della successiva ripetizione (in caso di successivo accertamento dell'inadempimento del contraente, che ha imposto il *solve* in forza della clausola), proprio tale possibilità di recupero" verrebbe messa "in discussione con l'eccezione tratta dall'art. 1461". Ma tale pericolo, anziché sottrarre quest'ultima all'area di incidenza della clausola, dovrebbe tutt'al più rappresentare "una buona ragione (un grave motivo) per disapplicare la clausola" stessa (DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 850, nota 2). Conclu-

© Wolters Kluwer Italia

Si tratta di rilievi critici che oggi possono però dirsi superati dall'avvento della disciplina di derivazione comunitaria in tema di clausole abusive nei contratti con i consumatori, di cui alla dir. 93/13/CEE e relative norme di recepimento, detta proprio per porre un argine al significativo squilibrio gravante sul soggetto normalmente in posizione di debolezza, per via – tra l'altro – di un inadeguato potere negoziale. A riguardo, già di fronte al primo recepimento della direttiva nel codice civile, agli artt. 149 *bis* ss. (la cui disciplina, com'è noto, è poi migrata nel codice del consumo, agli artt. 33 ss.), la dottrina che si è proposta di «verificare se la disciplina dei contratti de consumatore possa offrire all'interprete elementi per la soluzione del problema concernente la capacità preclusiva del *solve* rispetto alla sospensione dell'esecuzione della prestazione in caso di mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente prevista dall'art. 1461 c.c.» ([154]) ha avvertito che «il riferimento normativo al criterio dello squilibrio valutato *ex fide bona* che compare nell'art. 1469 *bis* c.c. [ora art. 33 ss. c. cons., *n.d.a.*] sembrerebbe rafforzare le "ragioni di perplessità" che tale soluzione non riusciva a fugare (BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 93), tanto da rendere più resistente la degradazione dell'ipotesi in esame "da elemento di discernimento sistematico ad oggetto di mero accertamento di fatto" (MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1261)» ([155]).

Va però chiarito che il legislatore è parso consapevole degli squilibri generati dalla clausola *solve et repete* e, sia nel 1942, sia nella legislazione di matrice europea, ha ritenuto sussistenti margini per tutelare l'interesse del creditore al differimento delle eccezioni sinallagmatiche, incluso quella avente ad oggetto il pericolo di mutamento delle condizioni patrimoniali della controparte, significativamente collocata, nella sistematica del codice, nell'articolo immediatamente precedente a quello disciplinante la clausola limitativa della facoltà di proporre eccezioni ([156]).

---

sione che lascia, tuttavia, qualche perplessità, visto che anche l'altrui inadempimento (...) potrebbe costituire, ad alle medesime condizioni, un grave motivo per sospendere la condanna a norma del 2° comma della disposizione in esame. Sicché sfuma la pur affermata maggiore gravità rivestita, nella specie, dal fatto ("insolvenza") che sta alla base dell'eccezione *ex* art. 1461».

([154]) POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 5.

([155]) POLETTI, *voce Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 5.

([156]) Ed infatti, «il dato positivo non consente di estendere le ipotesi di esclusione dell'operatività della clausola al di là di quelle elencate dalla norma

© Wolters Kluwer Italia

Né si ravvisano problemi connessi all'operatività dei limiti ontologici della clausola *solve et repete* nei confronti dell'eccezione di cui all'art. 1461 c.c.: quest'ultima viene invocata dalla parte che sia tenuto ad adempiere per prima e, qualora si tratti del soggetto gravato dalla clausola limitativa, si troverebbe di fronte ad una controparte che, essendo obbligato ad adempiere per ultimo, non incontra ostacoli nell'invocare legittimamente il patto *solve et repete*, portando al differimento dell'eccezione altrimenti esperibile in base alla previsione normativa, qui non più invocabile perché derogata dalle parti in forza dell'autonomia contrattuale.

Sotto altro profilo, sempre con riguardo agli strumenti di autotutela contrattuale, va infine precisato che la clausola *solve et repete* è destinata a differire anche l'eccezione di *ritenzione*, non essendovi ragioni per escludere l'efficacia della clausola limitativa della facoltà di proporre eccezioni, che anche in tal caso opera pur sempre sul piano dell'adempimento ([157]).

4.4. *Clausola* solve et repete *e risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione*

Ulteriori questioni si pongono, con riguardo alla clausola *solve et repete*, di fronte alle altre ipotesi di risoluzione del contratto diversa da quelle fondate sull'inadempimento: la risoluzione per impossibilità sopravvenuta e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione.

La soluzione che viene data a livello interpretativo non è unitaria, anche se si tratta, in entrambi i casi, di rimedi contro le disfunzioni del sinallagma contrattuale.

---

o a queste riconducibili sul piano dei presupposti. Dal fatto che l'applicazione incondizionata del *solve* possa comportare gravi squilibri o irreparabili danni si è dimostrato consapevole il legislatore, il quale ha inteso ovviare a questi inconvenienti introducendo l'ulteriore sbarramento del potere del giudice di sospendere la condanna (...)». Così MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1261.

([157]) Su tale aspetto v. anche POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 5, secondo la quale l'eccezione di ritenzione va ricondotta «al raggio di applicazione del *solve* (...), sebbene si tratti di un rimedio destinato ad operare nei casi in cui non è questione di corrispettività tra prestazioni (ma per l'esistenza di un particolare nesso di reciprocità tra rapporti obbligatori sotteso alla "connessione" che deve esistere tra il credito e la cosa oggetto di ritenzione, BIGLIAZZI GERI, L., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974, 164)».

© Wolters Kluwer Italia

Delle due va infatti considerato che solamente la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione opera *di diritto* ([158]), liberando sia la parte tenuta alla prestazione impossibile (perché *impossibilia nemo tenetur*), sia l'altra parte tenuta alla prestazione ancora possibile, dato che viene a perdersi il collegamento funzionale delle due prestazioni, nell'ambito del contratto sinallagmatico, a tal punto che quest'ultima non trova più la propria giustificazione della controprestazione, divenuta impossibile ([159]).

Deve però trattarsi di impossibilità totale (art. 1463 c.c.) e definitiva della prestazione. In caso di impossibilità parziale, invece, il rimedio previsto dal codice non è quello della risoluzione di diritto del contratto, ma, alternativamente, la riduzione corrispondente della prestazione dovuta dall'altro contraente o il recesso dal contratto, qualora questi ritenga di non avere più un apprezzabile interesse all'adempimento parziale (art. 1464 c.c.). Ciò si riflette sull'operatività della clausola *solve et repete*, che spiega la propria efficacia: l'eccezione sarà differibile, in forza della clausola, qualora la parte tenuta all'adempimento (*solve*) e gravata dal patto in questione, intenda chiedere la riduzione della prestazione a cui è tenuta a fronte della parziale impossibilità dell'altra; logica e buon senso invece richiedono che venga considerata indifferibile l'analoga eccezione fatta

---

([158]) Si veda, per tutti, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 604, il quale, con riguardo alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive, rimarca che «la risoluzione del contratto opera qui *di diritto*: la controparte non ha bisogno, per rifiutare la propria prestazione, di promuovere un giudizio che accerti preliminarmente la legittimità del rifiuto; lo dovrà promuovere, naturalmente, se aveva già eseguito la sua prestazione e l'altra parte si rifiuti di restituirla. Ma, anche in questo caso, non chiederà al giudice di risolvere il contratto, che è già risolto di diritto, bensì solo una sentenza dichiarativa della già avvenuta risoluzione e la restituzione della già eseguita prestazione, da essa non dovuta».

([159]) Infatti, nei contratti sinallagmatici, «l'impossibilità sopravvenuta di una prestazione rende (...) prima di ogni giustificazione la controprestazione. Essa comporta, perciò, la risoluzione del contratto, dal quale l'obbligazione estinta deriva, e comporta, quindi, anche l'estinzione della obbligazione dell'altra parte [Sempre che l'impossibilità non sia a questa addebitabile, bensì alla controparte o a cause oggettive (...)]. Ne consegue che la parte liberata dall'obbligazione per la sopravenuta impossibilità della propria prestazione non può chiedere la controprestazione e, se l'ha già ricevuta, deve restituirla». Così GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 604.

© Wolters Kluwer Italia

valere dal convenuto, qualora sia questi ad essere segnato dall'impossibilità parziale della prestazione, dato che non avrebbe alcun senso – e cozzerebbe contro l'esigenza elementare di economia dei giudizi – la condanna provvisoria del convenuto ad eseguire per intero una prestazione la cui esecuzione sia divenuta non più possibile. Il mancato differimento dell'eccezione, tra l'altro, porterebbe all'instaurazione di più efficienti dinamiche processuali, di cui lo stesso soggetto beneficiato dal patto *solve et repete* potrebbe giovarsi: rendendosi conto dell'impossibilità parziale della prestazione a cui è tenuta la controparte, potrebbe invocare, nel medesimo giudizio, gli altri rimedi che gli sono consentiti *ex lege*, inclusa la richiesta di riduzione della propria prestazione o il recesso dal contratto, *ex* art. 1464 c.c.

Altre precisazioni sono necessarie qualora ci si trovi di fronte all'impossibilità parziale della prestazione dovuta dalla parte beneficiata dalla clausola *solve et repete*: in tale situazione, qualora la controparte, gravata dalla clausola, intendesse far valere non la riduzione della propria prestazione, bensì il recesso dal contratto (*ex* art. 1464 c.c.), occorrerà verificare se il recesso sia avvenuto in epoca precedente all'instaurazione della lite o se invece sia stato esercitato all'interno del giudizio, negli atti processuali con cui si replica alle richieste attoree di adempimento (*solve*).

Nel primo caso il recesso fa venir meno il rapporto contrattuale e pertanto l'avvenuto scioglimento del contratto comporterà la perdita di efficacia della clausola *solve et repete* e, al contempo, il venir meno delle obbligazioni contrattuali: il soggetto a favore del quale la clausola era prevista perderebbe – anche in questo caso – sia la legittimazione sostanziale a far valere la propria pretesa creditoria, che non trova più la sua fonte nel contratto, sia la propria legittimazione processuale, non essendogli riconoscibile l'interesse ad agire per soddisfare una pretesa non più tutelabile.

Nel secondo caso, invece, il recesso che viene fatto valere dal convenuto in sede giudiziale, dopo aver ricevuto la richiesta di adempimento della controparte, richiede l'accertamento giudiziale dei presupposti per il suo esercizio, sicché clausola limitativa di cui all'art. 1462 c.c. troverebbe qui nuovamente margini per la sua operatività, salvo che il giudice, come sarebbe auspicabile, ravvisi i «gravi motivi» per sospendere la condanna, secondo il disposto di cui al secondo comma di tale articolo.

© Wolters Kluwer Italia

Ancora, in caso di impossibilità temporanea (e non definitiva) occorre fare riferimento ai principi del diritto delle obbligazioni, ricordando che, ai sensi dell'art. 1256, comma 2, c.c., «(...) l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato ad eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla». Ove il convenuto, gravato dal patto, intendesse far valere l'estinzione dell'obbligazione in tale specifica ipotesi, che porta alla risoluzione del contratto, la clausola non opererebbe, per le medesime ragioni evidenziate con riguardo all'impossibilità definitiva della prestazione: si avrebbe comunque l'effetto estintivo, *ope legis*, ed il giudice, chiamato a pronunciarsi, emanerebbe una decisione di mero accertamento dell'intervenuta risoluzione.

A fronte della risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, che matura *ope legis*, la clausola limitativa della facoltà di proporre eccezioni non spiega alcun effetto e le ragioni sono analoghe a quelle già viste per i casi di risoluzione stragiudiziale del contratto, anch'esse operanti "di diritto": il contratto si è già sciolto e quindi la clausola *solve et repete*, in essa contenuto, ha già perso la propria efficacia e non può essere dunque invocata per paralizzare le avverse eccezioni o domande riconvenzionali ed, inoltre, la parte a favore della quale era predisposta, stante l'intervenuto scioglimento del contratto, perde la propria legittimazione a far valere la pretesa creditoria verso l'allora debitore. La clausola in questione, dunque, non consente il differimento delle eccezioni e delle domande riconvenzionali *ex adverso* formulate sulla base dell'intervenuta risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, a meno che non si tratti di impossibilità sopravvenuta parziale, inidonea a risolvere *ope legis* il contratto ed a meno che l'impossibilità della prestazione sia da imputare alla parte tenuta alla prestazione divenuta impossibile. Solo in tali casi la clausola *solve et repete* tornerebbe a spiegare i propri effetti, nel senso che si è sopra precisato (v. par. precedente), differendo le avverse eccezioni o domande.

Sulla differibilità delle eccezioni e delle domande basate sulla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, per via dell'operatività della clausola limitativa di cui all'art. 1462 c.c., la dottrina si mostra concorde, seppur con taluni distinguo che intendono tener conto del soggetto a cui

© Wolters Kluwer Italia

si riferisce la prestazione divenuta impossibile (attore o convenuto) ([160]). A mio avviso tale distinzione però non convince, giacché, come precisato sopra, assume rilievo decisivo l'operatività "di diritto" di tale tipo di risoluzione del contratto e l'effetto risolutorio *ope legis* si ha tanto nell'ipotesi in cui l'impossibilità connoti la prestazione della parte beneficiata dalla clausola *solve et repete* (ossia dell'«attore», nella prosa di Dalmartello), quanto nell'ipotesi in cui l'impossibilità della prestazione abbia riguardato la prestazione della parte gravata dalla medesima clausola (dunque, il «convenuto») ([161]).

([160]) Vedasi, ad es., LUCCHI, *op. cit.*, par. 7, per il quale «non rientra nell'ambito della clausola la risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta dall'attore, sia essa proposta come domanda o come eccezione riconvenzionale. Già si è detto che tra le eccezioni differibili rientra quella riguardante l'impossibilità della prestazione del cl convenuto, in quanto essa estingue l'obbligazione. Anche l'impossibilità della prestazione dell'attore estingue, assieme all'obbligazione di quest'ultimo, quella contrapposta del convenuto. Le due obbligazioni infatti trovano reciproca giustificazione nel sinallagma genetico, sicché il venir meno dell'una travolge il sinallagma stesso e dunque anche l'altra: (...) il legislatore consente di paralizzare le sole eccezioni corrispondenti ad una prestazione "dovuta" dal convenuto e non altre, che contestano lo stesso fondamento della pretesa».

Parzialmente diversa è la posizione di DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 850 (e, *ivi*, anche nt. 3), secondo cui tra le eccezioni paralizzabili con la clausola *solve et repete* non rientrerebbe «l'eccezione riconvenzionale di intervenuto scioglimento del contratto, per essere già sopravvenuta l'impossibilità della prestazione dovuta dall'attore», in quanto, secondo l'A. ult. cit., si tratterebbe di «situazione ben diversa da quella (...) [in cui] la fortuita impossibilità (...) [è] riferita all'obbligazione del convenuto e rileva [...] come causa estintiva riflessa – in virtù del sinallagma genetico (...) dell'obbligazione del convenuto». Precisa al riguardo l'A. cit.: «la clausola *solve et repete* non paralizza (...), a nostro avviso, l'eccezione riconvenzionale tratta dal già intervenuto scioglimento del contratto per sopravvenuta impossibilità della prestazione dell'attore, perché (...) non ci troviamo di fronte, in questo caso, a un'eccezione tratta dal comportamento dell'attore sul terreno dell'adempimento (denunciato come mancato o inesatto), ossia dal giovo del sinallagma funzionale, ma ad un'eccezione che ha la sua base nei principi del sinallagma genetico (estranei per definizione al "terreno dell'adempimento"), dal momento che la sopravvenuta fortuita impossibilità della prestazione estingue non solo l'obbligazione divenuta impossibile, ma anche la contrapposta obbligazione e non è configurabile, nemmeno sul piano logico, un adempimento o inadempimento, di un'obbligazione estinta» (*Ibidem*, p. 850 e 851).

([161]) Per i riferimenti alla tesi di Dalmartello v. nt. precedente. In materia si veda anche POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 5, per la quale «il *solve* renderebbe (...) inopponibili (...) le domande riconvenzionali (...) di

© Wolters Kluwer Italia

4.5. *Clausola* solve et repete *e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione*

L'altro tipo di risoluzione, fondata sull'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (art. 1467 c.c.), non opera di diritto, ma su domanda di parte, e l'altro contraente può comunque impedire che venga pronunciata la risoluzione offrendo l'equa modifica delle condizioni contrattuali, ai sensi dell'art. 1467, comma 3, c.c. ([162]).

Queste caratteristiche si riflettono sull'operatività della clausola *solve et repete* di fronte alle eccezioni o domande riconvenzionali che mirino a far valere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, le quali vanno considerate differibili: decisiva è, a tal riguardo, la diversa operatività del meccanismo risolutorio, su domanda di parte e salvo offerta della *reductio ad aequitatem* ([163]).

---

risoluzione per inadempimento e non già per impossibilità sopravvenuta della prestazione, sottratta alla clausola per la sua efficacia estintiva» (senza che emergano distinguo tra l'impossibilità sopravvenuta della prestazione dell'una o dell'altra parte del contratto). In senso adesivo cfr., altresì, A.M. BENDETTI, *op. cit.*, p. 132 e, ivi, anche nota n, 52.

([162]) Chiarisce ancora GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 607, che la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta «riguarda i contratti la cui esecuzione è destinata a protrarsi nel tempo, siano essi contratti a esecuzione differita oppure contratti a esecuzione periodica: può accadere che, nel tempo intercorrente fra il momento della conclusione del contratto e quello della esecuzione di una delle prestazioni, sopraggiungano avvenimenti straordinari e imprevedibili, come un abnorme tasso di inflazione monetaria, per effetto dei quali la prestazione di una delle parti diventi eccessivamente onerosa rispetto al valore della prestazione dell'altra. In questi casi la parte che deve la prestazione diventata eccessivamente onerosa può domandare la risoluzione giudiziale del contratto (art. 1467, comma 1°); e l'altra parte, se vuole evitare la risoluzione, può offrire di modificare equamente le condizioni contrattuali (art. 1467, comma 3°): a seconda dei casi, di ridurre l'ammontare della prestazione diventata eccessivamente onerosa oppure di accrescere l'ammontare della propria prestazione».

([163]) Cfr. LUCCHI, *op. cit.*, par. 7, ove si rimarca che la clausola *solve et repete* «può precludere al convenuto l'eccezione risolutoria di eccessiva onerosità della prestazione: la *reductio ad aequitatem* potrà avvenire al momento in cui le eccezioni riservate saranno esaminate, con una riduzione della prestazione del convenuto e quindi con una parziale restituzione di quanto da lui dato all'attore. Né deve sorprendere la diversa soluzione rispetto a quella accolta per la recessione; questa infatti costituisce pur sempre un'invalidità del contratto e la riduzione ad equità un adeguamento a valori economici "esterni" ai contraenti, "oggettivi", ricavati da indicazioni di mercato; la risoluzione per eccessiva onerosità può invece essere evitata proprio sulla base della validità del contratto, con un adeguamento ai valori economici soggettivi inizialmente sta-

© Wolters Kluwer Italia

4.6. (segue) *La clausola* solve et repete *nei contratti sinallagmatici segnati dalla pandemia da Covid-19*

Le questioni da ultimo analizzate, concernenti l'operatività della clausola *solve et repete* al cospetto dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione e, ancora, dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei contratti sinallagmatici, va oggi indagata anche in altra direzione: quella volta a considerare l'impatto della pandemia da Covid-19 sul contratto e, di riflesso, sulla predetta clausola limitativa della proponibilità di eccezioni.

La pandemia ha segnato i rapporti contrattuali, impedendo totalmente o parzialmente, in diversi casi, l'esecuzione delle prestazioni contrattuali o comportando un rilevante squilibrio funzionale della causa del contratto: si pensi, a mero titolo di esempio, ai contratti di locazione commerciale, aventi ad oggetto locali adibiti all'esercizio di attività in favore del pubblico nei periodi di *lockdown*, imposti per causa di forza maggiore (il provvedimento dell'autorità, quale "*factum principis*", emanato per l'esigenza di salvaguardare l'incolumità pubblica e la salute dei cittadini, di fronte al rapido diffondersi del coronavirus) ([164]).

---

biliti dagli stessi contraenti. Anche qui, insomma, l'eccezione non contesta in radice la pretesa e, mentre la rescissione si basa sulla carenza di corrispettività delle prestazioni e su stati subiettivi risalenti al momento genetico dell'obbligazione, l'eccessiva onerosità viene in rilievo soltanto nella fase esecutiva».

([164]) Su questo tema si veda la lucida ed esaustiva analisi di Zorzi Galgano, *Impatti del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, 1, p. 53 ss.; Alpa, *Note a margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 3, suppl., p. 57 ss.; Gentili, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, in *Jus civile*, 2020, 2, p. 236-246; Bellisario, *Affitto d'azienda,* lockdown *e allocazione del rischio: prime risposte della giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 6, I, p. 1318, ss.; Gabrielli, *"Diritti senza soggetto" e "soggetti senza diritto" nell'epoca della pandemia da Coronavirus*, in *Giur. it.*, 2020, p. 2287 ss.; Sicchiero, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice* ex *art. 1374 c.c.?*, in *Giur. it.*, 2020, 11, p. 2425 ss.; C. Scognamiglio, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corriere giur.*, 2020, 5, p. 581 ss.; Natoli, *L'impatto di covid-19 sui contratti di locazione commerciale*, in *Il caso*, 2020, 30 settembre, p. 1 ss.; dalla Massara, *Gli effetti della pandemia sul regime dei pagamenti*, in *Giur. it.*, 2020, 8-9, p. 1884 ss.; Maugeri, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 4, pp. 1-11; Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia in Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, p. 233 ss., in *giustiziacivile.com*; For-

© Wolters Kluwer Italia

Si discute se sia o meno invocabile il rimedio solutorio a titolo di impossibilità sopravvenuta o di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, ma, anche in caso di risposta positiva, rimarrebbe pur sempre l'inadeguatezza del rimedio demolitorio a fronte dell'esigenza di conservazione del contratto avvertita dalle parti, che ha portato ad esplorare altre strade, *in primis* quella della riduzione della prestazione o della rinegoziazione del contratto.

La riduzione temporanea del canone *iussu iudicis*, su istanza del conduttore nei contratti di locazione commerciali o di affitto segnati dalla pandemia, è stata percorsa dalla giurisprudenza cautelare sul presupposto che il godimento del bene oggetto del contratto sia stato parzialmente e temporaneamente limitato per via dei provvedimenti d'imperio che, per contrastare la pandemia, hanno imposto il *lockdown*, rendendo la prestazione in qualche modo parzialmente e temporaneamente impossibile ([165]). Accorta dottrina ha però rimarcato che si tratta di forzatura interpretativa ([166]), non potendo la fattispecie essere ricon-

---

NASARI, *Sopravvenienze e contratto, dopo il Covid-19: problemi di contenuto e di metodo*, in *Contratto e impresa*, 2020, 4, p. 1661 ss., e soprattutto da p. 1668; PINORI, *Riflessioni sugli effetti dello stato di emergenza da Coronavirus nell'esecuzione dei contratti*, in *Contratto e impresa*, 2020, 3, p. 1193 ss.; nonché, in relazione ad altri ordinamenti, si veda GENICON, *La forza maggiore: alcuni insegnamenti tratti dalla crisi del Covid-19 nel diritto francese dei contratti*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, 1, p. 87 ss. Con riguardo ai contratti internazionali si rinvia, invece, al contributo di CAMPIONE, *Il Covid-19 nei contratti commerciali internazionali tra* Force Majeure, Material Adverse Change/Effect *e* Hardship, in *Contratti*, 2021, 1, p. 75 ss.

([165]) Così, ad es., Trib. Roma, ord. 25 luglio 2020, in *De Jure*.

([166]) ZORZI GALGANO, *Impatti del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, cit., p. 67, ove si precisa che si tratta di "forzatura interpretativa" giustificabile, eventualmente, con riguardo all'impossibilità temporanea della prestazione nei contratti commerciali o per quelli di affitto d'azienda, qualora il bene dato in godimento non possa essere utilizzando in maniera conforme alla destinazione che il bene deve mantenere in forza del contratto e il provvedimento autoritativo di *lockdown* abbia impedito l'uso del bene in relazione a detta destinazione: dunque, per la parte del bene destinato alle vendite al dettaglio o alla fornitura del servizio alla clientela. L'A. evidenzia altresì che, ai sensi dell'art. 1578, comma 1, c.c., il legislatore ha previsto la risoluzione del contratto o la riduzione del corrispettivo, che può essere domandata dal conduttore «se al momento della consegna la cosa locata è affetta da vizi che ne diminuiscono in modo apprezzabile l'idoneità all'uso pattuito, (...) salvo che si tratti di vizi da lui conosciuti o facilmente conoscibili», ma, qui non si ha, a rigore, un «vizio» della cosa locata, bensì l'inidoneità parziale e temporanea della cosa locata per *factum principis*. L'evidente forzatura interpretativa viene tuttavia avallata anche da un certo in-

© Wolters Kluwer Italia

dotta, in senso tecnico, nell'ambito dell'impossibilità sopravvenuta, né nell'ambito dell'eccessiva onerosità delle prestazioni, auspicando un intervento legislativo più deciso in materia, com'è avvenuto nell'ordinamento tedesco e in quello francese ([167]).

Quanto all'incidenza del Covid-19 sull'eccessiva onerosità sopravvenuta, appare convincente la tesi secondo cui la pandemia, così come i provvedimenti di *lockdown*, non alterano il valore delle prestazioni pattuite, che rimangono invariate, sicché non vi sarebbero i presupposti per l'applicazione dei rimedi previsti dal codice civile all'art. 1467 c.c., ossia il rimedio solutorio e, nella direzione della conservazione del contratto, l'offerta di *reductio ad aequitatem* della controparte che, di fronte alla richiesta di risoluzione, intende evitarla riconducendo ad equità il contratto. L'alterazione delle condizioni patrimoniali, dunque "soggettive", derivanti dalla pandemia o dai provvedimenti re-

---

dirizzo della Suprema Corte, che, per fattispecie diverse da quelle qui in esame, ha avuto modo di stabilire che «(...) l'impossibilità sopravenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte (quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore)». Così Cass., 10 luglio 2018, n. 18047, cit. da Zorzi Galgano, *Impatti del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, cit., p. 70, a cui *amplius* si rinvia. Il ricorso all'impossibilità sopravvenuta non è tuttavia generalizzabile, continua ancora l'A. cit., anche perché la «mera *difficultas praestandi* nella corresponsione del canone (...) si per è non integra una sopravvenuta impossibilità oggettiva della prestazione e non libera il debitore» (*Ibidem*, p. 84).

([167]) Così Zorzi Galgano, *Impatti del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, cit., p. 70 s., per la quale «(...) in Germania la legge "per la mitigazione delle conseguenze della pandemia COVID-19 nel diritto civile, fallimentare e della procedura penale" del 27 marzo 2020 ha escluso la risoluzione dei contratti di locazione, nell'ipotesi di mancato pagamento dei canoni dovuti dal 1° aprile al 30 giugno 2020, purché sia provato in modo attendibile il nesso di causalità tra l'inadempimento e gli effetti della pandemia (art. 5). In Francia l'*ordonnance* n° 2020-316 del 25 marzo 2020 ha disposto che, quanto alle locazioni di "locali professionali e commerciali", i conduttori, purché persone fisiche o giuridiche che esercitino un'attività economica, non si considerano responsabili per la mancata corresponsione dei canoni nel periodo compreso tra "il 12 marzo 2020 e la scadenza di due mesi dopo la data di cessazione dello stato di emergenza sanitaria". Anche in pandemia pare preferibile, per mantenere i nervi saldi ed evitare rotture del sistema, che gli interventi in proposito siano per la loro significatività lasciati al legislatore». In materia di veda anche Visentin, *Forza maggiore ed eccessiva onerosità sopravvenuta nel diritto francese, italiano e tedesco*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2020, 1, p. 177 ss.

© Wolters Kluwer Italia

strittivi dell'autorità per la limitazione dei contagi da Covid-19, non paiono riconducibili all'ipotesi dell'eccessiva onerosità sopravvenuta ([168]): una diversa soluzione interpretativa sarebbe in contrasto con il sistema e, invero, andrebbe affidata al legislatore, con un intervento *ad hoc*, com'è avvenuto, ad esempio, in Francia, con riguardo ai contratti di locazione commerciale e ai contratti di affitto d'azienda ([169]).

Non troverebbe spazio, di fronte all'incidenza della pandemia sui contratti, la riduzione ad equità prevista dal nostro art. 1467 c.c., sia perché non è ravvisabile, propriamente e per quanto già detto, l'ipotesi dell'eccessiva onerosità delle prestazioni, sia perché si tratterebbe comunque di rimedio che, come ben chiarito in dottrina, è esperibile solamente a seguito della richiesta di risoluzione del contratto e, pertanto, al cospetto della richiesta del rimedio ablatorio ([170]); ma, come s'è efficacemente sostenuto, di fronte alla crisi pandemica «la risoluzione del contratto appare (...) un rimedio peggiore del male, nel nostro caso la pandemia da Covid-19, perché non aiuta né il singolo vincolo interessato, né su scala più ampia è fattore di ripresa dalla crisi e dalla stagnazione» ([171]).

Altra strada percorsa in dottrina e in giurisprudenza è quella della rinegoziazione del contratto: nel nostro codice non c'è un obbligo esplicito in tal senso, ma la dottrina ([172]) e la Suprema

---

([168]) In tal senso si veda, ancora, ZORZI GALGANO, *Impatti del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, cit., p. 84.

([169]) ZORZI GALGANO, *Impatti del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, cit., p. 71.

([170]) Cfr., in questo senso, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 608, nt. 72; nonché ZORZI GALGANO, *Impatti del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, cit., p. 76: «Non dovrebbe, a rigore, ammettersi al riguardo una generica domanda della parte rivolta al giudice ai fini della determinazione della sua prestazione secondo equità: (...) in quest'ambito il giudice deve limitarsi a decidere se la prestazione offerta dalla parte sia equa, ossia tale da ripristinare l'equilibrio originario del contratto, mentre non si tratta qui di criterio stabilito dal legislatore per adeguare giudizialmente il contenuto del contratto all'evento sopravvenuto (...)».

([171]) ZORZI GALGANO, *Impatti del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, cit., p. 77.

([172]) Sull'obbligo di rinegoziazione del contratto si veda, in materia, il lavoro monografico di MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ma anche GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998, p. 195; nonché SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, p. 776 ss. e, *ivi*, spec. p. 796 ss., il quale ri-

© Wolters Kluwer Italia

Corte di Cassazione ([173]) sono giunti a ravvisarlo comunque facendo uso della clausola di buona fede, che imporrebbe alle parti

---

corda che «l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziare il contenuto dei contratti di durata in presenza del mutamento delle circostanze esterne è stato ricondotto, in estrema sintesi, da un lato al principio di buona fede contrattuale; dall'altro ad un'interpretazione evolutiva della regola contenuta nell'art. 1467 c.c., la quale consentirebbe di configurare il diritto della parte danneggiata dal mutamento delle circostanze esterne, di mantenere in vita il contratto adeguato alla nuova situazione». Si tratta però di obbligo non pacificamente condiviso in dottrina: «Non tutta la letteratura ammette peraltro la configurazione di un tale obbligo, essendosi infatti affermata l'estraneità al nostro ordinamento di poteri di intervento del giudice nel caso di mutamento delle circostanze nella fase esecutiva del contratto». Così prosegue lo stesso Sicchiero, *op. ult. cit.*, p. 797, riferendosi all'impostazione dottrinale autorevolmente sostenuta da P. Rescigno, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in Aa.Vv., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, cit., p. 304-305. In materia di veda anche l'interessante lavoro di Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, 2, p. 667 ss. e, *ivi*, spec. 701 ss.

Con riferimento alla situazione dei contratti incisi dalla crisi pandemica, si rimanda, invece, a Sicchiero, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?*, in *Giur. it.*, 2020, 11, p. 2435 ss., che ritiene di fondare i poteri di intervento del giudice sul contratto non sulla base della buona fede, *ex* art. 1375 c.c., bensì sulla base dell'equità, ai sensi dell'art. 1374 c.c., unitamente all'operatività dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.. Si veda anche Gelli, *Emergenza sanitaria e rinegoziazione dei contratti di locazione commerciale e affitto d'azienda*, in *Contratti*, 2021, 1, p. 27 ss.; Monti, *Il Covid-19 e il revival dell'obbligo di rinegoziazione*, cit., p. 587 ss.; Thobani, *Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare*, in *Corriere giur.*, 2020, 5, p. 631 ss.; G. Trimarchi, *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle "clausole generali"*, in *Contratti*, 2020, 4, p. 433 ss.; Carapezza Figlia, *Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell'attivismo giudiziale nell'emergenza Covid-19*, in *Contratti*, 2020, 6, p. 712 ss.; Macario, *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova giur. civ.*, suppl. n. 3, 2020, p. 80 ss.

([173]) Cfr. Corte di Cassazione, Relazione tematica n. 56, «Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale», Roma, 8 luglio 2020, spt. par. 9, p. 20 ss.

L'indirizzo interpretativo indicato nella cit. relazione valorizza l'orientamento enunciato con significative sentenze concernenti l'obbligo di buona fede nei rapporti contrattuali, tra cui, in particolare, la sentenza n. 20106 del 18 settembre 2009, ove si trova affermato che «l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce (...) un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462). Una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, poi, il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nel-

© Wolters Kluwer Italia

di rimettere in discussione i contenuti economici delle prestazioni, incise dalla pandemia, per verificare la percorribilità di una via che, mediante il nuovo ricorso all'autonomia privata, giunga a definire un nuovo punto di equilibrio nei rapporti intercorrenti tra le parti. Obbligo di rinegoziazione del contratto, tuttavia, non vuol dire necessaria ridefinizione dei contenuti economici fra le prestazioni, né tantomeno attribuzione di poteri di intervento del giudice sul contratto ([174]): manca infatti, nel nostro ordinamento, un mec-

---

l'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. In questa prospettiva, si è pervenuti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi». Così Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2009, p. 1009 ss.; sull'obbligo di buona fede si vedano anche Cass., 5 marzo 2009, n. 5348, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 571; Cass., sez. un., 10 agosto 2012, n. 14374, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 112. Su tale giurisprudenza si veda, anche per un commento critico, MONTI, *Il Covid-19 e il revival dell'obbligo di rinegoziazione*, in *Danno e resp.*, 2020, 5, p. 587 ss. e, *ivi*, spc. p. 590 ss.

([174]) In questo senso si veda, tra tutti, P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, cit., p. 304, il quale ha rimarcato che «nel sistema non si prevedono meccanismi capaci di funzionare in modo automatico o mediati dall'obbligazione a carico dei soggetti: in particolare non è rimesso al giudice un potere di adeguamento del contratto alle mutate circostanze».

A tale impostazione si aggiungere quella di SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., p. 792, che, senza contraddire l'impostazione poc'anzi richiamata, preoccupa di precisare che «diversa potrebbe essere invece la risposta ove si individuasse nella rinegoziazione il meccanismo che consenta di rideterminare dall'esterno il contenuto dei reciproci obblighi ridistribuendo, in definitiva, il peso della modifica della situazione esterna al contratto; in tal caso, infatti, la conservazione del contratto, sia pure adeguato nel contenuto, potrebbe costituire una soluzione alternativa, funzionale al principio di conservazione del rapporto». Le riflessioni di Gianluca Sicchiero sembrano collocarsi nella scia degli interventi di modifica del BGB, avutasi di lì a poco.

La riforma del BGB era entrata in vigore il 1° gennaio 2003 e il novellato § 313, rubricato «*Alterazione del fondamento negoziale*», prevede infatti che «qualora le circostanze poste a fondamento del contratto si siano gravemente modificate successivamente alla sua conclusione, tanto che le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un altro contenuto se avessero previsto una tale modificazione, può essere richiesto un adeguamento del contratto; perché si possa procedere alla revisione è richiesto che il mutamento delle circostanze sia tale che non si possa ragionevolmente imporre ad una parte il mantenimento del contratto invariato, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto e, in particolare della ripartizione contrattuale o le-

© Wolters Kluwer Italia

canismo che attribuisca al giudice, in caso di infruttuoso esperimento della rinegoziazione ([175]), il potere di ridefinire autoritativamente i contenuti economici del contratto, ravvisabile invece in altri ordinamenti nazionali – come la Francia e l'Argentina ([176]) –

---

gale dei rischi. La nuova disciplina si affida alla capacità del giudice di interpretare il contratto e di discernere al suo interno lo schema di ripartizione dei rischi voluto dalle parti (tenuto conto del tipo negoziale e dello specifico contenuto), le circostanze effettivamente rilevanti e quindi l'assetto degli interessi contrattuali». Così MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, 2, p. 539 ss. e, *ivi*, p. 544.

La questione concernente la sussistenza dei poteri di intervento del giudice in relazione agli obblighi di rinegoziazione basati sulla buona fede è controversa e il dibattito non è sopito oggi. Anzi, la pandemia da Covid-19 lo ha riportato nuovamente in auge. Significative risposte sono state tuttavia già tracciate dalla dottrina nei contributi di inizio millennio: «Per la rinegoziazione come per la ripetizione e la rinnovazione si propone la domanda se si tratti solo di una fattispecie empirica o di un istituto giuridico. E anche per essa sembra più corretta la prima risposta. Sussistono però opinioni recenti di segno contrario, intese ad affermare un principio generale di revisione attraverso rinegoziazione del contratto inciso da sopravvenienze, o almeno a collegare alla clausola di rinegoziazione la revisione giudiziale del contratto». Così GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 701, il quale cita la posizione "possibilista" di SICCHIERO, *op. ult. cit.*, p. 775, p. 777 e p. 781.

Pare maggiormente aderente al nostro sistema l'interpretazione che nega poteri di intervento autoritativi del giudice ove non siano espressamente previsti dal legislatore, ad esempio tramite il ricorso all'equità.

([175]) Come rimarcato da ALPA, *Note a margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, cit., p. 63, «il Coronavirus ha messo in evidenza l'insufficienza della disciplina di codice che non prevede l'ipotesi di sospensione degli effetti del contratto per circostanze esterne imprevedibili ed eccezionali e neppure l'obbligo di rinegoziazione in caso di sopravvenienza di circostanze non previste dalle parti che rendono impossibile, o più onerosa, anche temporaneamente, la prestazione. L'obbligo di rinegoziazione è stato previsto dal Governo in un disegno di legge di revisione del codice civile depositato tempo addietro (d.l. 19.3.2019, Atti del Senato, n. 1151), e sarebbe opportuno che si anticipasse almeno l'approvazione della disposizione relativa alla rinegoziazione. Si potrebbe anche pensare ad una soluzione affidata alla mediazione obbligatoria e alla negoziazione tramite i professionisti, includendo i contratti di durata nell'ambito delle materie affidate a questi strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie».

([176]) Con la riforma del *Código civil y comercial de la Nación* argentino del 2014 e con la riforma del *Code civil* francese del 2016-2018 è stata introdotta, in entrambi i sistemi normativi, la disciplina dell'*Imprevisiòn*, con cui si consente l'intervento autoritativo del giudice in caso di infruttuoso esperimento del tentativo di rinegoziazione dei contenuti del contratto, qualora nei contratti sinallagmatici di durata vi sia stato un significativo mutamento sopravvenuto delle circostanze, tale da alterare l'originario equilibrio stabilito dalle parti in occasione del perfezionamento del contratto.

© Wolters Kluwer Italia

e, prima ancora, nei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali ([177]).

La rinegoziazione imposta ai contraenti dal principio di buona fede nei rapporti contrattuali esige, in particolare, che siano veicolate proposte ed eventuali controproposte, connotate dal carattere della serietà e della ragionevolezza (ovvero, che non appaiano fatte solo formalmente, ma con l'intenzione di indurre l'altra parte a non accettare la proposta di modifica del contratto), ma non v'è poi l'obbligo di addivenire necessariamente ad un nuovo accordo, né può intervenire il giudice di imperio per sostituirsi alle parti, ove il tentativo di rinegoziazione del contratto non sortisse l'effetto sperato. Basti pensare che la proposta di modifica al codice civile, in tema di eccessiva onerosità, avanzata dall'Associazione Civilisti Italiani, mira ad introdurre un art. 1468 *bis* c.c. che imponga formalmente l'obbligo di rinegoziazione tra le parti contraenti, ma senza attribuzione di poteri modificativi al giudice e ciò per preservare fino in fondo l'autonomia contrattuale delle parti ([178]).

Le riflessioni che precedono mettono in risalto il tentativo, da un lato, di ricondurre le vicende contrattuali segnate dalla crisi pandemica agli istituti già esaminati *supra* dell'eccessiva onerosità sopravvenuta e dell'impossibilità sopravvenuta o ancora, in altre direzioni, ai rimedi della rinegoziazione ad opera delle parti, mediante il ricorso al canone di buona fede nell'esecuzione del contratto, *ex* art. 1375 c.c., o ancora all'intervento del giudice mediante ricorso all'equità di cui all'art. 1374 c.c.

Rimanendo aderenti al tema che costituisce oggetto della

([177]) Si veda, sull'interpretazione dei Principi Unidroit al cospetto della crisi pandemica da *coronavirus*, il documento dell'Unidroit intitolato «*Note of the Unidroit Secretariat on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Covid-19 Health Crisis*» del 15 luglio 2020, diffuso a scopo di pubblica discussione. In materia cfr. ZORZI GALGANO, *Impatti del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, cit., p. 78 ss.; nonché CAMPIONE, *Il Covid-19 nei contratti commerciali internazionali tra* Force Majeure, Material Adverse Change/Effect *e* Hardship, cit., p. 75 ss.; mentre sulla clausola di *hardship* nei principi Unidroit cfr. ALPA, *La clausola di* hardship, in ALPA e ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, p. 344 ss.

([178]) Cfr. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020, 1 ss.; GENTILI, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, in *Jus civile*, 2020, 2, p. 236 ss.

© Wolters Kluwer Italia

presente ricerca e, dunque, rinviando alla letteratura sopra richiamata per gli approfondimenti ulteriori sui rimedi contrattuali per fronteggiare la crisi pandemica, occorre qui soffermarsi sulle questioni concernenti la sorte della clausola *solve et repete* nei contratti di durata su cui le misure anti-Covid-19 hanno prodotto ripercussioni sul piano dell'adempimento delle prestazioni e, più in generale, sul sinallagma contrattuale.

Là dove le questioni, sul piano interpretativo, vengano allocate nella sfera dell'impossibilità sopravvenuta o dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, le soluzioni sull'efficacia della clausola limitativa di cui all'art. 1462 c.c. in ordine alla differibilità delle eccezioni e delle domande riconvenzionali *ex adverso* proposte non possono che consistere in quelle già delineate nei due paragrafi che precedono, ferma restando l'applicazione del secondo comma dell'art. 1462 c.c., che consente al giudice di ravvisare la sussistenza dei giusti motivi per sospendere la condanna.

In altre parole, di fronte all'incidenza della pandemia e dei provvedimenti restrittivi che l'autorità ha disposto per contenere i contagi, attraverso una valutazione da farsi in relazione al caso concreto, il giudice può fare uso delle facoltà accordatigli dal legislatore con la norma da ultimo citata per eliminare le conseguenze negative che altrimenti discenderebbero dalla rigida applicazione della clausola *solve et repete* nei rapporti contrattuali qualora le vicende contrattuali fossero gestite unicamente sul piano dell'impossibilità (solitamente parziale o temporanea) della prestazione e dell'eccessiva onerosità. La gravità della situazione pandemica e la rilevanza dell'impatto che i provvedimenti restrittivi hanno sui rapporti contrattuali in essere (soprattutto locazioni commerciali e affitti), porta a ritenere non difficoltoso il ricorso al secondo comma dell'art. 1462 c.c., in ordine al quale, tuttavia, occorre evitare l'applicazione di qualsivoglia automatismo.

La crisi ed i menzionati provvedimenti restrittivi dell'autorità potrebbero incidere, infatti, su entrambi i contraenti, in relazione al contratto di volta in volta considerato e della specifica situazione concreta che si ha innanzi, sicché il giudice, nell'applicare la predetta disposizione, non può sottrarsi ad una valutazione oculata, che tenga conto dell'effettiva situazione in cui versi ciascuna delle parti del contratto.

Rimane da indagare *quid iuris* ove il contratto nei cui confronti viene invocato l'obbligo di rinegoziazione del contratto

© Wolters Kluwer Italia

(in base al criterio della buona fede) o l'intervento autoritativo del giudice (ai sensi dell'art. 1374 c.c., in base all'equità), sia assistito dalla clausola *solve et repete*.

V'è qui da osservare che il criterio di buona fede e quello dell'equità devono tener conto di cui sia stata utilizzata l'autonomia contrattuale: l'art. 1462, comma 1, c.c., rafforzato dall'interpretazione della Corte costituzionale con la nota sentenza n. 256 del 1974, conferma la legittimità della clausola *solve et repete*, quale espressione del corretto esercizio dell'autonomia contrattuale, sicché la clausola va comunque considerata ai fini della valutazione della buona fede contrattuale e dell'equità ([179]).

Sotto quest'ultimo profilo, si noti, è stato rilevato che «un'eventuale clausola che regoli la sopravvenienza non potrà essere sterilizzata dall'intervento equitativo del giudice» ([180]). La clausola *solve et repete* non ha, è vero, l'intento specifico di regolare direttamente la sopravvenienza, ma mi sembra sia comunque destinata a differire le questioni relative all'equità dello scambio, proprio qualora siano suscettibili di incidere sull'equilibrio delle prestazioni. In linea di principio, quindi, non ci sarebbe ragione per dubitare dell'operatività della clausola *solve et repete*, salvo che il giudice non ritenga di percorrere la strada aperta dal secondo comma dell'art. 1462 c.c. e, quindi, argomentare per la sussistenza dei gravi motivi volti a sospendere la condanna all'esecuzione dell'intera prestazione (*solve*).

Analogo discorso è da fari con riguardo all'obbligo di buona fede: non v'è alcun contrasto con essa se, anche al cospetto dei provvedimenti restrittivi che hanno inciso sull'equilibrio dello scambio, si differisse all'esecuzione dell'intera prestazione

---

([179]) Nel tracciare il tratto distintivo tra l'una e l'altra, SICCHIERO, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice* ex *art. 1374 c.c.?*, cit., p. 2438, ha rimarcato che «la regola della buona fede si rivolge alle parti (salvo, in parte, l'art. 1366 c.c.) e prescrive loro un comportamento adeguato, di cui non indica i confini ma che dalla produzione giurisprudenziale si può riassumere nel divieto di opportunismo, di contraddire il fatto proprio, di approfittare delle difficoltà temporanee per ottenere qualcosa di non pattuito e così via. L'equità contiene invece in sé la potenzialità per fungere da rimedio agli eventi che non dipendono dal comportamento delle parti, rispetto ai quali il codice od il regolamento contrattuale non apprestino una soluzione specifica, appunto perché l'art. 1374 c.c. indica l'equità come fonte integrativa ''in mancanza'' di regole specifiche».

([180]) SICCHIERO, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice* ex *art. 1374 c.c.?*, cit., p. 2438.

© Wolters Kluwer Italia

l'analisi dei rilievi che il debitore, gravato dal patto, intendesse proporre innanzi al giudice in relazione all'emergenza sanitaria, dato che è lo stesso legislatore, mediante l'art. 1462 c.c. (avallato dall'interpretazione della Corte cost. avutasi con sent. n. 256 del 1974), a permettere il differimento pattizio di ogni questione concernente l'alterazione del sinallagma contrattuale (e che tuttavia non comporti la risoluzione *ope legis* del contratto). Si tratta pur sempre di assetto non definitivo dei rapporti: la clausola limitativa della proponibilità delle eccezioni, com'è noto, impone il "*solve*", ma fa salvo il "*repete*", sicché opera differendo temporalmente il definito assetto degli interessi, che non vengono pregiudicati dall'efficacia della clausola in questione.

Anche in questo caso, tuttavia, il giudice potrebbe fare ricorso al secondo comma, qualora ritenga sussistenti i «giusti motivi» per sospendere la condanna, evitando che una rigida applicazione dell'art. 1462 c.c. possa essere di eccessivo pregiudizio per la parte gravata dalla clausola.

Come può ben notarsi, qui la flessibilità del sistema è garantita dalla previsione normativa dianzi richiamata, che consente al giudice di intervenire efficacemente nelle dinamiche contrattuali, ancorando l'intervento al concreto atteggiarsi della fattispecie sottoposta al proprio esame.

5. La sospensione della condanna per «*giusti motivi*» *ex* art. 1462, comma 2, c.c., giustizia contrattuale e limiti alla clausola *solve et repete* derivanti dalla Costituzione

5.1. *La clausola* solve et repete *e i* «giusti motivi» *che postano alla sospensione della condanna ai sensi dell'art. 1462, comma 2, c.c.: l'intervento del giudice nel contratto tra vecchi e nuovi orientamenti*

La prospettiva dianzi tracciata mette in luce la strategia del legislatore codicistico di fronte ai dubbi sulla liceità – e poi anche sulla legittimità – della norma che avevano travagliato la clausola *solve et repete*. Il rischio che quest'ultima potesse essere utilizzata (i) in contrasto con la buona fede nei rapporti contrattuali o (ii) abusando del diritto che la fonte contrattuale ha consegnato nelle mani del soggetto favorito dalla clausola o, ancora, (iii) in contrasto con ragioni di equità o di giustizia contrattuale, ha indotto il legislatore ad affidare al giudice poteri di intervento volti a paralizzare l'efficacia della clausola *solve et re-*

© Wolters Kluwer Italia

pete qualora, dall'analisi della fattispecie concreta, emergessero «gravi motivi», valutabili con ampi margini di discrezionalità.

Più precisamente, il secondo comma dell'art. 1462 c.c. stabilisce che, «nei casi in cui la clausola è efficace, il giudice, se riconosce che concorrono gravi motivi, può tuttavia sospendere la condanna, imponendo, se del caso, una cauzione».

Non si tratta ovviamente di «sospensione» in senso tecnico-processuale ([181]), ma di *disapplicazione* discrezionale della clausola da parte del giudice ([182]).

La portata innovativa e dirompente di tale disposizione, che attribuisce ampi poteri di intervento del giudice sul contratto, limitativi dell'autonomia privata, in presenza di «gravi motivi», è stata per lo più sminuita in fase di prima interpretazione della norma ([183]). Ciò, da un lato, è dipeso dagli interessi della dottrina degli anni quaranta del secolo scorso e dei decenni successivi, che ha orientato parte del dibattito sulla natura processuale o sostanziale della clausola, più che sulla portata innovativa della disposizione ([184]); dall'altro lato, anziché estrarre autonoma forza

---

([181]) Chiarissime, a tal riguardo, le precisazioni di DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 860 s., ove rimarca che «è chiaro che non si tratta di una "sospensione" in senso tecnico: oltre a tutto in senso tecnico, la sospensione può riferirsi al processo (...) o alla esecuzione, anche provvisoria (...), non alla condanna. La relazione al Codice chiarisce in che senso si sia qui usato il termine "sospensione" (Relazione al Codice Civile, n. 662). Non si è voluto parlare di "rigetto" della domanda di condanna, perché l'esame delle eccezioni, cui il giudice si dispone ("sospendendo" la condanna e rifiutando con ciò di riservare quelle eccezioni ad un successivo esame), non potrà ancora condurre alla pronuncia della condanna stessa. Si è parlato di "sospensione" della condanna nel senso di decisione "di rinviare la pronuncia sulla domanda" (di condanna): con la possibilità, evidentemente, di una futura pronunzia sia positiva, che negativa in ordine alla richiesta condanna. Ragion per cui non appare nemmeno esatto leggere "rinvio" al posto di "sospensione" della condanna, perché è ovvio che l'esame integrazione del merito della causa potrà condurre anche al finale rigetto della domanda di condanna».

([182]) Sempre DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 861, chiarisce dunque che «la verità è (...) che la "sospensione" della condanna di cui è menzione nel capoverso dell'articolo 1462 C. Civ. significa disapplicazione della clausola: ossia rigetto della domanda fondata sulla clausola stessa e impostazione del processo per il completo esame del merito, così come se la clausola non esistesse». Sul punto di veda anche POLETTI, voce *Solve et repete* (clausola del), cit., p. 6 ss., che a «*La disapplicazione giudiziale in presenza di "gravi motivi"*» dedica l'intero par. 4.2.

([183]) Cfr. POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 6.

([184]) In questo senso si veda la ricostruzione di POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 6, nella parte in cui rimarca che l'«importanza del

© Wolters Kluwer Italia

normativa dalla disposizione di cui al comma in esame, la dottrina e la giurisprudenza dell'epoca sono rimaste influenzate dagli indirizzi giurisprudenziali e dottrinali sulla clausola *solve et repete* maturati sotto la vigenza del codice del 1865, sicché hanno finito per interpretare i «gravi motivi» alla stregua degli indirizzi tradizionali, che negavano efficacia al patto di fronte all'*exceptio doli* ovvero in presenza di un uso della clausola con dolo o in malafede o in contrasto con la buona fede ([185]), con "indebita sovrapposizione" di piani e concetti che andrebbero tenuti ben distinti ([186]).

---

capoverso dell'art. 1462 c.c. è stata a lungo sminuita nelle trattazioni sull'argomento che hanno seguito l'entrata in vigore dell0attuale codice, poiché la sua rilevanza ha esclusivamente alimentato l'antico dibattito concernente la natura sostanziale o processuale del matto: nella previsione della condanna si è infatti voluto ravvisare l'esplicito riconoscimento di un'efficacia della clausola nella seconda direzione»

([185]) Ancora oggi la dottrina si richiama alla violazione della buona fede ed all'*exceptio doli*. Si veda ad es. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 992, secondo cui il potere di sospensione della condanna per gravi motivi, di cui all'art. 1462, comma 2, c.c., è «regola [che] evoca il principio di buona fede, consentendo a giudice di disapplicare la clausola (e così dare via libera all'eccezione che paralizza la pretesa) quando ne deriverebbero risultati irragionevoli e scorretti, ad es. per la palese fondatezza dell'eccezione», con la precisazione è «lo stesso principio che – sotto veste di *exceptio doli* – consente di disapplicare la clausola "a prima richiesta" del contatto autonomo di garanzia (anch'essa, in definitiva, meccanismo per sospendere la proponibilità di eccezioni [...])». Si tratta di indirizzo interpretativo che si pone in continuità con quello vigente sotto l'egida del previgente codice civile. Infatti, ricorda ancora POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 6 e 7, «nel segno di una continuità con l'elaborazione che aveva preceduto l'adozione del nuovo codice, si è poi individuato nell'ampio potere discrezionale del giudice la traduzione in sede legislativa di un limite all'efficacia del batto già noto alla giurisprudenza: il comportamento doloso del beneficiario della clausola (Cass., 27.6.1939, n. 2219, in Foro it., 1939, I, 1558). In tale direzione sembrava d'altra parte incamminarsi l'art. 260, 2° co., del Progetto Ministeriale, ai sensi del quale la clausola non poteva avere effetto se "fatta valere con dolo o malafede", e il riferimento al "comportamento malizioso del contraente" che intendeva giovarsi della clausola come circostanza rivelatrice di un'applicazione di essa contrastante con la buona fede compariva assai di frequente nelle prime decisioni in materia (Cass., 6.6.1942, n. 1570, in *Foro it.*, 1942, I, 960; Cass., 6.2.1947, n. 133, *ivi*, 1947, I, 280)». Si veda anche, a tal riguardo, l'ampia ricostruzione operata, nel presente volume, nel capitolo I.

([186]) Che il retaggio della tradizione abbia finito per influenzare l'interpretazione dell'art. 1462, comma 2, c.c. facendo individuare i «gravi motivi» nella contrarietà a buona fede soggettiva, anziché a quella oggettiva (correttezza), si veda BIGLIAZZI GERI, *Brevi note sui «gravi motivi» di cui al 2° comma dell'art. 1462 del codice civile*, in ID., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 767 ss.

© Wolters Kluwer Italia

Del resto, anche la Relazione al codice civile ha finito per influenzare l'interpretazione della portata applicativa del secondo comma dell'art. 1462 c.c., collocando il discorso sul piano della rilevanza probatoria degli elementi addotti a sostegno delle eccezioni del convenuto, gravato dalla clausola, sul presupposto che la stessa mirasse a contenere le sue eccezioni dilatorie ([187]): sicché, ove le eccezioni avessero un solido fondamento, s'è ritenuto, anche in tempi più recenti, che il giudice possa intervenire ai sensi del comma 2, per sospendere l'efficacia della clausola limitativa ([188]). Anche questi orientamenti, tuttavia, appaiono

---

e, ivi, spec. p. 769, cit. anche da POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 7, la quale rimarca che s'è così palesato il «conseguente rischio di indebita sovrapposizione di piani, se non di inquinamento tra i due concetti». In altro scritto, BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 103, rimarca che «il generico riferimento ai "gravi motivi" evoca, infatti, immediatamente, il criterio (buona fede *ex* art. 1175 e 1375 cod. civ.) in base al quale procedere alla loro identificazione ed all'apprezzamento, caso per caso, della loro concreta rilevanza nelle circostanze che caratterizzano la situazione data e tenendo conto degli opposti interessi. Non basterebbe, allora, la probabile esistenza dell'inadempimento o, sempre ad esempio, di un sopravvenuto dissesto patrimoniale o una prova semipiena della fondatezza dell'eccezione a paralizzare il solve, se tali fatti non mettessero anche in evidenza, nel singolo caso, la non conformità a buona fede del comportamento del suo autore; così come non basterebbe la probabile la probabile (o addirittura certa) inesistenza di tali fatti (e, dunque, la probabile o addirittura certa, se valutata alla stregua dello *strictum jus*, infondatezza della difesa proposta) ad escludere, come altrimenti si dovrebbe, la sospensione della condanna (...)».

([187]) La Relazione al codice civile, con riguardo ai «gravi motivi» di cui all'art. 1462, comma 2, c.c., ritiene infatti che vadano ravvisati sul piano probatorio, ove l'eccezione che la clausola intende limitare non fosse da ritenersi dilatoria, ma fondata su elementi di prova di pronta soluzione. Sicché, la sospensione della condanna dovrà avvenire da parte del giudice qualora accerti che l'eccezione proposta dal soggetto gravato dal patto *solve et repete* «present[i] elementi di fondatezza, che vi sia addirittura una prova semipiena e che sia possibile una pronta indagine (...)», altrimenti la clausola limitativa farebbe «rivestire il contratto di una forza giuridica superiore al titolo cambiario, contro il quale, nonostante il rigore della relativa materia, sono opponibili le eccezioni personali di non lunga indagine (...». Sul tenore della Relazione al codice civile, con riguardo ai «gravi motivi», si veda anche POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 7.

([188]) Si veda, a tal riguardo, l'indirizzo interpretativo fatto proprio da C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5. La responsabilità*, Milano, 2012, p. 386, il quale – ancorché con riguardo al discorso generale sull'efficacia della clausola di fronte alle eccezioni di inadempimento o di inesatto adempimento – ritiene che «ciò che rileva, piuttosto, è se l'eccezione abbia n no carattere dilatorio, se cioè essa sia basata su prove "liquide", ossia certe e documentali, invece su prove che richiedono un accertamento complesso Nel primo caso (eccezione basata su prove liquide) il ricorso alla clausola di previo pagamento è contrario

© Wolters Kluwer Italia

come un omaggio alla (e talvolta anche un retaggio della) tradizione, che, nell'esaltare la funzione originaria del *solve et repete* pattizio, hanno finito per non cogliere appieno la portata innovativa del secondo comma ([189]). Tale disposizione, al di là dell'intento di attribuire rilevanza all'*exceptio doli*, alla liquidità della prova ed al canone della correttezza contrattuale – pur inscrivibili nella norma in esame – sembra consegnare all'intervento discrezionale del giudice ulteriori margini di operatività, che ben possono essere letti anche nella direzione del divieto di abuso del diritto, ma anche della giustizia contrattuale e dell'equità ([190]).

5.2. (segue) *I «gravi motivi» di cui all'art. 1462, comma 2, c.c. nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

Di tali aspetti, a ben guardare, ve ne è ampia traccia nella già citata sent. n. 256 del 1974, con cui la Corte costituzionale respingeva la questione di legittimità costituzionale sollevata av-

---

a buona fede perché aggrava la posizione del debitore senza soddisfare un apprezzabile interesse del creditore né, in particolare, l'interesse, tutelato dalla clausola, di evitare pretestuosi ritardi da parte del debitore».

([189]) La dottrina ha messo in evidenza come la portata applicativa dell'art. 1462, comma 2, c.c. sarebbe stata utile anche per anticipare quelle esigenze di tutela del contraente debole che sono state fatte poi proprie dal legislatore comunitario con l'emanazione della normativa in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori. Vedasi ad es., in tal senso, Poletti, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 7: «(...) l'incomprensione del profondo significato innovatore dell'attribuzione al giudice di un potere di penetrante controllo con cui vagliare un patto già passato indenne dalla formale verifica di efficacia *ex* art. 1462, 1° co. ed eventualmente, se debitamente sottoscritto, anche *ex* art. 134 c.c. (...) ha probabilmente influito sulla mancata eco delle proposte di impiego in via analogica di essa, specie riguardo ai contratti del consumatore (...), nonostante la tecnica utilizzata dal legislatore – la disapplicazione giudiziale di una clausola valida – potesse ritenersi più di altre (ed, in specie, del drastico e meno flessibile rimedio della nullità) congeniale alle finalità perseguite».

([190]) Ancora una volta si richiama il pregevole lavoro di Poletti, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 7, che, a tal riguardo, felicemente evidenzia: «Sebbene la giurisprudenza non sia riuscita a trarre dalla norma, sul piano pratico, tutte le sue rilevanti implicazioni, alla sussistenza dei "gravi motivi" è stata generalmente riconosciuta, dagli stessi giudici, la funzione di rimedio idoneo a reprimere le ipotesi di sostanziale *abuso del patto* (l'introduzione di uno strumento atto a "piegare e rendere duttile, secondo le varie esigenze dei singoli casi concreti ... quella clausola che, per l'ipotesi di una sua incondizionata efficacia, fu detta ferrea e potrebbe secondo i casi essere anche *iniqua*" erta già auspicato da Greco, *op. cit.*, p. 163) ».

© Wolters Kluwer Italia

verso l'art. 1462 c.c. per asserita violazione degli artt. 3 e 24 Cost. Il giudice delle leggi ha avuto modo di rimarcare, *ivi*, che «gli argomenti addotti dalle ordinanze di rinvio, circa la pretesa violazione del principio di eguaglianza in relazione alla differente potenza di fatto o di forza economica delle parti contraenti, si rivelano non pertinenti, in quanto le preoccupazioni del tribunale di Milano circa la situazione di inferiorità del contraente meno abbiente di fronte a quello più facoltoso sono eliminate dalla considerazione dell'*ampiezza del potere* discrezionale che il legislatore ha *attribuito al giudice* con il secondo comma dello stesso art. 1462. Qualora riconosca la sussistenza di *gravi motivi*, il giudice può sempre sospendere la condanna, con o senza cauzione, nonostante la esistenza della clausola limitativa della proponibilità di eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta» ([191]). Chiarisce a tal riguardo la Corte, significativamente, che «con questa disposizione *il legislatore ha compiuto tutto quanto poteva per evitare che l'applicazione di tale clausola abbia mai a determinare effetti abnormi, iniqui, o gravemente lesivi della situazione di diritto o di fatto del contraente* convenuto per l'adempimento: il giudice, nella libera valutazione del singolo caso concreto, potrà financo *escludere l'applicazione della clausola*, con una prudente *decisione equitativa*, prescindendo da ogni *rigor iuris* nell'apprezzamento della effettiva realtà del rapporto e della gravità delle rispettive inadempienze. Anche sotto quest'ultimo profilo risulta confermata la infondatezza della questione di costituzionalità sollevata dal tribunale di Milano» ([192]).

5.3. *Giustizia contrattuale e «gravi motivi», tra buona fede, divieto di abuso del diritto e giustizia contrattuale. Dall'*exceptio inadimpleti contractus *alla disapplicazione giudiziale della clausola* solve et repete *al tempo del Covid-19*

A parte i richiami ai «gravi motivi» contemplati nella citata sentenza della Corte costituzionale, la giurisprudenza che s'è occupata della clausola *solve et repete*, invero, mostra di non fare

([191]) C. cost., sent. n. 256 del 1974, par. 6 delle considerazioni in diritto
([192]) C. cost., sent. n. 256 del 1974, par. 6 delle considerazioni in diritto

© Wolters Kluwer Italia

applicazione del comma 2 dell'art. 1462 c.c., sicché non è riscontrabile una casistica a tal riguardo ([193]).

Ciò sembra dipeso da un certo appiattimento verso categorie tralatizie, che ha finito, da un lato, per adottare schemi argomentativi utilizzati sotto l'egida del codice previgente, ma che non appaiono in linea con il sistema attuale, sicché, per evidenti errori di impostazione, si finisce per disapplicare la clausola *solve et repete* ai sensi dell'art. 1462, comma 1, c.c., in omaggio a classificazioni sulla gradazione dell'inadempimento che non trovano adeguata corrispondenza nel nostro codice, quando in realtà, sotto il profilo metodologico, sarebbe più corretto ragionare in termini di disapplicazione giudiziale della clausola per «gravi motivi» ai sensi del comma 2.

Così, la giurisprudenza ha insistito erroneamente e tralatiziamente sulla distinzione tra *exceptio inadimpleti contractus* ed *exceptio non rite adimpleti contractus*, ritenendo differibile la prima ma non la seconda, in applicabile dell'art. 1462, comma 1, c.c.: l'errore è evidente perché, come già rimarcato *supra*, la distinzione non trova giustificazione alcuna nel nostro sistema giuridico ([194]), sicché un trattamento differenziato tra le due eccezioni non può che fondarsi sul potere discrezionale del giudice di sospendere l'efficacia della clausola *solve et repete* per «gravi motivi», ravvisabili nell'iniquità della situazione in cui verrebbe a trovarsi il soggetto gravato dal patto ([195]).

([193]) Leccese, *La clausola solve et repete*, cit., p. 207. L'osservazione ivi riportata è ancora attuale.

([194]) C.M. Bianca, *Diritto civile, 5. La responsabilità*, cit., p. 386, per il quale «la distinzione tra eccezione di totale inadempimento ed eccezione di inesatto adempimento appare tuttavia difficilmente giustificabile, posto che il convenuto esercita comunque un rimedio contro l'inadempimento». Si veda anche A.M. Bendetti, *op. cit.*, p. 133, che insiste sull'artificiosità della distinzione, ritenendola non condivisibile, per le ragioni già illustrare, compreso quella che fa leva sull'unitarietà della nozione di inadempimento nel nostro sistema giuridico (v., *supra*, par. 4.3 e, *ivi*, spec. nt. 148, nel presente capitolo).

([195]) Si veda ad es. Cass., sez. II, 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Rass. giur. Enel*, 1982, p. 351 e in *De jure*, che lascia al di fuori dei «gravi motivi» di cui al comma 2 la disapplicazione della clausola in questione di fronte all'eccezione di inadempimento: «la clausola *solve et repete*, di cui all'art. 1462 c.c., volta soprattutto a garantire da eccezioni dilatorie il contraente tenuto per primo ad adempiere, non ha un'efficacia tale da paralizzare *in toto* l'*exceptio inadimpleti contractus*, bensì resta correlata all'ambito di operatività della *exceptio non rite adimpleti contractus*, sicché essa non incide sulla possibilità di far valere la mancata esecuzione, totale o parziale, della controprestazione, ma impedisce di

© Wolters Kluwer Italia

La Cassazione, con un'argomentazione non condivisibile, disapplica automaticamente la clausola nel caso cui si sia di fronte all'eccezione di inadempimento, senza considerare che, come ben chiarito in dottrina – e tra tutti si vedano le pagine di Francesco Galgano ([196]) – la clausola limitativa di cui all'art. 1462 c.c. è in realtà applicabile, sul piano sistematico, tanto con riguardo all'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., quanto con riguardo al mutamento sopravvenuto delle condizioni patrimoniali dei contraenti di cui all'art. 1461 c.c., sicché la sua disapplicazione giudiziale potrebbe avvenire, in tali ipotesi come in altre, solamente qualora siano rinvenuti dal giudice – nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame – quei «gravi motivi» menzionati nel comma 2 dello stesso art. 1462 c.c.

Infatti, ricorda efficacemente Galgano, «in presenza di una simile clausola, ciascuna delle parti sarà tenuta alla propria prestazione, *nonostante l'inadempimento dell'altra o il mutamento delle sue condizioni patrimoniali*. Tuttavia, il giudice può, ricorrendo gravi motivi, sospendere la condanna e imporre, se del caso, una cauzione (art. 1462, comma 2°)» ([197]).

Non basta, dunque, l'inadempimento totale del contraente beneficiato dalla clausola e tenuto ad adempiere per primo, per sospendere *ex se*, l'operatività della pattizia limitazione della facoltà di proporre eccezioni, né è sufficiente il solo mutamento delle condizioni patrimoniali, perché il legislatore, avendo già facoltizzato l'apposizione della clausola, ha già ritenuto meritevole di protezione – con l'avallo della Corte costituzionale (sent. n. 256 del 1974, cit.) – l'interesse perseguito da tale atteggiarsi dell'autonomia privata.

Sicché i gravi motivi vanno indagati in altra direzione.

Per un verso, come suggerito da Bigliazzi Geri, può essere riconosciuta rilevanza alla violazione della buona fede oggettiva e, dunque, della correttezza, in presenza dei predetti presupposti (inadempimento totale del contraente beneficiato dal pat-

---

opporre solo l'inesatto adempimento, con la conseguente riserva di ogni questione relativa ad una fase successiva alla *solutio*, salva la ricorrenza di *gravi motivi* idonei a determinare la sospensione della condanna, ai sensi del comma 2 dell'art. 1462 cit.».

([196]) GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 592, ove si rimarca che «È valida la clausola con la quale le parti rinunciano ad opporre le eccezioni *ex* art. 1460 e 1461 e, in genere, le eccezioni diverse dalle irrinunciabili eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione del contratto (art. 1462, comma 1°)».

([197]) GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 592.

© Wolters Kluwer Italia

to, tenuto ad adempiere per primo o mutamento delle condizioni contrattuali delle parti) o di altri (come ad esempio la prontezza della prova) ([198]). Verrebbero assorbiti in tale ambito anche le questioni che vengono fatte valere con l'*exceptio doli* e che si traducano in *comportamenti*, posti in essere dal soggetto avvito della clausola, contrastanti contro il criterio di correttezza nei rapporti contrattuali ([199]). Sicché, con riguardo a tali profili, «se ne dovrebbe dedurre che i "gravi" motivi cui la norma allude non costituiscono elementi suscettibili di essere identificati ed apprezzati a priori (se non nei limiti di una prima, ma esauriente né decisiva enucleazione di alcuni dei fatti che possono *concorrere* a fondarli), in quanto destinati ad emergere in concreto sulla base di una valutazione *ex fide bona* di ogni circostanza capace di evidenziarli e di farne apprezzare la reale consistenza e, dunque, di un giudizio aperto ad ogni possibile soluzione» ([200]).

La dimensione della buona fede oggettiva, però, non può ritenersi esaustiva o quantomeno – a seconda delle impostazioni – deve essere interpretata estensivamente fino a ricomprendere anche altre direzioni: i «gravi motivi» di cui all'art. 1462, comma 2, c.c. devono essere interpretati estendendo sia al divieto di *abuso del diritto* ([201]) sia alla *giustizia con-*

([198]) Bigliazzi Geri, *op. cit.*, p. 103 e s.

([199]) Bigliazzi Geri, *op. cit.*, p. 104. In tema di *exceptio doli* si veda anche Alpa, *Trattato di diritto civile, I. Storia, fonti, interpretazioni*, Milano, 2000, p. 375: «si discute se sia ammissibile ancor oggi un rimedio concesso dal diritto romano a chi intendeva contrapporsi ad una richiesta fatta in mala fede dall'avversario, eccependone il dolo (*exceptio doli*). In altri termini, di fronte all'esercizio di un diritto che perviene a pretese abusive, il danneggiato potrebbe in giudizio paralizzare la pretesa adducendone l'intenzione dolosa. Poiché il codice non fa menzione di questo rimedio, si ritiene dai più che esso non abbia cittadinanza nel nostro ordinamento; qualcuno fa però osservare he esiste un principio generale con il quale si vogliono garantire i cittadini da pretese pretestuose di altri, anche se mascherate dall'esercizio del diritto; in questo senso, si potrebbe ricorrere all'*exceptio doli* in tutti i casi in cui le clausole generali prescrivono un comportamento corretto che colui che accampa la pretesa non ha rispettato». In questo senso la rilevanza dell'*exceptio doli*, dunque, finisce per tradursi nel rispetto della clausola generale di correttezza o buona fede (oggettiva).

([200]) Bigliazzi Geri, *op. cit.*, p. 104.

([201]) In tema di abuso del diritto la letteratura è molto vasta. *Ex multis* si vedano P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011, 2, p. 311 ss.; Alpa, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi ri-*

© Wolters Kluwer Italia

trattuale ([202]) la portata applicativa del potere discrezionale del giudice ivi menzionato.

Quanto al divieto di abuso del diritto, v'è chi lo riconduce alla buona fede oggettiva e chi invece intende dare ad esso autonoma rilevanza, cogliendo un aspetto diverso, quale scostamento dallo scopo o dalla funzione attribuita dall'ordinamento giuridico ([203]) e non, dunque, obbligo di curare anche gli interessi di

---

flessi negli ordinamenti degli Stati membri, in *Contratto e impresa*, 2015, 2, p. 245-261; N. LIPARI, *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 191 ss.; i singoli contributi presenti nel volume collettaneo *L'abuso del diritto*, a cura di Visentini, cit., 2016; i singoli contributi presenti nel volume collettaneo *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di Pagliantini, cit., 2010; *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, a cura di D'Amico e Pagliantini, cit., 2015; nonché LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, cit., 2011. Per un'analisi del tema con riguardo all'ordinamento francese si veda, invece, BOUDOT, *La giustizia contrattuale in Francia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 3, p. 635 ss.

([202]) Anche la letteratura sulla giustizia contrattuale è vasta. Si segnalano, in particolare, GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2005, 2, p. 509 ss.; nonché ALPA, *La giustizia contrattuale*, in ID., *Il contratto in generale. Principi e problemi*, Milano, 2014, p. 336 ss. Si vedano anche i contributi di NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ.*, 2020, 2, p. 243 ss.; CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 2, p. 345 ss.; D'AMICO, *"Giustizia contrattuale" nella prospettiva del civilista*, in *Diritti lavori mercati*, 2017, 2, p. 253 ss.; PIRAINO, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2015, 2, p. 233 ss.; SCARANO, *Riflessioni sulla giustizia contrattuale fra redistribuzione sociale ed efficienza economica*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 1, p. 61 ss.; R. MESSINETTI, *Il "falso" problema normativo della giustizia contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 4, p. 615 ss.; PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel* Draft Common Frame of Reference *del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 6, II, p. 669; ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 4, p. 599 ss. Tra i contributi monografici si vedano invece MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, Milano, 2017; nonché, in prospettiva storiografica, CHIODI, *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra otto e novecento*, Milano, 2009.

([203]) D'AMICO, *Recesso* ad nutum*, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 5 ss. e 11 ss.; ma anche RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, cit., p. 341 ss., secondo cui, nello «scrutinare l'esercizio del diritto, appare incombente il rischio di etichettare con il nomen dell'abuso vicende che già trovano collocazione e sanzione in altre regole. Conviene evitare questo esito: aggiungere un ulteriore arnese all'officina del giurista, avallando costruzioni concettuali superflue, serve solo ad alimentare la confusione [è questa la critica rivolta alla categoria dell'abuso da SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in ALPA, GRAZIADEI, MAT-

© Wolters Kluwer Italia

controparte, quale espressione del più generico principio di solidarietà sociale. C'è tuttavia chi, operando una sintesi tra le opposte posizioni, ha autorevolmente osservato che in realtà non c'è incompatibilità tra buona fede e divieto di abuso del diritto, dato che la violazione del canone di corretta o buona fede oggettiva finisce per tradursi anche nella deviazione dallo scopo per cui il diritto è previsto ([204]).

TEI, MONATERI e SACCO, *Il diritto soggettivo*, in "Trattato di diritto civile", diretto da Sacco, Torino, 2001, *passim*. Cfr. in questo senso anche SALVI, voce *Abuso del diritto*, in "Enc. giur.", I, Roma, 1988, 5; GENTILI, *A proposito de "Il diritto soggettivo"*, in "Riv. dir. civ.", 2004, II, 367 e PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in "Riv. crit. dir. priv.", 2004, 57 e 59-6], sempre che questa operazione non celi l'intento – più o meno consapevole – di veicolare criteri di valutazione che hanno il loro fondamento non nelle rationes inferibili dal dato normativo, ma in opzioni valoriali dell'interprete». Restivo annota, ancora, che «il problema (...) non è dire cosa l'abuso del diritto sia, ma cosa convenga individuare con questa formula (meglio: quale criterio di valutazione dell'agire privato si intende evocare con essa). Ora, delle due vicende sopra individuate – lo sviamento dell'interesse e la valutazione comparativa con un interesse contrapposto – la seconda trova già forma giuridica, nella materia contrattuale, nella regola di buona fede (...). Emerge dunque un dato: l'operazione logica cui la regola di buona fede pone capo consiste nel bilanciamento tra due contrapposti interessi. È pertanto inopportuno ascrivere all'abuso del diritto una vicenda, quella della sproporzione tra l'utilità perseguita dall'agente e il pregiudizio arrecato, che già trova la sua collocazione nel raggio di azione della regola di buona fede, in quanto riconducibile allo schema della valutazione comparativa di due interessi. Vicenda diversa, che a questo punto conviene qualificare come abusiva, è invece lo sviamento dell'interesse» (RESTIVO, *op. cit.*, p. 344-347).

([204]) Così GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit., p. 318 e 319: «il canone della buona fede è costantemente posto dalla giurisprudenza a fondamento della repressione dell'abuso del diritto, e tanto nella materia contrattuale, per la quale è legislativamente formulato, quanto fuori da questa, come fu nella sentenza sull'abuso del diritto di proprietà. Lo si considera un principio generale del diritto, in quanto tale suscettibile di universale applicazione. Un commentatore ha però voluto mettere in discussione anche il nesso fra canone della buona fede e abuso del diritto, ed ha, restrittivamente, riferito la buona fede alle modalità di esercizio del diritto, mentre l'abuso del diritto attiene allo scopo per il quale il diritto è esercitato. La prima, dunque, non potrebbe essere posta a fondamento della repressione del secondo, che questo autore circoscrive ai casi espressamente previsti dalla legge (come nel caso della minaccia di far valere un di ritto). Ma domando se possa dirsi censurabile, alla stregua della buona e della mala fede, l'anomala modalità di esercizio del diritto, e tuttavia concedere immunità da censura, se non repressa dalla legge, ad una ben più grave ipotesi, qual è l'esercizio del diritto che risulti preordinato ad uno scopo anomalo. Ma c'è davvero una differenza? Forse che l'esercizio "arbitrario" del diritto, censurato come modalità anomala, non tocca lo scopo per il quale il diritto è utilizzato?».

© Wolters Kluwer Italia

Si tratta di aspetto che è ben colto dalla giurisprudenza della Cassazione, là dove è giunta ad affermare, con sent. n. 20106 del 2009, che «criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto (...). L'abuso del diritto, quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore. E` ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede» ([205]). La Corte, con la medesima sentenza, analizzando l'evoluzione dell'ordinamento, ha quindi concluso che «oggi, i principii della buona fede oggettiva, e dell'abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali (...) e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principii si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti. Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso. In questo caso il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determinerà il suo abusivo esercizio» ([206]).

([205]) Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *De Jure.*

([206]) Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, cit., ove viene altresì chiarito che «come conseguenze di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva. E nella formula della mancanza di tutela, sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti – ed i diritti connessi – attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata». La Cassazione precisa poi che si deve quindi «(...) ritenere ormai acclarato che anche il principio dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione, con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata, e valutare le condotte che, nell'ambito della formazione ed esecuzione degli stessi, le parti contrattuali adottano».

© Wolters Kluwer Italia

La portata generale del divieto di abuso del diritto, nelle riflessioni della dottrina, è per la verità ancora discussa e non v'è unanimità di vedute: trova però sicura applicazione qualora venga collocata all'interno di una specifica previsione normativa in cui possa avere rilievo o con riguardo a specifiche fattispecie di volta in volta considerate ([207]). L'abuso del diritto può dunque essere invocato, nella direzione tracciata dalla sentenza della Cassazione sopra citata, anche in relazione ai «*giusti motivi*» di cui all'art. 1462, comma 2, c.c.

È qui che entra nuovamente in rilievo la sentenza più volte richiamata della Corte costituzionale (sent. n. 256 del 1974), perché in essa è stata individuata, in rapporto all'art. 1462 c.c., la «*precisa giustificazione*» della clausola limitativa, volte ad attribuire al beneficiario un peculiare potere contrattuale, il cui esercizio potrebbe, nella fattispecie concreta, presentarsi come "abusivo": la Consulta ha ivi ribadito che la clausola in questione «è diretta ad assicurare la parte normalmente tenuta ad eseguire per prima la propria prestazione, circa il puntuale adempimento della prestazione corrispettiva della controprestazione, differito nel tempo». Essa, precisa ancora la Corte costituzionale, «trova infatti normale applicazione nei contratti di compravendita, di somministrazione e di locazione immobiliare, nei quali siano accordate una o più dilazioni per il pagamento del prezzo o stabiliti termini successivi per il pagamento delle singole somministrazioni, ovvero pattuito il regolare pagamento del canone secondo una determinata periodicità; ed ha precisamente lo *scopo* di garantire il venditore o fornitore, che ha consegnato la merce, e il locatore, che ha immesso il conduttore nel godimento della cosa locata, contro pretestuose eccezioni dilato-

([207]) Si rimanda, per tale impostazione, alle osservazioni di Alpa, *Trattato di diritto civile, I. Storia, fonti, interpretazioni*, cit., p. 374, secondo cui «l'orientamento ormai prevalente è quello di considerare il problema dell'abuso del diritto come problema di natura teorica e di rilievo esclusivamente teorico; i casi in cui l'abuso può esser considerato vietato sono riportati perciò alle singole fattispecie che di volta in volta si considerano, come il licenziamento per giusta causa o per giusti motivi, come la nullità del contratto per motivo illecito, gli atti di emulazione (art. 833 c.c.). Nei rari casi in cui la giurisprudenza ammette l'esistenza di un abuso, fa ricorso o alle clausole generali di correttezza e buona fede, oppure alla clausola dell'ingiustizia del danno (art. 2043 c.c.); la conseguenza è infatti il risarcimento del danno a chi ha sofferto l'abuso».

© Wolters Kluwer Italia

rie o defatigatorie, intese a ritardare l'adempimento del corrispettivo pattuito e dovuto».

Ne discende che, nei contatti sinallagmatici, la clausola è disapplicabile per «gravi motivi», anche sotto l'aspetto dell'abuso del diritto, qualora il contraente che se ne avvalga non abbia previamente adempiuto o sia stato gravemente inadempiente, svilendo lo scopo per il quale gli viene accordato pattiziamente il diritto di paralizzare le avverse eccezioni.

Sempre sotto il profilo del divieto di abuso del diritto collegata con lo scopo per il quale il diritto viene esercitato, ove si la funzione del diritto garantito dalla clausola, di limitare la proponibilità delle avverse eccezioni, venisse ravvisato nel proteggersi da eccezioni meramente dilatorie e pretestuose, si avrebbe un'ulteriore limitazione della clausola *solve et repete*, in quanto, a discrezione del giudice, potrebbero essere ravvisati i «gravi motivi» per sospendere la clausola, ai sensi del comma 2, qualora le eccezioni della controparte, tenuta all'adempimento, fossero fondate su prova liquida, di pronta soluzione o semipiena (ossia, tutt'altro che pretestuose e dilatorie).

Al di fuori di ogni automatismo, in tali casi sarà il giudice a valutare secondo un approccio casistico, in base a quel potere discrezionale, ma non arbitrario, che gli attribuisce la norma in esame.

Ancora, altra direzione in cui può essere esplorata l'applicazione del comma 2 riguarda il tema della *giustizia contrattuale*. I «gravi motivi» – che possono essere usati dal giudice per sospendere la condanna e, dunque, per disapplicare discrezionalmente la clausola *solve et repete* – sono infatti indagabili anche per ristabilire condizioni di "*equità*", in situazioni da valutare caso per caso, in relazione alle circostanze. Tra queste va segnalata, oggi, la peculiare situazione in cui si potrebbero venire a trovare i contraenti in relazione all'evolversi della pandemia da Covid-19.

Occorre però una precisazione: si fa riferimento tanto all'equità "integrativa", quanto a quella "correttiva", che consente al giudice di intervenire per correggere le pattuizioni delle parti, ma non nel senso di un riequilibrio economico delle prestazioni. Qui l'intervento correttivo del giudice, ammesso dall'art. 1462, comma 2, c.c. a correzione delle determinazioni assunte dall'autonomia contrattuale delle parti, è volto a rendere inefficace la clausola in sé, per rendere proponibili le eccezioni e le domande riconvenzionali ad opera del soggetto che è gravato dalla clauso-

© Wolters Kluwer Italia

la medesima. Si tratta dunque di un'equità, sorretta da gravi motivi, che non incide direttamente sull'equilibrio delle prestazioni economiche, ma sul ripristino della facoltà di proporre immediate eccezioni e domande riconvenzionali. È dunque un'equità che trascende il piano della valutazione economica relativa alla congruità delle prestazioni ([208]), per riaffermare un certo senso di "giustizia" nei rapporti contrattuali, volto a valorizzare la persona dei contraenti, entro una determinata cornice assiologica data dai principi fondamentali dell'ordinamento ([209]). Come ricorda Nicolò Lipari, nelle sue eleganti pagine «*Intorno alla "giustizia" del contratto*» ([210]), «se si vuol tuttavia oggi correttamente impostare il rapporto tra libertà delle parti e giustizia del contratto mi sembra si debba radicalmente superare l'assunto secondo il quale il contratto è giusto in quanto risulti frutto dell'esercizio della libertà delle parti» ([211]).

L'equità può avere diverse accezioni e nell'epoca attuale,

([208]) Del resto, la "giustizia contrattuale" quale "equità dello scambio", sul piano economico, è parso giustamente un "falso problema normativo", perché alla forza normalizzatrice del mercato, affermatasi nella prassi, non ha corrisposto un'autonoma rilevanza dell'equilibrio dello scambio sul piano della qualificazione giuridica. In tal senso si veda R. Messinetti, *Il "falso" problema normativo della giustizia contrattuale*, cit., p. 615 ss. la quale poi, a p. 628, rimarca che lo squilibrio voluto dalle parti nell'ambio del legittimo ricorso all'autonomia contrattuale, è dunque voluto dal diritto, purché non sia il risultato dell'abuso.

([209]) È di Einaudi, *La prima ragione fondamentale dell'intervento dello Stato. Lezioni di politica sociale*, Torino, 1975, par. 27, così come cit. da N. Lipari, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Napoli, 1996, ripubblicato successivamente in N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 245, l'affermazione secondo cui «il mercato, se lasciato a sé stesso, conduce inesorabilmente a risultati di ingiustizia» (N. Lipari, *op. cit.,* p. 245), sicché spetta al diritto, di fronte alla tendenziale antigiuridicità degli effetti generati dal libero mercato, ricondurre quest'ultimo verso un risultato di giustizia (N. Lipari, *op. cit.,* p. 245). Si tratta di prospettiva che il legislatore europeo, attento alle dinamiche di mercato, ha mostrato di saper cogliere facendo registrare una «funzionalizzazione dell'autonomia contrattuale» e una «riscoperta dell'attitudine del contratto a promuovere anche valori della persona nel quadro di quella progressiva evoluzione dell'Unione europea dalla sua genesi mercantilistica ad una più ampia visione assiologica, l'unica capace di dare ordine ad una società sempre più complessa, multietnica e multiculturale» (N. Lipari, *op. cit.,* p. 254).

([210]) N. Lipari, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Napoli, 1996, ripubblicato successivamente in N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 235 ss.,

([211]) N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 245.

© Wolters Kluwer Italia

segnata da una progressiva erosione del modello causale, le funzioni di un controllo sull'autonomia contrattuale va organizzata anche in altre direzioni ([212]), tenendo conto sia della perdita di centralità dell'ordinamento statale al cospetto della globalizzazione (in cui un ruolo predominante è invece assunto dal contratto) ([213]), sia dalla progressiva costituzionalizzazione che ha interessato il diritto civile ([214]).

In questa direzione l'equità è aderenza al senso di giustizia contrattuale, valutata non già nel senso dell'equilibrio economico-patrimoniale dello scambio, quanto nel senso della tutela di interessi che l'ordinamento considera meritevoli di tutela nell'ambito delle vicende contrattuali, sulla base di una cornice valoriale che ha il proprio radicamento nei principi costituzionali ([215]). Tra questi v'è anche la dignità umana, che, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost., è un limite evidente all'autonomia privata.

([212]) NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 422 ss.

([213]) Cfr. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 919 ss.; nonché N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 246, il quale rileva che, diversamente da quanto avvenuto in epoca precedente, ora, con la «globalizzazione, il rapporto si è capovolto, implicando un gigantesco trasferimento di funzioni dagli Stati ai mercati e quindi, in altri termini, dalla legge ai contratti. Questo implica necessariamente una trasformazione anche dei rapporti tra il contratto e il principio della giustizia commutativa: il difetto di giustizia del contratto diventa un problema che non si esaurisce nel rapporto interno tra le parti, ma produce esternalità negative che, propagandosi in un contesto più ampio, pregiudicano una più ampia platea di interessi. È ovvio che, in un'ottica di questo tipo, colpire il contratto ingiusto significa non tanto proteggere la vittima dell'ingiustizia, ma anche salvaguardare un "bene" di carattere generale».

([214]) Cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 260: «La progressiva costituzionalizzazione del diritto civile, che tende oggi a ricavare le norme dai principi – e non viceversa, come sempre si era ritenuto in passato –, ha accentuato la tendenza a leggere la vicenda applicativa del contratto secondo paradigmi non necessariamente riconducibili ai modi in cui la manifestazione di autonomia si è espressa».

([215]) Per la necessità di ravvisare un quadro teorico di riferimento per la nozione di giustizia che si prende a base del nostro discorso si rimanda a PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 705 ss. e, *ivi*, spc. p. 706 e nota n. 5: «Le ragioni di giustizia non possono essere invocate in astratto, ma solo all'interno di una teoria della giustizia». Si veda anche BRECCIA, *Che cosa è "giusto" nella prospettiva del diritto privato?*, in *Immagini del diritto privato, I. Teoria generale, fonti, diritti*, a cura di Breccia, Torino, 2013, p. 285 ss.

© Wolters Kluwer Italia

Il principio di dignità umana, tuttavia, richiede l'intervento del giudice per essere direttamente applicato nei rapporti tra privati (*Drittwirkung*) ([216]), sicché potrebbe ben invocarsi, a tal fine, l'art. 1462, comma 2, c.c.: gli ampi poteri discrezionali di intervento per la disapplicazione della clausola *solve et repete*, in presenza di «gravi motivi», andrebbero ravvisati dunque, secondo l'impostazione qui proposta, non solo qualora si rinvenisse, nella fattispecie concreta, la contrarietà alla buona fede oggettiva o l'abuso del diritto, ma anche qualora si sia in presenza di esigenze volte a salvaguardare i principi costituzionali, *in primis* quello di dignità umana, nell'ambito delle relazioni contrattuali e, in periodo di pandemia, il ruolo della dignità nei contratti ha già richiamato l'interesse della dottrina italiana e straniera ([217]).

Le difficili situazioni con cui cittadini e imprenditori si sono dovuti confrontare al tempo del Covi-19, a seguito delle restrizioni imposte dai provvedimenti autoritativi volti a contenere il contagio pandemico, sono sotto gli occhi di tutti e hanno una forte incidenza anche sui rapporti contrattuali. La stessa pandemia, che ha colpito pesantemente sulla salute, sulla capacità reddituale, sulla libertà personale, ha spesso messo a dura prova i contraenti, in particolare nei contratti di durata; e ove tali contratti contemplino una clausola *solve et repete*, il giudice, al quale viene chiesto di pronunciarsi sulle eccezioni o sulle domande riconvenzionali differibili per effetto di essa, è chiamato a valutare la disapplicazione discrezionale della clausola medesima.

L'incidenza della pandemia in sé sui rapporti contrattuali e,

---

([216]) Sull'applicazione diretta dei diritti fondamentali tra privati, ad opera del giudice, cfr. Alpa, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, 1, p. 5 ss.; Alpa, *I diritti fondamentali e la loro efficacia "diretta"*, in *Rass. forense*, 2005, 3-4, p. 761 ss.; nonché l'intero volume *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, a cura di Alpa e Conte, Torino, 2018.

([217]) Sul rapporto tra dignità umana e coronavirus, nell'ambito delle dinamiche contrattuali, si vedano, in particolare, Baldini, *Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 2, p. 165-176 (soprattutto con riferimento all'ordinamento tedesco); Fracchia, *Coronavirus, dignità umana e contratti pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2020, 3, p. 1559; ma anche Caravita, *I valori europei all'epoca del "Coronavirus"*, in *federalismi.it*, 2020, 19/5, p. 430-437

© Wolters Kluwer Italia

in particolare, dei provvedimenti restrittivi dell'autorità nei contratti di durata, indipendentemente dalla buona fede contrattuale e dal divieto di abuso del diritto, può dunque essere valutata dal giudice per ravvisare, sul piano dell'equità e della giustizia contrattuale, quei «gravi motivi» richiesti per la disapplicazione giudiziale della clausola *solve et repete*, rendendo immediatamente esaminabili eccezioni e domande riconvenzionali, che, altrimenti, sarebbero destinate ad essere valutate solo subordinatamente al previo adempimento del soggetto gravato dalla clausola medesima (*solve*) ([218]).

Si scorge tuttavia, al cospetto dei gravi motivi di cui all'art 1462, comma 2, c.c. ed ai poteri discrezionali di intervento del giudice, l'emersione del limite costituzionale all'autonomia privata, ravvisabile nella dignità umana, *ex* art. 41, comma 2, Cost., su cui ha tanto insistito anche Luigi Mengoni ([219]).

5.4. (segue) *Il limite costituzionale della dignità umana: una rilettura dell'art. 1462, comma 2, c.c. in termini di giustizia contrattuale. Dall'*homo dignus *al* paciscens dignus

In tempo di pandemia, interpretare i «gravi motivi» di cui all'art. 1462, comma 2, c.c. in aderenza al senso di giustizia contrattuale e di equità, a prescindere dall'esistenza di situazioni incidenti sulla buona fede oggettiva o sull'abuso del diritto, vale a garantire, nei rapporti contrattuali, l'affermazione del principio di solidarietà sociale e di dignità umana presidiati dalla Costituzione italiana (artt. 2 e 41, comma 2, Cost.) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 1 Carta dei dir. fond. UE).

Equità e giustizia contrattuale non sono qui intesi come aderenza al mercato, equilibrio economico tra le prestazioni, rispet-

---

([218]) Come già visto nel paragrafi precedenti, infatti, l'applicazione delle disposizioni di stretto diritto imporrebbe che le eccezioni fondate sul mutamento delle condizioni economiche dei paciscenti, esperibili ai sensi dell'art. 1461 c.c., siano normalmente differibili dalla clausola limitativa, così come l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. Allo stesso modo, risulterebbero differibili anche altre eccezioni o domande riconvenzionali, come quelle di risoluzione giudiziale *ex* art. 1453 c.c. e quelle esperibili con riguardo all'impossibilità sopravvenuta parziale e/o temporanea della prestazione ed, eventualmente, a quelle concernenti l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, ove ravvisabile nella fattispecie concreta.

([219]) V., *supra*, par. 1 del presente capitolo.

© Wolters Kluwer Italia

to dalla libertà contrattuale ([220]). Né sono intesi come aderenza alla buona fede oggettiva ed al divieto di abuso del diritto (an-

---

([220]) Si ricordano, a tal proposito, le parole di Guido Alpa in tema di giustizia contrattuale: «Vi sono (...) diversi modi di intendere la "giustizia" nel contratto. Il più semplice – a cui si riferisce la dottrina tradizionale – riguarda il rapporto tra le prestazioni, e quindi gli istituti della rescissione, risoluzione per eccessiva onerosità, presupposizione, riduzione equitativa della clausola penale, annullamento per dolo, violenza, errore, etc. Ma oggi il sintagma ha acquisito ben altro spessore» (ALPA, *La giustizia contrattuale*, cit., p. 336). Ricorda ancora che «il contratto è considerato "giusto" non tanto perché corrisponde alla volontà delle parti, in quanto liberamente negoziato, non tanto perché scaturito da una volontà integra, e non tanto perché il valore delle prestazioni corrisponde a quello di mercato (o comunque non è inferiore alla metà, secondo la regola che non legittima l'approfittamento della parte che ottiene un controvalore *ultra dimidium*» (*Ibidem*, p. 336). Ciò che rende giusto il contratto è la sua aderenza al concetto di equità, che si ha ogni qualvolta, anche tramite l'intervento del giudice autorizzato da clausole generali o da specifiche disposizioni normative, sia possibile ristabilire un equilibrio contrattuale, non economico ma giuridico, alterato dal diverso potere economico o contrattuale tra le parti o da altri fattori, come gli squilibri informativi che si registrano sul mercato e che la legislazione speciale, soprattutto di matrice europea, ha da tempo iniziato a considerare, ma – ricorda ancora l'insigne giurista – «(...) il fatto che la legislazione speciale a poco a poco si stia estendendo induce la dottrina a riconsiderare le valutazioni in termini di "giustizia" del contratto e a non respingere l'idea, difesa dalla tradizione, che il contratto sorge con un ben delineato rapporto tra le prestazioni che il giudice non può modificare. Questo assunto è smentito proprio dai casi nei quali si consente al giudice di verificare se il comportamento precontrattuale abbia dato luogo ad un inadempimento contrattuale, se l'oscurità delle clausole (anche quelle riguardanti il prezzo) ne implichi la nullità, se nel riequilibrio del contratto mediante la clausola di nuove fede – magari a seguito di circostanze sopravvenute – sia possibile raggiungere un rapporto corrispondente a ciò che è "equo". "Equo" però non è ciò che il giudice, soggettivamente, ritiene, ma ciò che oggettivamente risulta dal mercato. I comportamenti scorretti, contrari alla buona fede, sono sanzionati perché il mercato ha interesse ad espungere gli operatori che commettono abusi» (*Ibidem*, p. 336 s.).

Oltre all'attenzione al mercato, la giustizia contrattuale deve ora esplorare anche altre direzioni, tra cui quella della dignità umana e della solidarietà sociale. A tal riguardo di ricorda il monito di HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, 2ª ed., 2012, p. 12, che nelle sue pagine ha messo in guardia contro «una politica del tipo che ha predominato negli ultimi decenni non solo negli Stati Uniti d'America e in Gran Bretagna, ma pure nel continente europeo e anzi in tutto il modo, una politica cioè che dà a intendere di poter garantire ai cittadini una vita autodeterminata assicurando in via primaria le libertà economiche, distrugge l'equilibrio delle varie categorie di diritti fondamentali».

Proprio sul recupero della rilevanza dei diritti fondamentali nel contratto vanno le recenti ricerche della civilistica più attenta, tra cui, *in primis*, ALPA,

© Wolters Kluwer Italia

corché di fonte contrattuale, come nel caso di clausola *solve et repete*, che attribuisce al soggetto beneficiato dal patto di paralizzare le avverse eccezioni e domande riconvenzionali della controparte, qualora non provveda al previo adempimento).

Nell'impostazione che si intende proporre in queste pagine, il senso dell'equità e della giustizia contrattuale – che, tramite il potere di intervento del giudice per «gravi motivi» *ex* art. 1462, comma 2, c.c. investe le dinamiche contrattuali, disapplicando la clausola limitativa della proponibilità delle eccezioni – è quello che mira a restituire centralità ai diritti fondamentali di rilevanza costituzionale nell'ambito dei rapporti contrattuali, in particolare là dove sia lo stesso legislatore a consentire al giudice di derogare alle regole legittimamente poste in essere in forza dell'autonomia contrattuale.

In questo senso, il contratto è "giusto" ed "equo" quando risponde ai valori costituzionali fondanti, tra i quali acquistano rilevanza indiscussa il principio di dignità della persona.

Del resto, la sent. n. 256 del 1974, resa dalla Corte costituzionale in tema di *solve et repete* pattizio, nel ribadire la legittimità dell'art. 1462 c.c., fa chiaro riferimento all'art. 41 Cost., in tema di libertà di iniziativa economica, esplicazione dell'autonomia privata, che tuttavia non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana ([221]). E proprio la rispondenza a questi limiti può far ingresso nella fattispecie contrattuale tramite l'intervento del giudice per «gravi motivi», in forza dell'art. 1462, comma 2, c.c.

La Consulta ha infatti, dopo aver ricordato che la clausola *solve et repete* ha sicuro fondamento nel principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., rimarca che «naturalmente l'autonomia è soggetta ai limiti stabiliti dalla legge, secondo l'espresso disposto dell'art. 1322, cui fa riscontro la *disciplina costituzionale che garantisce la libertà dell'iniziativa economica privata, indicandone al tempo stesso i precisi limiti*» ([222]). Nell'indagare tali limiti, la Consulta ricorda anche

---

Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto, in *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, a cura di Alpa e Conte, cit., p. 3 ss.

([221]) Sul punto si vedano le riflessioni di GALGANO, *Comm. sub art. 41 Cost.*, in GALGANO e RODOTÀ, *Rapporti economici,* t. II, *artt. 41-44. Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, cit., p. 4 ss.; RODOTÀ, *In tema di iniziativa economica privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 1, pp. 3-7.

([222]) C. cost., sent. n. 256 del 1974, par. 4 delle considerazioni in diritto.

© Wolters Kluwer Italia

quelli contemplati nel capoverso dell'art. 1462 c.c., nel quale il legislatore «ha stabilito che anche nei casi in cui la clausola limitativa della proponibilità di eccezioni è efficace, il giudice, ove riconosca che concorrono gravi motivi, ha tuttavia il potere di sospendere la condanna, imponendo, se del caso, una cauzione» (223).

Se ne ricava che il potere di intervento del giudice, volto a disapplicare la clausola *solve et repete* per «gravi motivi», non può non essere scissa da valutazioni che attengono alla protezione della «dignità umana», il cui venir meno comporta una frustrazione del senso di giustizia all'interno del contratto.

Sicché il principio di «dignità umana», per il discorso che qui si sta conducendo, assume una precisa rilevanza sistematica – in rapporto agli artt. 41, comma 2, Cost. e 1462, comma 2, c.c. – ed esige che ne vengano precisati i contorni e le accezioni, con riguardo all'istituto del *solve et repete* pattizio.

La dignità umana è categoria ampia, dai contorni sfumati e talvolta vaghi: di essa s'è detto che è il fulcro dei diritti fondamentali (224), ma anche l'«assioma» (225). Di fronte alla libertà

---

(223) C. cost., sent. n. 256 del 1974, par. 4 delle considerazioni in diritto.

(224) Com'è noto, nel ricco dibattito dottrinale sulla rilevanza del diritto alla dignità umana tra i diversi diritti fondamentali – procedendo con una certa semplificazione del discorso – v'è la posizione di chi tende a ravvisare in tale diritto il perno del sistema, accordando priorità ad esso rispetto ad altri diritti fondamentali, in quanto tende a racchiuderli tutti perché espressivo esso stesso del valore della persona umana (si pensi a Rodotà, *Antropologia dell'*homo dignus, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 547 ss.); ma a tale posizione se ne contrappone un'altra, che assegna invece alla dignità un ruolo diverso, anche in ragione della sua sostanziale "indefinibilità", che porga invece a ritenere tale principio, «in un certo senso, fondativo di molti altri, a ben vedere, dell'intero quadro di garanzia dei diritti fondamentali (...) [facendo] emergere in maniera peculiare, il ruolo del momento giurisdizionale (tanto più incisivo quanto più indefinibile appare il criterio di riferimento), che enunci il principio in funzione delle specificità del caso, con ciò realizzando l'attuazione in concreto di quel riconoscimento sostanziale dell'eguaglianza che costituisce una delle più significative novità del nostro assetto costituzionale». Così N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, p. 188 s.

(225) Si veda la pregevole ricostruzione di N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, cit., p. 186, il quale, citando anche M.C. Lipari, *Figure della dignità umana*, Milano, 2008, p. 46, evidenzia come la difficoltà di individuare il contenuto stesso del concetto di «dignità», nel discorso giuridico, sia emblematicamente evincibile dal termine ἀξίωμα, con cui nell'antica Grecia si esprimeva, appunto, la «dignità», intesa quale valore elevato dell'essere umano, qualità, pregio, ma che poi «è venuto progressivamente assumendo quello che oggi asse-

© Wolters Kluwer Italia

di iniziativa economica – richiamata nella cit. sentenza della Corte costituzionale n. 256 del 1974 per sostenere la conformità dell'art. 1462 c.c. al dettato costituzionale – la dignità ne costituisce dunque un limite invalicabile. La stessa va però interpretata, nel circoscritto contesto qui in esame, nel senso dell'aderenza al concetto di *uguaglianza sostanziale* e, ancora, di *giustizia contrattuale*.

Il richiamo testuale alla «dignità umana» ([226]), contenuto nell'art. 41 Cost. quale "limite" alla libertà di iniziativa economica, ha una portata ampia e riguarda, primariamente, l'esigenza che non venga svilita la *persona*, nel suo tratto ontologicamente connotante ([227]). Diverse volte la giurisprudenza ha mostrato di farne applicazione di fronte all'iniziativa economica privata, al fine di salvaguardare l'innato valore di cui la persona è portatrice, come nei celebri casi *Peep-Show*, *Jeux de nains* e nel caso *Omega* ([228]).

---

gniamo al lemma assioma (inteso come principio primo, enunciato evidente di qualunque procedimento argomentativo)».

([226]) Si veda, per la ricostruzione della nozione di dignità umana, giuridicamente rilevante sul piano dei diritti fondamentali della persona, RUIZ MIGUEL, *Human Dignity: History of an Idea*, in *Jahrbuch öffent. Rechts*, 50 (2002), p. 281 ss.; ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali. Rassegna di giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ.*, 1997, 6, II, p. 415-426; RODOTÀ, *Antropologia dell'*homo dignus, cit., p. 547 ss.; DE SANCTIS, *Riflessioni sull'*«homo dignus», in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 9 ss.; ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1, p. 21-36; G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 3 ss.; ALPA, *L'ermeneutica della dignità*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 2, p. 480-484.

Si veda anche, in riferimento specifico al rapporto tra dignità umana e diritto dei contratti, M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 1, p. 67-103.

([227]) Dubbi sulla possibilità di individuare la «dignità» come «limite» all'autonomia sono stati discussi criticamente da G. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 43, con particolare riferimento par. 4, intitolato «*La dignità come limite dell'autonomia?*», nel Capitolo II dedicato a «*Dignità e libertà*», poi ripresi, *ivi* a p. 65-70, con riferimento all'effetto limitante della dignità umana sulla proprietà e, soprattutto, sul mercato. Con riguardo alla configurabilità di tali limiti non mi pare possano residuare perplessità ed, infatti, l'A. cit. rimarca che «oltre che come limite alla commercializzazione, il precetto positivo di tutela della dignità può essere legittimamente indicato come strumento di salvaguardia contro i fenomeni di esclusione sociale derivanti dalla generalizzazione delle logiche mercantili (...). La dignità opera qui come cerniera di raccordo tra le diverse categorie di diritti fondamentali e dà un solido fondamento al principio della loro indivisibilità» (*Ibidem*, p. 69 e 70).

([228]) Su cui v. G. RESTA, *op. ult. cit.*, pp. 44 ss.; sul caso Omega si veda

© Wolters Kluwer Italia

V'è però un'estensione del concetto di *dignità umana* che può emergere in *ambito contrattuale*. Qui la *dignità umana* è *dignità del contraente* e reclama protezione giuridica, anche di fronte all'altrui libertà di iniziativa economica ed all'autonomia contrattuale, che deve sì essere riconosciuta, ma con i limiti necessari alla salvaguardia delle esigenze di protezione dei paciscenti, che rimandano da ultimo, come si dirà nel prosieguo, anche al principio costituzionale di solidarietà sociale (art. 2 Cost.).

Al concetto di dignità umana quale limite alla libertà di iniziativa economica e alla libertà contrattuale per salvaguardare il rispetto dell'irriducibile valore della persona – com'è stato per il caso Omega sopra richiamato, in cui la Corte di Giustizia, con sentenza del 14 ottobre 2004, resa nella causa C-36/02, ha dichiarato che «il diritto comunitario non osta a che un'attività economica consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi sia vietata da un provvedimento nazionale adottato per motivi di salvaguardia dell'ordine pubblico perché tale attività viola la dignità umana» – si può dunque affiancare un altro modo, ad esso complementare, di intendere la *dignità umana* nei *rapporti contrattuali*: quella che interpreta il principio di *dignità* nel suo significato "relativo" e non "assoluto", proprio perché rapportato alla "concretezza delle situazioni" reclamata dall'attenta dottrina di Stefano Rodotà ([229]). Ed in ambito contrattuale, la dignità della persona può emergere sotto diversi profili, finanche quello che considera la posizione del

---

anche N. LIPARI, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 3, p. 755-767; E. PELLECCHIA, *Il caso Omega: La dignità umana e il delicato rapporto tra diritti fondamentali e libertà (economiche) fondamentali nel diritto comunitario*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, 1-3, p. 181-194.

([229]) RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 190, ove, ritornando sulle sue pagine in tema di antropologia dell'*homo dignus*, e rammentando come la dottrina abbia avuto modo di evidenziare che nella costituzione tedesca il concetto di dignità assume un valore assoluto, mentre nella nostra carta costituzionale sarebbe stato relativizzato nella sua concreta collocazione nel tessuto sociale, ha replicato che «in verità quella che appare una relativizzazione, e quindi una sorta di ridimensionamento, è al contrario una più forte fondazione della dignità nella realtà di una persona strappata all'ingannevole assolutezza delle categorie astratte. La dignità non è affidata all'astrattezza, ma costruita in modo da dover essere sempre misurata sulla concretezza delle situazioni, sì che diventa più diretta e stringente la possibilità di riferirsi a essa e di esigerne l'attuazione. Si scioglie il nesso improprio tra assolutezza, universalismo, e astrattezza, che aveva subordinato appunto alla tecnica dell'astrazione la possibilità di attribuire a un principio portata generale».

© Wolters Kluwer Italia

contraente di fronte a situazioni sopravvenute oggettivamente rilevanti – come in caso di crisi pandemica –, che, producendo un mutamento significativo delle circostanze e delle condizioni patrimoniali, reclamano istanze di solidarietà sociale ([230]).

Il potere di intervento del giudice di cui alla norma ora in esame, giustificabile con le ragioni di giustizia contrattuale sopra richiamate (basate sul principio di dignità, che impone l'attivazione dei doveri di solidarietà sociale volti a preservare la dignità medesima) si limita tuttavia a consentire l'esperibilità di quelle eccezioni e di quelle domande riconvenzionali che sarebbero altrimenti paralizzate dalla clausola. Pertanto, l'effetto giuridico prodotto dall'intervento del giudice non è quello di comporre equitativamente i rapporti contrattuali segnati dalla pandemia, ma di consentire alla parte interessata, gravata dal patto *solve et repete*, di far valere comunque i rimedi, ablatori e non ablatori, altrimenti pregiudicati dall'operatività della clausola.

([230]) Le esigenze di invocare la solidarietà sociale nei rapporti contrattuali segnati dalla pandemia da Covid-19 sono state ben rimarcate da MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *GiustiziaCivile.com*, 17 marzo 2020, p. 1 ss.; nonché da MATTEI e A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *GiustiziaCivile.com*, 7 maggio 2020.

© Wolters Kluwer Italia

Capitolo III

CLAUSOLA *SOLVE ET REPETE*, LIMITI ALLA PROPONIBILITÀ DELLE ECCEZIONI E INTERVENTO DEL GIUDICE NELLA FIDEIUSSIONE E NELLA GARANZIA AUTONOMA, TRA ORDINAMENTO NAZIONALE E DISCIPLINA DEI CONTRATTI COMMERCIALI INTERNAZIONALI

Sommario: 1. La clausola *solve et repete* nei rapporti non sinallagmatici. – 1.1. La tesi minoritaria dell'applicabilità della clausola *solve et repete* ai soli contratti sinallagmatici. – 1.2. (*segue*) La tesi dell'applicabilità della clausola *solve et repete* ai contratti non sinallagmatici, alla garanzia fideiussoria ed al contratto autonomo di garanzia. – 2. L'apposizione della clausola *solve et repete* nei rapporti di garanzia personale e la questione sulla modifica del tipo legale. Fideiussione «a prima richiesta» o «senza eccezioni» e contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*). – 2.1. La distinzione tra fideiussione con clausole «*solve et repete*» (a prima richiesta, senza eccezioni e simili) e contratto autonomo di garanzia. – 2.2. L'evoluzione giurisprudenziale sulla validità del contratto autonomo di garanzia, distinto dalla fideiussione, contenente la clausola «a prima richiesta e senza eccezioni». La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 1° ottobre 1987 n. 7341 e l'importazione nel diritto interno dei modelli contrattuali del commercio internazionale sviluppatisi su impulso dell'esperienza tedesca (*Garantievertrag*), francese (*garantie autonome*) e anglosassone (*bid bond*, *performand bond* e *repayment bond* o *advance payment bond*). – 2.3. (*segue*) Il costante richiamo della prassi commerciale internazionale e la distinzione tra fideiussione con clausola *solve et repete*, «a prima richiesta» o «senza eccezioni», da una parte, e il contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*), dall'altra parte, nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947), a distanza di oltre un ventennio dalla precedente pronuncia a Sezioni Unite. Rilievi critici e incongruenze di sistema. – 2.4. Gli orientamenti giurisprudenziali più recenti e le discrasie di sistema tra certezza del diritto, regole finali di interpretazione dei contratti e *favor* per la nuova *lex mercatoria*. – 3. La riconducibi-

© Wolters Kluwer Italia

lità delle clausole «a prima richiesta» e «senza eccezioni» (*et similia*) all'art. 1462 c.c. Applicabilità di tale articolo sia alla fideiussione, che presenti tali clausole, sia al contratto autonomo di garanzia. – 3.1. L'applicabilità dell'art. 1462, comma 1, c.c. alla garanzia fideiussoria ed alla garanzia autonoma. – 3.2. La compatibilità con l'ordinamento giuridico nazionale delle clausole limitative della proponibilità delle eccezioni, *ex* art. 1462, comma 1, c.c. nel contratto autonomo di garanzia, grazie al regime delle rivalse. – 3.3. Clausola limitativa della proponibilità delle eccezioni e regime della loro indifferibilità nei rapporti di garanzia. – 4. Contratto autonomo di garanzia e rapporti di durata ai tempi del Covid-19 nell'ordinamento italiano. Emersione della casistica giurisprudenziale, questioni aperte e possibili soluzioni applicative, anche alla luce del recupero di significatività dell'art. 1462, comma 2, c.c., nella prospettiva della giustizia contrattuale. – 5. Profili comparatistici. Il *Garantievertrag* nell'ordinamento tedesco e la *garantie autonome* nell'ordinamento francese. – 6. Clausola *solve et repete* e garanzia autonoma nei contratti commerciali internazionali. La Convenzione Uncitral e le norme uniformi dell'ICC (URDG 758). – 7. Le garanzie autonome di cui alle norme uniformi dell'ICC (URDG 758) al vaglio della recentissima casistica giurisprudenziale di rilievo internazionale. – 7.1. Il caso *Tecnicas Reunidas Saudia For Services and Contracting Co. Ltd v. The Korea Development Bank* presso la *High Court of Justice* (EWHC), 14 febbraio 2020. – 7.2. Il caso *Leonardo Spa v. Doha Bank Assurance Company LCC*, presso la *Qatar International Court* (QIC), 5 settembre 2019 (in primo grado) e 16 marzo 2020 (in appello).

1. La clausola *solve et repete* nei rapporti non sinallagmatici

1.1. *La tesi minoritaria dell'applicabilità della clausola* solve et repete *ai soli contratti sinallagmatici*

La collocazione sistematica dell'art. 1462 c.c., in tema di clausola limitativa della proponibilità delle eccezioni, all'interno della sezione del codice civile dedicata alla risoluzione per inadempimento contrattuale e le esigenze di tutela sottostanti hanno fatto ritenere che la clausola *solve et repete* non potesse trovare collocazione al di fuori dei rapporti sinallagmatici ([1]). Si tratta

([1]) Si veda, in particolare, DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 848 s., il quale trae argomenti anche dal rapporto tra clausola *solve et repete* ed eccezione di pagamento, che «deve restare proponibile, nonostante la clausola, per la semplicis-

© Wolters Kluwer Italia

di tesi, tuttavia, rimasta alquanto isolata in dottrina come in giurisprudenza, la quale ultima appare copiosa soprattutto con riguardo agli aspetti relativi all'applicazione della clausola *solve et repete* nei contratti di garanzia personale (fideiussione e garanzia personale atipica) ([2]).

---

sima ragione che il pagamento realizza in pieno l'interesse tutelato dalla clausola (solve) e non è ammissibile che la clausola operi addirittura al di là dell'interesse pe la cui tutela è stata istituita e riconosciuta valida: ché se la clausola dovesse paralizzare l'eccezione di pagamento, si arriverebbe all'assurdo di legittimare, in base ad essa e ad un unico titolo contrattuale, una serie indefinita di condanne al pagamento e di pagamenti mai eccepibili (sia pur bilanciata da una serie indefinita di "ripetizioni" dei vari indebiti): il che, evidentemente, non può essere ammesso, perché immeritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (non foss'altro con riguardo al principio dell'economia dei giudicati)». In tale direzione DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849, altresì aggiunte: «La clausola, dunque, non può paralizzare l'eccezione idi pagamento: non può impedire che all'imperativo *solve*, rivoltogli dal creditore, il debitore risponda *solvi*; e che di tale fatto storio dia la prova. (...) Emerge da queste precisazioni, che hanno la loro base e il loro punto di partenza nella determinazione del rapporto tra clausola ed eccezione di pagamento, la vera ragione e il vero significato della collocazione della clausola nell'ambito dei soli contratti a prestazioni corrispettive, anzi nel quadro di della disciplina dell'inadempimento in tali contatti: ossia delle manifestazioni del cosiddetto sinallagma funzionale (...)».

([2]) Per i riferimenti in dottrina si veda, ad es., LUCCHI, *op. cit.*, par. 7; MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1257; POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 3 ss.; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 134 ss.; CHINÈ, *Garanzie bancarie «a prima richiesta» e tutela cautelare atipica*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, p. 553 ss.; PIAZZA, *Polizza fideiussoria e «solve et repete»*, in *Contratti*, 1994, p. 409 ss.; MELANDRI, *Del contratto di fideiussione con clausola "solve et repete"*, in *Foro pad.*, 1996, 3-4, I, p. 290 ss.; CORRIAS, *La valenza delle clausole "a richiesta" e "senza eccezioni" nella qualificazione dei negozi di garanzia personale del credito*, in *Vita not.*, 2014, 2, p. 577 ss. Già prima del codice civile del 1942 la tesi era stata tuttavia proposta anche da SENIN, *La clausola «solve et repete» nei contatti tra privati*, in *Riv. dir. civ.*, 1936, p. 37.

Quanto ai riferimenti giurisprudenziali cfr., *ex multis*, Cass., sez. III, 3 marzo 2009, n. 5044, in *Dir. e giust.*, 2019, 1, p. 120 ss., con nota di RUSSO, *Il contratto autonomo di garanzia negli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*; Cass., sez. I, 4 luglio 2003, n. 10574, in *Contratti*, 2004, 3, II, p. 273 ss., con nota di MONTICELLI, *La tutela* ex *art. 1957 codice civile tra fideiussione, clausola* solve et repete *e garanzia atipica*; Cass., sez. III, 29 marzo 1996, n. 2909 in *Foro it.*, 1996, I, c. 1621 e in *Foro padano*, 1996, 3-4, I, p. 290, con nota di MELANDRI, cit.; Cass., 1 luglio 1995, n. 7345, in Giur. it., 1996, I, 1, p. 620 ss.; Trib. Napoli, 26 luglio 2019, in *Ilcaso.it*; nonché all'ulteriore giurisprudenza riportata nel presente capitolo, in prosieguo di discorso.

© Wolters Kluwer Italia

1.2. (segue) *La tesi dell'applicabilità della clausola* solve et repete *ai contratti non sinallagmatici, alla garanzia fideiussoria ed al contratto autonomo di garanzia*

La tesi secondo cui la clausola *solve et repete* sia apponibile anche ai contratti non sinallagmatici si fonda sull'autonomia contrattuale, che ha resistito in sede giudiziale ai tentativi volti a farne decretare l'immeritevolezza degli interessi. Infatti, «sebbene la clausola sia prevista dalla normativa propria dei contratti sinallagmatici, essa può essere apposta (in virtù dell'art. 1322, 1° co., c.c., per il quale "le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge") anche in contratti con obbligazioni a carico di un solo contraente, rafforzando così il suo obbligo» ([3]).

A tal riguardo la dottrina ha ben evidenziato l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità con cui s'è pacificamente «affermato la *validità* di tale clausola apposta ad un contratto di fideiussione, equiparando al *solve* il patto di rinunzia del fideiussore a far valere determinate eccezioni che accompagna la clausola "a prima richiesta", ormai pacificamente ritenuta un lecito prodotto dell'autonomia dei privati» ([4]).

Invero, la giurisprudenza, anche recentemente, ha continuato a rimarcare che la clausola *solve et repete* è «astrattamente compatibile tanto con la fideiussione che con la garanzia autonoma» ([5]), anche se l'una e l'altra garanzia si presentano strutturalmente diverse ([6]). Vero è che nel nostro sistema legislativo la fi-

---

([3]) Così LUCCHI, *op. cit.*, par. 7.

([4]) POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 3, la quale, a conferma del proprio assunto, cita Cass., 29 marzo 1996, n. 2909, cit., nonché Cass., 1° luglio 1995, n. 7345, cit.

([5]) Trib. Milano, 26 febbraio 2020, n. 1786, in *De Jure*. Conforme, Trib. Vicenza, 25 febbraio 2020, n. 419, in *De Jure*.

([6]) Sulle differenze tra fideiussione e garanzia autonoma, su cui la giurisprudenza di legittimità e di merito si è spesa diffusamente, si rimanda a quanto illustrato nel prosieguo di discorso. Per un inquadramento in dottrina si veda, *ex multis*, GALGANO e MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 3ª ed., Milano, 2011, p. 750 ss.; ma anche PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertag» nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, Milano, 1978, II, p. 1043 ss.; PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989; SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, in *Contratto e impresa,* 1985, p. 940 ss.; SESTA, *Le garanzie atipiche*, I. *Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia, contratto autonomo di garanzia*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretti da Galgano, Padova, 1988;

© Wolters Kluwer Italia

deiussione si presenta come l'unica garanzia personale tipica, ma, per via della circolazione dei modelli stranieri (il *Garantievertrag* in Germania (7), la *garantie autonome* in Francia (8), nonché il *bid bond*, il *performand bond* ed il *repayment bond* o *advance payment bond* nel mondo anglosassone (9) e, più in generale, nel commercio internazionale), hanno portato all'affermazione del contratto autonomo di garanzia, costruito come contratto atipico, sottratto alla disciplina della fideiussione ed avente una causa propria (10).

BENATTI, *Il contratto di garanzia*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1982, I, p. 172 ss.; BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, *passim*.

Sulla definizione di autonomo di garanzia si rimanda a SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 940 e ID., *Le garanzie atipiche*, cit., p. 455, ove si sottolinea che con tale espressione, introdotta in Italia da G.B. Portale nel 1978 (PORTALE, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, cit., p. 1043), via via affermatasi anche in giurisprudenza e nella prassi degli affari, ove l'istituto ha avuto una rapida e larga diffusione, si «indica l'impegno, generalmente assunto da una banca o compagnia di assicurazione, di pagare un determinato importo al beneficiario allo scopo di garantire la prestazione di un terzo a lui dovuta, e ciò a semplice richiesta del garantito e quindi con rinuncia a far valere qualsivoglia eccezione relativa all'esistenza, validità e coercibilità del rapporto sottostante, che intercorre fra il debitore principale ed il beneficiario, ed al quale il garante resta estraneo; con la garanzia in questione, piuttosto che garantire in senso tecnico l'esatto adempimento del rapporto sottostante, si intende assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario, compromesso dall'inadempimento del debitore principale» (Così, *verbatim*, SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 455, ma anche ID., *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 940, con definizione testualmente ripresa anche dalla giurisprudenza successiva).

(7) PORTALE, *Fideiussione e* «Garantievertag» *nella prassi bancaria*, cit., p. 1043 ss.

(8) Sulla garanzia autonoma nell'ordinamento francese si rimanda a BARILLÀ, *Il* Garantievertrag *da prassi a legge: il caso francese*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, 2, p. 217 ss.

(9) Rispettivamente aventi ad oggetto la garanzia del rispetto di una offerta contrattuale, la garanzia di nuova prestazione di un contratto e la garanzia del rimborso di anticipi. Cfr. GALGANO e MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 751; nonché BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, cit. p. 1 ss.

(10) GALGANO e MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 751 e s., ove si rimarca che «l'essenza di questo contratto, diverso dalla fideiussione, sta nel fatto che il garante – generalmente una banca o una compagnia di assicurazione, ossia un soggetto di sicura solvibilità – rinuncia a sollevare, nei confronti della controparte, qualsiasi eccezione relativa al sottostante rapporto garantito; sicché sarà il debitore, qualora il pagamento eseguito dal garante risultasse non dovuto (o perché il contratto principale era invalido o inefficace o, più semplicemente, perché il debitore principale aveva già adem-

© Wolters Kluwer Italia

È proprio la veicolazione dei modelli di garanzia autonoma nel mercato internazionale che ha portato a riconoscere la validità di tali contratti, nonostante lo scostamento evidente con il tipo della fideiussione: «non si può, pena l'isolamento commerciale del nostro Paese, giudicare per noi nullo un contratto universalmente considerato valido» ([11]), sicché «il giudizio di meritevolezza *ex* art. 1322, comma 2° cod. civ., può essere espresso, oltre che rispetto al nostro ordinamento giuridico, anche rispetto ad ordinamenti di omogenea civiltà giuridica» ([12]).

Di ciò ne ha dato conto la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con un'evoluzione giurisprudenziale che, nel rimarcare i tratti distintivi tra garanzia fideiussoria e garanzia autonoma, ha fornito soluzioni che mostrano tuttavia talune incongruenze, sia sul piano dell'inquadramento sistematico, sia sul piano del rigore argomentativo, al fine di

---

piuto), a dover agire in ripetizione di indebito nei confronti dell'*accipiens*». Sulla peculiare causa del contratto autonomo di garanzia si rimanda anche all'inquadramento teorico di SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 940 e ID., *Le garanzie atipiche*, cit., p. 457 ss., ove si rimarca che è proprio quello relativo alla causa del contratto l'elemento fondamentale su cui insistere per tracciare una linea sicura di distinzione tra fideiussione corredata da clausole a prima richiesta e senza eccezioni, da un laro, e garanzia atipica, dall'altro lato. L'impostazione di Michele Sesta, che richiama anche la funzione "cauzionale" della garanzia atipica, denuncia gli incerti indirizzi giurisprudenziali degli anni ottanta e, predicando il ricorso in via analogica al regime di eccezione della delegazione, mette al contempo in luce la volontà delle parti di «espressamente recidere l'accessorietà rispetto all'obbligazione principale; accessorietà che resta, invece, elemento caratterizzante la fideiussione (...)». Proprio il richiamo, seppur in via solamente analogica, del regime che disciplina l'istituto della delegazione ed all'intrecciarsi del rapporto trilaterale tra delegante-debitore principale, delegato-garante, solitamente un istituto di credito, e delegatario-creditore beneficiario, porta a spiegare l'interdipendenza dei diversi rapporti e, al contempo, i limiti della stessa sul piano delle azioni esperibili (cfr., *amplius*, SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 507 ss. e quanto rilevato *infra*, in prosieguo di discorso).

([11]) GALGANO e MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 754, che rimarcano altresì il costante riferimento, nella giurisprudenza di legittimità (es. Cass., 1° ottobre 1987, n. 7341) come in quella di merito (es. Trib. Milano, 22 settembre 1986; Trib. Milano, 9 ottobre 1986), dell'influenza dei modelli veicolati dalla prassi del commercio internazionale.

([12]) GALGANO e MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 754 ed, *ivi*, anche nota n. 26, ove acutamente si osserva che in tal modo «si compie una operazione solidale con quella che la nostra giurisprudenza esegue con riferimento al concetto di ordine pubblico inteso dai giudici come relativo non ai principi fondamentali del nostro Paese, ma ai principi di Paesi di affine civiltà giuridica, anche se privi di riscontro in Italia».

© Wolters Kluwer Italia

garantire la più ampia circolazione dei modelli contrattuali stranieri, ormai recepiti nella prassi commerciale internazionale ([13]).

2. L'apposizione della clausola *solve et repete* nei rapporti di garanzia personale e la questione sulla modifica del tipo legale. Fideiussione «a prima richiesta» o «senza eccezioni» e contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*)

2.1. *La distinzione tra fideiussione con clausole* «solve et repete» *(a prima richiesta, senza eccezioni e simili) e contratto autonomo di garanzia*

Il tratto distintivo tra fideiussione con clausole a prima richiesta, senza eccezioni e simili, da un lato, e contratto autonomo di garanzia, dall'altro lato, è stato molto dibattuto in dottrina ([14]) e la giurisprudenza non è costante nell'individuarlo in maniera univoca ([15]).

([13]) Ciò soprattutto nella parte in cui, di fronte a clausola limitative della proponibilità delle eccezioni (clausole «a prima richiesta», «senza eccezioni» e simili), le Sezioni Unite della Cassazione finiscono qualificare, in via presuntiva, i rapporti di garanzia alla stregua dell'atipico contratto autonomo di garanzia, pur essendo tali clausole compatibili anche con la fideiussione, generando così talune aporie di sistema dato che, come si dirà meglio più avanti, si finisce per contraddire – o comunque pretermettere – i criteri di interpretazione dei contratti (ed in particolare le «regole finali» di interpretazione di cui all'art. 1371 c.c.) pur di realizzare l'obiettivo di una più ampia diffusione dei modelli stranieri, affermatisi nella prassi commerciale internazionale. Sul punto si rinvia a quanto illustrato nel prosieguo di discorso ed, in particolare, al par. 2.3 del presente capitolo.

([14]) Seppur con distinguo, vista la complessità delle questioni che la materia presenta, si vedano in questo senso, tra gli altri, i contributi di PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertag» nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, Milano, 1978, II, p. 1043 ss.; SESTA, *Le garanzie atipiche*, I. *Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia, contratto autonomo di garanzia*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretti da Galgano, Padova, 1988, p. 455 ss.; PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989; BENATTI, *Il contratto di garanzia*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1982, I, p. 172 ss.; BONELLI, *Le garanzie bancarie e prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, *passim*.

([15]) Sul tema la giurisprudenza è stata copiosa, Per un ragionato inquadramento del primo indirizzo giurisprudenziale fino alla storica sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 1° ottobre 1997, n. 7341, si veda, ancora, SESTA, *Le garanzie atipiche*, p. 455 ss. La S.C. è nuovamente intervenuta a Sezioni Unite nel 2010 (Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Banca, borsa e*

© Wolters Kluwer Italia

La dottrina ha ricondotto in maniera netta la fideiussione con clausola "a prima richiesta", in deroga all'art. 1945 c.c., alla clausola *solve et repete* di cui all'art. 1462 c.c. ([16]). L'apposizione di tale clausola al contratto di garanzia personale tipica, tuttavia, non porta di per sé a far abbandonare il tipo legale della fideiussione in cui sia stata apposta, neanche qualora il tenore della pattuizione sia tale da escludere le eccezioni. Non è pertanto idonea, di per sé sola, a traghettare la garanzia tipica verso l'area del contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*).

La clausola "a prima richiesta e senza eccezioni", come annotato da autorevole dottrina, presenta con la clausola *solve et repete* solamente un'affinità apparente e non reale, in quanto la prima presupporrebbe un obbligo indipendente rispetto al credito garantito ([17]). Si tratta però di un effetto che inerisce non

---

tit. cred., 2010, 3, II, p. 279 ss.), lasciando tuttavia dubbi interpretativi in dottrina, non ancora del tutto sopiti, sui quali si veda, ad esempio, NAPPI, *Un tentativo (non convincente) di "definitivamente chiarire" la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, 4, II, p. 425 ss. In materia si rimanda anche a quanto illustrato in prosieguo di discorso, nel presente capitolo.

([16]) In questi termini si veda, ad esempio, MIRAGLIA, *op. cit.*, par. 2, nt. 12, per la quale «un'applicazione notevole del principio del *solve et repete* si ritrova nella fideiussione (che può essere costituita anche per negozio unilaterale) con clausola di pagamento a prima richiesta, per effetto della quale il fideiussore, in deroga all'art. 1945 c.c., non può opporre le eccezioni del debitore principale al creditore che esiga il pagamento immediato. In tale fattispecie si ritiene che l'azione di rivalsa spetti al fideiussore, sicché il patto integra strettamente l'ipotesi prevista dalla norma dell'art. 1462».

([17]) Così BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI e NATOLI, *Diritto civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 656; ma anche MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti all'opponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1990, II, p. 558 ss., per il quale le due clausole si presentano nettamente distinte l'una dall'altra. Entrambe le opere citate sono ricordate anche da POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, cit., p. 3, la quale ci tiene a rimarcare che «l'argomento in questione presenta indubbiamente risvolti di carattere più generale (...) concernenti la discussa possibilità per l'autonomia privata, attraverso l'impiego della clausola del solve et repete, di aprire "una breccia nel sistema" (LUCCHI, *op. cit.*, p. 588), costituendo negozi astratti anche laddove siano previsti negozi sinallagmatici. Tale problema era già noto alla dottrina dei primi anni del secolo [ventesimo, *n.d.a.*], che non a caso individuò concordemente come primo limite del patto l'eccezione di nullità: se il solve avesse potuto impedire anche la sua proposizione, avrebbe inevitabilmente prestato il fianco alle accuse di astrattezza (avanzate soprattutto da SELETTI, *Il patto del* «solve et repete» *nei negozi privati, in Riv. dir. comm.*, 1913, II, p. 979). Al riguardo sembrano ancora proponibili le osservazioni di chi (GRECO, *op. cit.*, p. 159) aveva escluso che la clausola del solve et repete potesse trasformare in negozio causale il negozio astratto, perché in que-

© Wolters Kluwer Italia

già alla struttura della clausola, quanto all'elemento causale dei contratti in cui detta clausola è inserita, che si presenta diversa tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia, senza però far precipitare quest'ultimo nella dimensione del negozio astratto ([18]).

Convince infatti la ricostruzione di chi ha rimarcato che la natura accessoria o autonoma delle garanzie personali dipende, in realtà, dalla *causa* voluta dalle parti, che nella fideiussione è quella di garantire l'adempimento dell'obbligazione del debitore principale, mentre nella garanzia autonoma è quella di assicurare la soddisfazione di un interesse economico del creditore beneficiario e, più precisamente, di coprire un rischio atipico del beneficiario mediante il suo trasferimento sul garante (solitamente un istituto di credito), assicurando «il pagamento di una somma predeterminata (direttamente o *per relationem*) nel caso si verifichi un rischio per il beneficiario in conseguenza di un evento indicato nella garanzia bancaria» ([19]).

Si tratta però di indagine che non può essere desunta dalla mera presenza delle clausole "a prima richiesta", "senza riserva di eccezioni" e simili, volte a limitare la proponibilità delle eccezioni del garante, in quanto le clausole limitative, che si presentano nella prassi con uno spettro di variabilità notevole, come già evidenziato sono da ritenersi compatibili tanto con la causa della fideiussione, quanto con quella del contratto autonomo di garanzia.

Per rinvenire il tratto distintivo tra l'uno e l'altro rapporto di

---

st'ultimo l'azione di ripetizione trova il suo fondamento non già nello stesso ma in un diverso rapporto. Per potere poi attribuire al solve, insistendo sulla lacerazione del nesso sinallagmatico e sul susseguente isolamento delle due prestazioni, la capacità di trasformare fattispecie negoziali concepite e strutturate come atti con causa sinallagmatica in negozi a prestazione unilaterale (dato che, nella fase di attuazione del rapporto, al sinallagma genetico non corrisponderebbe più il sinallagma funzionale, con conseguente riflesso sulla natura del contratto), occorrerebbe assegnargli una portata indubbiamente superiore a quella sua propria, estesa per esempio fino ad includere anche patti di irresolubilità. Ma tale operazione non sembra affatto consentita (...)».

([18]) L'astrattezza è esclusa espressamente da SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 505.

([19]) SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 505, ove l'A. ricorda anche che per ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1985, XII, p. 1033, il contratto autonomo di garanzia, rispetto alla fideiussione bancaria, non svolge tanto una garanzia per l'adempimento di un obbligo altrui, ma «crea una disponibilità monetaria a favore di una delle parti del rapporto economico sottostante».

© Wolters Kluwer Italia

garanzia occorrerebbe pertanto analizzare di volta in volta gli elementi che la fattispecie contrattuale presenta ([20]), oltre al testo utilizzato nella redazione della clausola ([21]), che però di per sé solo non assume autonoma decisiva rilevanza, dovendosi tener conto anche di altri aspetti, tra cui la disomogeneità della promessa del garante rispetto alla prestazione dedotta nel rapporto sottostante ([22]).

Del resto, «l'art. 1462 non descrive il contenuto che deve assumere la clausola limitativa, volendo evidentemente lasciare alle parti la libertà di articolare la clausola nel modo più rispondente ai loro interessi» ([23]). Infatti, «se, nell'ipotesi più tipica, il patto può assumere le più comuni e note vesti del *solve et repete*

([20]) Come si vedrà anche più avanti, la Cass., sez. un., n. 3947 del 2010 è andata in altra direzione, stabilendo, per ragioni di certezza nei rapporti giuridici, che la presenza della clausola a prima richiesta, senza eccezioni e simili all'interno dei contrati di garanzia porti *prima facie* a qualificare il contratto come atipico, di garanzia autonoma, salvo che non venga dimostrato il contrario attraverso l'analisi degli elementi che la fattispecie contrattuale presenta. Sul punto cfr., *amplius*, quanto osservato nel par. 2.3 del presente capitolo.

([21]) Così BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, cit., p. 3.

([22]) In questo senso si veda SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 504, il quale, nel rimarcare la non omogeneità tra la prestazione del debitore principale e la promessa del garante nella garanzia autonoma, evidenzia efficacemente che «l'interesse del creditore alla prestazione suddetta non si realizza attraverso l'incameramento della garanzia, poiché oggetto dell'obbligazione principali è quasi sempre un gare o un dare infungibile, mentre la garanzia ha per oggetto denaro. Proprio come nella cauzione reale la garanzia ha quindi una finalità n senso lato indennitaria che certamente è cosa diversa dalla prestazione cui è tenuto il fideiussore. Ne consegue che, a nostro avviso, la figura del contratto autonomo di garanzia si distingue dalla fideiussione per il fatto che quest'ultima è caratterizzata da identità (qualitativa e non necessariamente quantitativa) tra prestazione del debitore principale e obbligo del fideiussore; tutte le volte in cui si ravvisi tale identità il rapporto dovrà essere inquadrato nell'ambito della fideiussione e quindi si porranno i problemi di legittimità delle eventuali deroghe che i privati abbiano adottato rispetto alle regole di legge; nei casi in cui tale identità non si ravvisi, il rapporto è svincolato dalla normativa in materia di fideiussione ed è affidato per intero all'autonoma delle parti nei limiti fissati dall'art. 1322, 2° comma, c.c.». Si tratta di elemento distintivo che è rinvenibile anche dalla dottrina successiva. Cfr., ad es., POLITO, *op. cit.*, p. 527, per il quale «mentre il fideiussore è debitore *allo stesso modo* del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere, il garante [nel contratto autonomo di garanzia, *n.d.a.*] si obbliga piuttosto a tenere indenne il beneficiario dal nocumento per la mancata prestazione del debitore, spesso con una prestazione solo equivalente e non necessariamente corrispondente a quella dovuta».

([23]) A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 134 ss.

© Wolters Kluwer Italia

(configurandosi, sostanzialmente, come una posposizione temporale delle autodifese sinallagmatiche), esso può presentarsi sotto forme ed articolazioni diverse, che possono incidere sulla struttura, sulla qualificazione e sul funzionamento dei contratti in cui dette clausole sono inserite» ([24]). È ciò che avviene sull'articolato e complesso terreno delle garanzie personali, nelle quali torna a riespandersi, come vedremo meglio nel prosieguo – soprattutto con riguardo ai contratti commerciali internazionali – quel *ius mercatorum* in cui la clausola *solve et repete*, sin da tempi remoti, è germinata ([25]).

Il rapporto tra quest'ultima e le clausole "*a prima richiesta*", "*senza eccezioni*" ed altre analoghe, è da anni al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale e costituisce un laboratorio prezioso per il giurista. Proprio con riguardo alla possibilità o meno che la clausola in questione intervenga su struttura, qualificazione e funzionamento del contratto s'è detto che un terreno di «adeguata sperimentazione è quello della fideiussione "a prima richiesta": intanto non è del tutto chiaro se questa clausola, formulata in quei termini, abbia la medesima consistenza di quella identificata con la dicitura "senza eccezioni", potendosi rinvenire nella letteratura specialistica, e nella abbondante giurisprudenza, opinioni che ora differenziano le due clausole, ora le riconducono a unità. Dubbi ed incertezze sorgono anche sulla riconducibilità di dette clausole allo schema del *solve et repete*, nonché sull'ampiezza del loro effetto preclusivo nell'ambito del rapporto di garanzia, e nell'ambito del rapporto fondamentale» ([26]).

Il percorso che si dipana per la soluzione di tali interrogativi non può rimanere confinato sul piano teorico o dogmatico, né su quello meramente terminologico o tassonomico ([27]), richieden-

---

([24]) A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 134.

([25]) Si rimanda, a tal proposito, a quanto più diffusamente argomentato nel primo capitolo del presente volume, anche con riferimento alla ricostruzione ed al pensiero di Francesco Galgano. Si veda anche oltre, con riguardo al tema delle garanzie nei contratti commerciali internazionali.

([26]) A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 134 e 135.

([27]) Cfr., ancora una volta, A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 135, per il quale «occorre risolvere queste questioni con una robusta dose di concretezza: al di là delle dispute teoriche, è giusta l'idea che l'utilizzo di clausole recanti una determinata denominazione non sia elemento sufficiente, da solo, per suggerire all'interprete la corretta qualificazione dell'operazione economica voluta realizzata dai contraenti. Per comprendere davvero se clausole così articolate de-

© Wolters Kluwer Italia

dosi invece una disamina che tenga conto anche degli aspetti di carattere più prettamente economico, con riguardo ai quali le soluzioni giuridiche devono pur sempre misurarsi ([28]).

La diversità di causa tra i due contratti di garanzia – tipica e atipica – si riflette sul regime dell'inopponibilità delle eccezioni, con problemi applicativi di non agevole soluzione ([29]).

Quanto agli aspetti metodologici, ha una particolare rilevanza in tale settore non solo la disciplina di diritto interno, ma anche quella relativa ai contratti commerciali internazionali, nei cui confronti, proprio in tema di garanzie autonome, inizia a registrare un'interessante casistica nelle corti arbitrali internazionali, la cui disamina è preziosa, se condotta accanto a quella concernente il diritto nazionale, tanto più se attualizzata ai nuovi problemi posti dalla crisi pandemica che sta segnando la nostra società, con evidenti impatti sul diritto dei contratti.

---

terminino o no la fuoriuscita della garanzia dal tipo fideiussione, bisogna tenere presenti quelle premesse definitorie talvolta offuscate dalle dispute nominalistiche: chi, in dottrina, ha storicamente posto il problema dell'ammissibilità del c.d. contratto autonomo di garanzia (influenzando largamente l'abbondante giurisprudenza in materia) [Il riferimento è al noto lavoro di PORTALE, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, in PORTALE (a cura di), *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1978, p. 1043 ss.], ha chiarito in modo pregevole e definitivo che per individuare un *Garantievertrag* non basta che in una normale fideiussione venga inserita una clausola più o meno riconducibile al modello del *solve et repete*, occorrendo un *quid pluris* che investe il profilo causale (concreto) della garanzia: il giudice, interpretando il contratto secondo i tradizionali criteri ermeneutici, deve poter verificare se le parti hanno voluto rendere indipendente il rapporto di garanzia rispetto a quello garantito» (Così A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 135, ove richiamata anche l'impostazione di STELLA, *Le garanzie del credito*, Milano, 2011, p. 790).

([28]) Il regime delle eccezioni per chi si trova obbligato a prestare la garanzia "automatica", nella tesi volta a ricondurlo entro lo schema operativo analogo a quello previsto per la delegazione, proposto da Michele Sesta, è spiegato da una «ragione (...) di carattere economico e non dogmatico». Così SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 515.

([29]) Cfr. SESTA, Le garanzie atipiche, cit., p. 506 ss.; MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti all'opponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, cit., p. 567; nonché, *infra*, par. 3 e, *ivi*, spt. 3.3, del presente capitolo.

© Wolters Kluwer Italia

2.2. *L'evoluzione giurisprudenziale sulla validità del contratto autonomo di garanzia, distinto dalla fideiussione, contenente la clausola «a prima richiesta e senza eccezioni». La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 1° ottobre 1987 n. 7341 e l'importazione nel diritto interno dei modelli contrattuali del commercio internazionale sviluppatisi su impulso dell'esperienza tedesca* (Garantievertrag)*, francese* (garantie autonome) *e anglosassone* (bid bond, performand bond *e* repayment bond *o* advance payment bond)

La giurisprudenza nostrana già da tempo s'era interrogata sulla validità delle clausole apposte nei contratti di garanzia personale, volte ad impedire la (immediata) proponibilità di eccezioni del garante di fronte alla domanda di escussione della garanzia effettuata dal beneficiario (creditore garantito) ed aveva finito per ammettere la liceità del contratto autonomo di garanzia, risultante dall'apposizione, alla fideiussione, di clausole volte ad impegnare il garante a "riversare" le somme «a semplice richiesta e senza eccezioni». Il dibattito in sede giurisprudenziale, sul punto, è stato definitivamente risolto dalla Suprema Corte di Cassazione che, a Sezioni Unite, è intervenuta con sent. n. 7341 del 1° ottobre 1987, in una fattispecie in cui il debitore principale aveva contestato la validità del contratto autonomo di garanzia, anche al rilievo che «con tale costruzione sarebbe stata data vita ad un istituto giuridico inesistente, in quanto nel nostro sistema l'unico istituto disciplinato come contratto di garanzia personale è la fideiussione la quale, come si desume dagli artt. 1939, 1941, 1945 e 1957 c.c., è caratterizzata dall'accessorietà e dalla sussidiarietà rispetto all'obbligazione principale garantita, cioè da un collegamento tipico e costante con la stessa. Né varrebbe richiamarsi al principio di autonomia contrattuale, giacché questa trova pur sempre un limite nella liceità e nella rilevanza sociale del contratto (art. 1322, 1323 e 1343 c.c.)» ([30]).

([30]) Erano queste le argomentazioni addotte in giudizio dal debitore principale garantito, come riportate da Cass., sez. un., 1° ottobre 1987, n. 7341, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, II, p. 1 e in *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 1204. Nel caso di specie, la garanzia era stata accordata da un istituto di credito, che aveva assunto, in favore del creditore, l'obbligazione di riversare l'80% del prezzo della fornitura di ascensori a cui s'era obbligato il debitore principale. L'obbligazione dell'istituto di credito era stata assunta "a semplice richiesta e senza eccezioni", ossia – segnatamente – senza la possibilità di eccepire l'avvenuto adempimento della società fornitrice, sicché la prestazione del garante era da

© Wolters Kluwer Italia

Nel dirimere la questione, la S.C. ha ricordato che «la disputa sulla possibilità di delineare un contratto di garanzia autonomo, che si distingua dal negozio fideiussorio per la connotazione di accessorietà che caratterizza quest'ultimo, risale ad epoca non recente. La dottrina tedesca ha (...) diviso i contratti di garanzia in due categorie: quelli accessori ad un'obbligazione principale (fideiussione, mandato semplice) e quelli che trovano nell'autonomia privata il loro fondamento, a prescindere da qualsiasi rapporto con altra obbligazione (i cosiddetti *Garantievertrag*), sì da generare, a differenza dei primi, un'obbligazione autonoma del promittente» ([31]).

Evidenziata l'origine tedesca dell'istituto, le Sezioni Unite della S.C., nel 1987, si sono poi premurati di sottolineare che «in epoca più recente, le esigenze del commercio internazionale sempre più esteso e dei connessi rapporti interbancari, hanno determinato la prassi di contratti fideiussori in parte svincolati dal negozio principale garantito, soprattutto mediante clausole di pagamento "a prima richiesta", in base alla quali il fideiussore è tenuto alla prestazione garantita in favore del creditore, senza che a questo possa essere preventivamente opposto l'avvenuto adempimento del debitore principale. Tale forma di garanzia atipica è stata presa in considerazione da questa Corte, che ha ritenuto costituisse figura contrattuale intermedia tra il deposito cauzionale e la fideiussione (cfr. sent. 7 settembre 1986 n. 2899), ovvero tra l'assicurazione e la fideiussione (sent. 9 giugno 1975 n. 2297)» ([32]).

Venendo sul punto contestato nel ricorso per cassazione, la validità del contratto autonomo di garanzia e delle clausole limitative della facoltà di proporre eccezioni – modellate sullo schema del *solve et repete* – la S.C. ha chiarito, a Sezioni Unite, «che non vi sono ragioni per contestare la validità di siffatte pattuizione che, pur dando luogo a negozi atipici, sono pur sempre riferibili al rapporto fideiussorio, data la finalità basilare che le connota, ossia quella di garanzia» ([33]).

Le argomentazioni condotte dalla Corte sono diverse, prime tra tutte quelle incentrate sul tema dell'autonomia contrattuale. Invero, rimarcano le Sezioni Unite, «da un lato il fondamentale

---

considerarsi dovuta indipendentemente dall'adempimento del debitore principale, salvo poi il regime delle rivalse.

([31]) Cass., sez. un., 1° ottobre 1987, n. 7341, cit.

([32]) Cass., sez. un., 1° ottobre 1987, n. 7341, cit.

([33]) Cass., sez. un., 1° ottobre 1987, n. 7341, cit.

© Wolters Kluwer Italia

principio dell'*autonomia contrattuale* consente alle parti di stipulare, nei limiti imposti dalla legge, tutte quelle intese negoziali, riconosciute dall'ordinamento giuridico, che vengano ritenute idonee alla tutela dei rapporti in continua evoluzione» ([34]). Si tratta di affermazione che non risolve i problemi interpretativi, in quanto l'atipicità del rapporto così congegnato, nel suo scostarsi dal tipo della fideiussione, impone di allargare l'analisi incentrandola sulla ricerca della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, *ex* art. 1322, comma 2, c.c., che la Cassazione ravvisa proprio con richiamo alla prassi affermatasi in ambito contrattuale nel commercio internazionale. Sicché – prosegue la S.C. – dall'altro lato «è inoppugnabile che sia meritevole di tutela l'esigenza, connessa come accennato al commercio internazionale in grade espansione, che il creditore ha di assicurarsi la prestazione del debitore, tramite un rapporto di garanzia che lo assicuri dalle lungaggini e dalle complicazioni connesse alla peculiarità delle varie legislazioni nazionali» ([35]).

Si tratta, a ben guardare, di affermazioni forti, che denunciano l'inadeguatezza del modello italiano e la necessità di rendere competitivo l'ordinamento nazionale a fronte della prassi, anche all'epoca dilagante, dei modelli internazionali, veicolati su scala globale in forza del nuovo *jus mercantile* su cui tanto aveva insistito l'illustre dottrina di Francesco Galgano ([36]).

Le argomentazioni delle Sezioni Unite, nella citata sentenza del 1987. La Corte di Cassazione apre ai modelli commerciali internazionali, ma si tratta, in questa storica pronuncia, di un'apertura cauta, volta a "ridimensionare" quell'*autonomia* registratasi con l'uso di clausole elaborate dalla matrice del "*solve et repete*", non esitando a parlare di autonomia solo «relativa» e ad utilizzare un linguaggio che non abbandona mai il riferimento alla fideiussione, neanche là dove ci si riferisce al rapporto atipico che proprio dalla fideiussione dovrebbe discostarsi. Si legge infatti, in sentenza, che «ciò che merita di essere puntualizzato, riguardo all'*autonomia* del *contratto atipico fideiussorio* rispetto al negozio principale, è che essa va sempre intesa in senso *relativo* perché (...) la definizione del rapporto principale è in ogni caso destinata a determinare anche quella del negozio fideiussorio. In sostanza,

---

([34]) Cass., sez. un., 1° ottobre 1987, n. 7341, cit.
([35]) Cass., sez. un., 1° ottobre 1987, n. 7341, cit.
([36]) GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 229 ss.

© Wolters Kluwer Italia

se pure contrariamente ai principi che disciplinano la fideiussione, è da ritenere valido il contratto che consenta al creditore di esigere dal fideiussore il pagamento immediato, senza che in quella fase possano essere opposte le eccezioni sollevabili dal debitore garantito, tuttavia (...) tutto ciò si risolve in un'inversione dell'onere della prova perché, una volta effettuato il pagamento eventuale ingiusto – la situazione giuridica tra le parti potrà essere riequilibrata e ristabilita con il sistema delle rivalse; essendo evidentemente inammissibile, e non tutelabile dall'ordinamento, che attraverso la clausola di pagamento "a prima richiesta" il creditore possa conseguire due volte la prestazione dovutagli: dal debitore garantito e dal fideiussore. Pertanto la cosiddetta autonomia del contratto fideiussorio rispetto al principale va intesa in senso relativo ed entro i limiti enunciati» ([37]).

2.3. (segue) *Il costante richiamo della prassi commerciale internazionale e la distinzione tra fideiussione con clausola* solve et repete, «a prima richiesta» *o* «senza eccezioni»*, da una parte, e il contratto autonomo di garanzia* (Garantievertrag)*, dall'altra parte, nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947), a distanza di oltre un ventennio dalla precedente pronuncia a Sezioni Unite. Rilievi critici e incongruenze di sistema*

Gli incerti passi mossi dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza del 1987 hanno tracciato una chiara direzione verso l'affermazione del contratto atipico di garanzia, di cui si sa-

([37]) Cass., sez. un., 1° ottobre 1987, n. 7341, cit. In altro punto delle motivazioni il tema viene ulteriormente ripreso e la S.C. chiarisce che «l'autonomia del rapporto fideiussorio eccepita dall'attuale ricorrente incidentale, andava intesa nel senso specificato, ossia come sussistenza dell'obbligazione di adempiere alla garanzia, a semplice richiesta del garantito, senza eccezioni. Ciò peraltro non implica che il contratto così stipulato, pur essendo atipico, esuli dalla sfera del rapporto fideiussorio e comporta, inevitabilmente, la sua connessione con il contratto avente ad oggetto la prestazione garantita; connessione resa evidente dal rilievo che, a prescindere dall'obbligo del fideiussore di eseguire a semplice richiesta del creditore la sua prestazione, l'edito del rapporto principale condiziona in definitiva, in modo risolutivo, la definizione di quello fideiussorio». Per tale impostazione si veda anche, in dottrina, GALGANO e MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 752; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 2009, p. 1154; LAMORGESE, *op. cit.*, par. 4, già sopra segnalata.

© Wolters Kluwer Italia

rebbero dovuti tuttavia meglio precisare i tratti differenziali rispetto alla fideiussione, rimasti alquanto sfumati nella storica pronuncia del secolo scorso.

La giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, resa in materia ha a lungo dibattuto sulla rilevanza delle clausole «a prima richiesta», «a prima richiesta scritta» e «senza eccezioni», riconducibili *lato sensu* alle pattuizioni *solve et repete*, al fine di delineare l'eventuale fuoriuscita dal modello fideiussorio tipico dell'ordinamento domestico, abbracciando il modello affermatosi nella prassi contrattuale del commercio internazionale. Alle incertezze interpretative della giurisprudenza, anche di legittimità, con orientamenti non univoci, ha tentato di porre rimedio la Cassazione con una pronuncia a Sezioni Unite resa il 18 febbraio 2010 n. 3947 – a distanza di ben ventitré anni dalla precedente pronuncia a Sezioni Unite sulla validità del contratto autonomo di garanzia – con l'intento dichiarato di «*definitivamente chiarire* i tratti differenziali, sul piano morfologico, funzionale e interpretativo, tra le fattispecie della fideiussione e del contratto autonomo di garanzia» ([38]).

Si tratta tuttavia di intento che, per certi versi, appare malriuscito, per via di talune vistose incongruenze, ma che denota un altrettanto evidente *favor* per il modello commerciale internazionale rispetto a quello tipizzato nel codice civile: la globalizzazione ([39]), in tale specifico contesto, ha portato a ridelineare, nel diritto vivente ([40]), i tratti della garanzia personale scolpiti dal legislatore codicistico ([41]).

([38]) Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, p. 904 con nota di PUPPO, *La polizza fideiussoria al vaglio delle sezioni unite. Tra autonomia e accessorietà della garanzia*; in *Contratti*, 2020, p. 440 ss., con nota di LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni unite*; in *Corriere giur.,* 2010, 8, p. 1022 ss., con nota di ROLFI, Garantievertrag *e polizza fideiussoria: il* grand arrêt *delle Sezioni Unite tra massime ed* obiter dicta.

([39]) Cfr. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 232 ss.; GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Politica del diritto*, 2009, 2, p. 177 ss.; GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 2006, 2, p. 313 ss.; CAPRIGLIONE, *Globalizzazione intelligente. Riflessioni e spunti tratti dall'opera di Dani Rodrik*, in *Contratto e impresa*, 2019, 2, p. 813 ss.; SALVI, *Globalizzazione e critica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, 1-2, p. 19 ss.

([40]) Sul diritto vivente cfr. GALGANO, *La giurisprudenza fra* ars inveniendi *e* ars combinatoria, in *Contratto e impresa*, 2012, 1, p. 77 ss.;

([41]) Sull'erosione del potere normativo statale nella società post-indu-

© Wolters Kluwer Italia

Le Sezioni Unite intervengono nuovamente per comporre un contrasto tra indirizzi giurisprudenziali, cogliendo l'occasione di una pronuncia in materia di polizze fideiussorie per riorganizzare sotto il profilo sistematico, in un *obiter dictum* decisamente corposo, la linea di demarcazione tra i due istituti, quello della fideiussione e quello del contratto autonomo di garanzia. L'*obiter dictum* viene reso dalle Sezione Unite prima ancora di argomentare sull'oggetto stesso della questione sottoposta alla sua attenzione, concernente la natura delle polizze assicurative fideiussorie, in generale e nelle convenzioni stipulate dall'appaltatore di opere pubbliche.

Con la citata sent. n. 3947 del 2010, le S.U. richiamano il proprio orientamento già espresso nel 1987, ammettendo che tale pronuncia «nebulosa apparve (...) ai commentatori e agli interpreti più accorti» ([42]), in particolare per ciò che atteneva «la distinzione tra contratto autonomo di garanzia e fideiussione con clausola *solve et repete*» ([43]) e, segnatamente, «le linee portanti dei due istituti che verranno più pensosamente esplorate al sempre più nitido delinearsi dei caratteri tipici del contratto autonomo di garanzia, che (sorto alla fine dell'800 in Inghilterra e in Germania per soddisfare evidenti e pressanti esigenze di semplificazione del commercio internazionale), approda, non senza contrasti, nel nostro Paese con indiscutibile ritardo, attesa la problematica compatibilità della nuova fattispecie con i tradizionali parametri cui dottrina prevalente e giurisprudenza pressoché unanime erano avvezzi a far riferimento in materia negoziale: da un lato, il dogma della accessorietà "necessaria" del negozio di garanzia titolato, dall'altro, il requisito della *causa negotii* intesa come funzione "economico sociale" del negozio – quantomeno fino alla recente svolta di quella corte di legittimità di cui alla sentenza 10490/2006, autorevolmente confermata dalle sezioni unite con la sentenza n. 26972/2008» ([44]).

Il discorso sulla causa, nel ragionamento delle Sezioni Unite, acquista significatività in ragione dell'indagine sulla meritevolezza degli interessi a fronte dell'atipicità del contratto auto-

---

striale e nell'epoca postmoderna si vedano GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 229 ss.; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., *passim*.

([42]) Così Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947 del 2010, cit., par. 1 della motivazione.

([43]) *Ibidem*.

([44]) *Ibidem*.

© Wolters Kluwer Italia

nomo di garanzia, del quale viene ribadita una più spiccata autonomia rispetto al ragionamento avanzato, più debolmente, nella sentenza del 1987. Sicché nella sentenza del 2010 s'è avvertita la necessità di ribadire che la garanzia atipica, «ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., persegue un interesse certamente "meritevole di tutela", identificabile nell'esigenza condivisa di assicurare l'integrale soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario vulnerato dall'inadempimento del debitore originario e, di conseguenza, di conferire maggiore certezza allo scorrere dei rapporti economici (specie transnazionali)» ([45]).

Nell'esplorare i meccanismi funzionali del contratto autonomo di garanzia, la S.C. rinviene l'elemento caratterizzante nell'«impegno del garante a pagare *illico et immediate*, senza alcuna facoltà di opporre al creditore/beneficiario le eccezioni relative ai rapporti di valuta e di provvista, in deroga agli artt. 1936, 1941 e 1945 c.c., caratterizzanti, di converso, la garanzia fideiussoria» ([46]), sicché nel *Garantievertrag* si assiste, sul piano funzionale, ad una evidente elisione del carattere di accessorietà e ad una scissione della garanzia autonoma dal rapporto di valuta ([47]). Sulla scorta di tali premesse, le Sezioni Unite affermano dunque che, in tale contratto atipico, la «causa concreta viene correttamente individuata in quella di assicurare la libera circolazione dei capitali e il pronto soddisfacimento dell'interesse del beneficiario (ovvero ancora in quella di sottrarre il creditore al rischio dell'inadempimento, trasferito nei fatti su di un altro soggetto, "istituzionale" solvibile), il quale può così porre affidamento su di una rapida e sollecita escussione di una controparte affidabile, senza il rischio di vedersi opporre, in sede processuale, il regime tipico delle eccezioni fideiussorie» ([48]).

([45]) *Ibidem*. Proprio sull'esigenza di «certezza» la Cassazione, nella medesima sentenza, ritornerà nella parte in cui intende trarre elementi presuntivi a favore del contratto autonomo di garanzia, dalla presenza di clausole volte ad inibire la proponibilità delle eccezioni relative al rapporto sottostante, in realtà ammissibili tanto nella garanzia fideiussoria che nella garanzia atipica contrassegnata da autonomia rispetto al rapporto intercorrente tra debitore garantito e creditore beneficiario. Sul punto si ritornerà più avanti, nel prosieguo di discorso, al quale sin d'ora si rinvia.

([46]) *Ibidem*.

([47]) *Ibidem*.

([48]) *Ibidem*. In altro punto della medesima sentenza, le Sezioni Unite della Cassazione ribadiscono che «la diversità di struttura e di effetti rispetto alla fideiussione si riflette sulla causa concreta (...) del *Garantievertrag*, la quale

© Wolters Kluwer Italia

In questa direzione, la Cassazione intravede anche altri aspetti, di sicuro interesse oggi anche per l'indagine in ulteriori contesti ([49]), rimarcando una funzione di tipo (anche) «cauzionale», che segna una sorta di "mutazione genetica" rispetto al tipo della fideiussione ([50]).

Il discorso sulla causa apre la strada per la distinzione tra i due istituti sotto il profilo "morfologico", su cui si confrontano gli orientamenti contrastanti della pregressa giurisprudenza di legittimità, che le Sezioni Unite hanno inteso comporre.

Il carattere di indipendenza dal rapporto principale rimane l'elemento distintivo rispetto alla fideiussione e ciò si riflette sulla morfologia della garanzia autonoma, in quanto in essa il garante, a differenza del fideiussore, si obbliga non tanto a garantire l'adempimento del debitore principale, ma a tenere indenne il creditore beneficiario dai pregiudizi che possono derivargli dalla mancata prestazione del debitore medesimo, sicché la prestazione del garante, nella garanzia autonoma, è solo equivalente, ma non necessariamente corrispondente, a quella del debitore principale ([51]). Ciò ha indotto la Cassazione a pronunciarsi per la definitiva fuoriuscita di tale contratto dal modello fideiussorio, in presenza di specifiche clausole inserite dalle parti in forza dell'autonomia contrattuale.

Diviene infatti necessario, nella fattispecie concreta di volta

---

risulta essere quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no: infatti, la prestazione dovuta dal garante è qualitativamente diversa da quella dovuta dal debitore principale, essendo (non quella di assicurare l'adempimento della prestazione dedotta in contratto ma) semplicemente quella di assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento» (par. 9.3 delle motivazioni).

([49]) Si pensi alle questioni sollevate con riguardo alla crisi pandemica, nei contratti di locazione commerciale assistiti da garanzia autonoma. Su tali aspetti si rimanda a quanto illustrato, nel presente capitolo, al par. 4.

([50]) Come ulteriormente evidenziato nella citata sent. 3947 del 2010, par. 1 della motivazione, per la S.C. «par lecito discorrere, a proposito del contratto atipico di garanzia, di una funzione di tipo "cauzionale" – mentre la sua più frequente utilizzazione rispetto al deposito di una vera e propria cauzione trae linfa proprio in ragione della sua minore onerosità e della possibilità di evitare una lunga e improduttiva immobilizzazione di capitali (conseguenza ineludibile del deposito cauzionale): è in conseguenza di tali aspetti funzionali che la garanzia muta "geneticamente" da vicenda *lato sensu* fideiussoria in fattispecie atipica che, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2, persegue un interesse certamente "meritevole di tutela"».

([51]) Cass., sez. un., sent. n. 3947 del 2010, cit., par. 9.3 della motivazione.

© Wolters Kluwer Italia

in volta analizzata, indagare la reale volontà delle parti per verificare se abbiano o meno inteso escludere il carattere di accessorietà dalla garanzia. Si tratta di accertamento complesso, dal momento che la clausola "a prima richiesta" o "a semplice richiesta" può «alternativamente rappresentare diversi "tipi" funzionali, a grado di intensità crescente: il primo, rigorosamente procedimentale, volto alla sola inversione dell'onere probatorio; il secondo, determinativo dell'effetto di *solve et repete*, per ciò solo del tutto inscritto (ancora) nell'ordina del negozio fideiussorio; il terzo, di sostanziale separazione del diritto all'adempimento della autonoma obbligazione di garanzia rispetto al contratto sottostante» ([52]).

Il ruolo assunto dalle clausole usate dai contraenti è apparso decisivo ad un orientamento giurisprudenziale prevalente, con l'avallo della dottrina maggioritaria, essendosi al riguardo ritenuto decisivo, ai fini della configurazione del contratto autonomo di garanzia, la presenza di clausole volte a sancire, per il garante, l'impossibilità di opporre al creditore beneficiario le eccezioni relative al rapporto sottostante, spettanti al debitore principale ([53]). Secondo questo indirizzo, l'utilizzo di clausole "a prima richiesta", "senza eccezioni" e simili, varrebbe di per sé a qualificare il contratto di garanzia come contratto autonomo, rendendolo incompatibile con il carattere di accessorietà connotante la fideiussione ([54]).

Altro orientamento, invece, solcava altri sentieri, fondando su diversi elementi del tessuto negoziale la ricostruzione del contratto autonomo di garanzia, accordando rilevanza (i) alla previsione di un termine contenuto entro cui il garante è obbligato a corrispondere la propria prestazione, (ii) alla decorrenza di tale breve termine dalla data di ricevimento della richiesta

---

([52]) Cass., sez. un., sent. n. 3947 del 2010, cit., par. 2 della motivazione.

([53]) In questo senso l'orientamento giurisprudenziale maggioritario era espresso, *ex multis*, da Cass. 31 luglio 2002, n. 11368; Cass., 20 luglio 2002, n. 10637; Cass. 7 marzo 2002, n. 3326; Cass. 19 giugno 2001, n. 8324; Cass., 17 maggio 2001, n. 6757; Cass. 1° ottobre 1999, n. 10684; Cass. 21 aprile 1999, n. 3964; Cass. 6 aprile 1998, n. 3552 (tutte considerate da Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit., par. 2 delle motivazioni).

([54]) Cfr. Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit., par. 10 delle motivazioni, ove si fa riferimento, oltre alle sentenze citate nella nota precedente, anche a Cass., n. 3257 del 2007; Cass., n. 14853 del 2007; Cass., n. 11890 del 2008, in motivazione; Cass., n. 8248 del 1998.

© Wolters Kluwer Italia

da parte del creditore beneficiario della garanzia; (iii) all'espressa esclusione del *beneficium excussionis* ([55]). Secondo tale orientamento, dunque, la clausola "a prima richiesta" o altre analoghe sarebbero, di per sé sole, inidonee a rendere autonomo il rapporto di garanzia, tant'è che sono pacificamente rinvenibili anche a corredo del modello fideiussorio, sicché, in tale indirizzo giurisprudenziale, s'era ritenuto necessario andare alla ricerca di altri indici sintomatici – al di là dell'indagine sulle predette clausole – volti ad escludere l'accessorietà della garanzia rispetto al rapporto di base ([56]). Questo secondo orientamento, dunque, «è (...) nel senso che il contratto non assume i connotati del contratto autonomo di garanzia per il solo fatto di presentare un patto che obblighi il garante a pagare, sulla richiesta del beneficiario, il quale gli dichiari essersi verificati i presupposti per l'esigibilità della garanzia, e senza poter opporre eccezioni attinenti al rapporto di base (...). Un patto di rinunzia del fideiussore a far valere subito determinate eccezioni non altererebbe, peraltro, il tipo contrattuale, che resta caratterizzato, come la fideiussione, dal principio di accessorietà (art. 1939 e 1945 c.c.): la clausola è dunque in sé valida, giacché, pur con riguardo alla causa del contratto di fideiussione ed alla relativa disciplina, essa costituisce una manifestazione di autonomia contrattuale, che resta nei limiti imposti dalla legge (art. 1322 c.c.), dalla quale si trae, insieme, che clausole limitative della possibilità di proporre

---

([55]) Per tale secondo orientamento viene richiamato, in particolare, Trib. Milano, 22 ottobre 2001, nonché, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., n. 2909 del 1996, in motivazione; Cass., n. 5044 del 2009. Cfr. Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947 cit., par. 2 e par. 10 delle motivazioni.

([56]) L'osservazione sulla non decisività delle clausole "a prima richiesta", "senza eccezioni" *et similia*, al fine di ricondurre il rapporto di garanzia nell'alveo del *Garantivertrag* – ricorrente in dottrina – è riscontrabile sin dagli scritti di G.B. Portale, per il quale «l'estrema varietà dei testi reperibili nella prassi, l'imprecisione e talora la contraddittorietà del loro contenuto (...), costringono ancora le corti ad affrontare, con insospettata frequenza, la questione della delimitazione del contratto autonomo di garanzia e del contratto di fideiussione (...)», la cui soluzione p stata resa «più difficile dalla "smitizzazione" della clausola di "paramento a prima richiesta" [poiché] si ammette dappertutto che la sua presenza, da sola, non basta, a rendere autonomo il contratto di garanzia, staccandolo sia dal rapporto di valuta, sia dal rapporto di provvista». Così PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, I, p. 6. Si veda anche RENNA, *Gli indici denotativi della garanzia autonoma nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2016, 2, p. 135 ss. e, *ivi*, spt. 139.

© Wolters Kluwer Italia

eccezioni sono in certa misura ed a determinate condizioni consentite dall'ordinamento (art. 1341, comma 2), e che una clausola del tipo di quella di cui si discute non è in contrasto con l'aspetto essenziale del contratto di fideiussione, aspetto rappresentato dall'accessorietà» ([57]).

La questione, in altre parole, riguarda l'«idoneità o sufficienza della clausola di pagamento a prima o semplice richiesta (o senza eccezioni) a trasformare un contratto di fideiussione (pur atipico) in un *Garantievertrag*» ([58]).

Le Sezioni Unite, pur non direttamente investite dalla questione, illustrano i due indirizzi disomogenei, ritenendo di dover dare continuità al primo di essi, ponendo però a base della decisione non già ragioni di diritto, ma di opportunità, in quanto l'orientamento scelto avrebbe «l'ineliminabile pregio di consentire, *ex ante*, la necessaria prevedibilità della decisione giudiziaria in caso di controversia, restringendo le maglie di aleatori spazi ermeneutici sovente forieri di poco comprensibili disparità di decisioni a parità di situazioni esaminate, così che la clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" dovrebbe di per sé orientare l'interprete verso l'approdo alla autonoma fattispecie del *Garantievertrag*, salva evidente, patente, irredimibile discrasia con l'intero contenuto "altro" della convenzione negoziale» ([59]).

Sembra evidente, però, che la Corte si sia mossa più sul piano della politica del diritto che non su quello delle argomentazioni *stricto sensu* giuridiche: pur confermando la non decisività della clausola "a prima richiesta" e "senza eccezioni" ad altre analoghe per fondare il giudizio sull'autonomia della garanzia di volta in volta esaminata e pur rinvenendosi nel nostro ordinamento un unico rapporto tipico di garanzia, qual è la fideiussione, compatibile con siffatte clausole, le Sezioni Unite hanno mostrato un deciso *favor* per il modello improntato alle esigenze del commercio internazionale, anche là dove le questioni ed i rapporti intercorsi tra le parti siano confinati nella cornice domestica, producendo l'effetto di presumere, *iuris tantum*, l'instaurazione di un rapporto di garanzia autonomo conforme alla prassi commerciale internazionale.

In altre parole, l'intervento delle Sezioni Unite, con la sen-

---

([57]) Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947 cit., par. 10.
([58]) Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947 cit., par. 10.
([59]) Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947 cit., par. 10.

© Wolters Kluwer Italia

tenza del 2010, coglie l'occasione di un *obiter dictum* per "tipizzare" nel diritto vivente il rapporto di garanzia autonoma, importato dalla prassi dei contratti commerciali internazionali, facendone presumere l'esistenza, salvo specifica prova contraria o salvo che non si rinvenga diversamente da un'approfondita analisi dei rapporti intercorsi tra i contraenti, qualora alla garanzia vengano apposte clausole "a prima richiesta", "senza eccezioni" e simili, ritenute perfettamente compatibili anche con il modello legale tipico della fideiussione. Sicché, a ben guardare, la pronuncia delle Sezioni Unite finisce per derubricare la clausola "a prima richiesta" (e simili) «da fattore costitutivo a prova avente natura indiziaria del contratto di garanzia autonoma. La clausola "a prima richiesta", quindi, viene ad essere dotata di una valenza relativo-presuntiva, subalterna all'effettivo volere delle parti» ([60]).

Sul piano sistematico e dell'argomentazione strettamente giuridica, il ragionamento delle Sezioni Unite non pare convincente e del resto sembra poggiare unicamente sull'esigenza di discostarsi dal modello di garanzia civilcodicistico per l'accresciuta rilevanza dei modelli stranieri, ai quali è stata improntata la prassi commerciale internazionale.

Le distonie del ragionamento delle Sezioni Unite, tuttavia, si palesano anche su altro fronte: nel rendere la morfologia e la struttura del contratto autonomo di garanzia, la S.C. ha insistito sulla definitiva perdita del carattere di accessorietà rispetto alla fideiussione ([61]), ma, come efficacemente rimarcato in dottrina, l'accessorietà – anche analizzando l'esperienza straniera sia statunitense, sia tedesca, sia francese – non si elimina del tutto, ma semmai si affievolisce e l'autonomia, conseguentemente, non è mai realizzata pienamente, assumendo invece i caratteri dell'autonomia «relativa» più efficacemente annotati dalle Sezioni Unite nella "storica" sentenza del 1987, sopra esaminata ([62]). Infatti, come rilevato dall'autorevole dottrina di France-

---

([60]) RENNA, *Gli indici denotativi della garanzia autonoma nella recente giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 143.

([61]) Secondo la citata sent. n. 3947 del 2010 delle Sezioni Unite, tra contratto autonomo di garanzia e fideiussione la cesura è netta, «sopravvivendo resti di omogeneità tra i due "tipi" negoziali soltanto nella misura in cui, attorno alle due fattispecie, orbiti ancora il concetto di garanzia, pur nelle non riconciliabili differenze di gradazioni» (v. par. 2 delle motivazioni).

([62]) Sul punto si rimanda alle riflessioni di LAMORGESE, Garantievertrag

© Wolters Kluwer Italia

sco Galgano, nel contratto autonomo di garanzia l'accessorietà opera comunque nei rapporti tra debitore principale e creditore beneficiario della garanzia (pur essendo inoperante tra garante e creditore garantito), tant'è che il debitore può agire in ripetizione nei suoi confronti, adducendo che il pagamento, che questi abbia ricevuto dal garante, «è privo di causa, essendo stato eseguito in forza di un contratto accessorio – in quanto contratto di garanzia – al contratto [sottostante, *n.d.a.*] di cui si allega l'invalidità o l'inefficacia o il già avvenuto adempimento» ([63]).

L'orientamento espresso dalle Sezioni Unite, inoltre, finisce per essere utilizzato come criterio per l'interpretazione sulla qualificazione dei contratti, quale elemento per ricostruire (presuntivamente) la comune volontà delle parti, finendo però per contraddire i criteri previsto dagli artt. 1362 ss. c.c., ove, per un verso, si richiede che l'indagine venga effettuata senza limitarsi al senso letterale delle parole (a maggior ragione se si tiene a mente che la formulazione delle clausola "a prima richiesta" e "senza eccezioni" *et similia* è riferibile tanto alla fideiussione quanto al rapporto autonomo di garanzia) e, dunque, andrebbe ricostruita non presuntivamente, ma andando alla ricerca di elementi concreti da rinvenire nella concreta fattispecie contrattuale, finanche analizzando il comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto. Per altro verso, la permanenza di dubbi interpretativi sulla qualificazione del contratto, dopo l'inutile esperimento dei criteri definiti dagli artt. 1363-1370 c.c., avrebbe dovuto condurre all'applicazione delle regole finali di interpretazione contenute nell'art. 1371

---

secondo le sezioni unite, in *Giust. civ.*, 2010, 6, p. 1365 ss., ove nel par. 4, dopo aver illustrato la garanzia autonoma nel sistema francese e in quello tedesco, rileva che «indubbiamente in entrambe le situazioni, diversamente da quanto ritengono le sezioni unite, si verifica un indebolimento della accessorietà propria della fideiussione, indebolimento che è maggiore nel *Garantievertrag*, ma che – è proprio questo il punto – non ne determina l'eliminazione. Nel nostro ordinamento (come in quello tedesco), un'astrazione assoluta, in cui la sorte o i difetti dell'obbligazione sottostante non abbiano mai alcuna ripercussione sull'obbligazione astratta di garanzia, non è ammessa, ma ciò non toglie che tra astrazione assoluta e accessorietà (nel senso tradizionale) vi siano diverse gradazioni che il legislatore di volta in volta legittima, secondo un giudizio di convenienza dei vari interessi in giovo coinvolti».

([63]) Cfr. GALGANO e MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 752; ma anche GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 2009, p. 1154, richiamato, nella medesima direzione, da LAMORGESE, *op. cit.*, par. 4.

© Wolters Kluwer Italia

c.c. ([64]), imponendo di ricostruire il senso del contratto individuandolo in quello meno gravoso per l'obbligato nel caso in cui il rapporto di garanzia si risolvesse in un contratto a titolo gratuito, ovvero nel senso volto a realizzare l'equo contemperamento degli interessi delle parti, qualora il rapporto di garanzia sia contemplato in un contratto a titolo oneroso (considerando la struttura dei rapporti intecorrenti tra le parti) ([65]). La stessa onerosità del contratto potrebbe dare indicazioni sulla natura della garanzia ([66]). Ciò avrebbe dovuto indurre le Sezioni Unite a preferire una soluzione interpretativa maggiormente conforme ai criteri interpretativi delineati nel nostro sistema codicistico – incluso il ricorso alle regole finali di interpretazione del contratto, in caso residuino dubbi sulla natura della garanzia – evitando soluzione aprioristiche che appaiono, francamente, non in linea con una ricostruzione di sistema.

La giurisprudenza della Cassazione, successiva alla sentenza resa in funzione nomofilattica, lascia emergere in maniera evidente tali incongruenze.

([64]) Sulle regole finali di interpretazione dei contratti *ex* art. 1371 c.c. si veda la recente monografia di MOLLO, *Regole finali di interpretazione del contratto*, Milano, 2021, in *Le monografie di Contratto e impresa*.

([65]) È noto, infatti, che la *fideiussione* può essere stipulata anche a titolo *gratuito*, diversamente invece da quanto avviene per la *polizza fideiussoria*, che è *necessariamente a titolo oneroso*. Lo ha rilevato anche la Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.: «La c.d. polizza fideiussoria è un negozio che, sotto il profilo genetico, si distingue dalle convenzioni fideiussorie sia perché necessariamente oneroso, mentre la fideiussione può anche essere a titolo gratuito, sia perché stipulato non tra il fideiussore e il creditore, ma, di regola, dall'appaltatore (debitore principale) su richiesta e in favore del committente beneficiario (creditore principale); inoltre, esso è strutturalmente articolato secondo lo schema del contratto a favore di terzo, il quale non è parte né formale né sostanziale del rapporto, ed è funzionalmente caratterizzato dall'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazione (promittente), di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente». Il ragionamento è stato ripreso anche dalla successiva giurisprudenza di merito, finendolo per allargare anche al contratto di garanzia autonoma, come ad es. in Trib. Venezia, 29 dicembre 2016, n. 3424, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2018, 1, II, p. 93, per il quale «Nel caso in cui la garanzia venga prestata a titolo gratuito difetta un elemento proprio dei contratti autonomi di garanzia i quali sono necessariamente onerosi».

([66]) Ved. nota precedente.

© Wolters Kluwer Italia

2.4. *Gli orientamenti giurisprudenziali più recenti e le discrasie di sistema tra certezza del diritto, regole finali di interpretazione dei contratti e* favor *per la nuova* lex mercatoria

La pronuncia delle Sezioni Unite del 2010 ha ovviamente influito sulla successiva produzione giurisprudenziale, dalla cui lettura si può trarre conferma in ordine alle incongruenze poc'anzi evidenziate.

Così ad esempio, tra tutte, si veda la recente sentenza della Cass., sez. VI, 3 dicembre 2020, n. 27619, nella quale viene richiama espressamente la sentenza resa a Sezioni Unite nel 2010, n. 3947 – conformi, anche Cass., n. 19736 del 2011, Cass., n. 22233 del 2014 e Cass., n. 18572 del 2018 – , nella parte in cui s'è affermato che «l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia (c.d. *Garantievertrag*), in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale». Proseguendo il proprio ragionamento, la recente sentenza della S.C. ha quindi ammesso che «alla luce di tali criteri andava dunque ricercata la qualificazione del contratto [nel caso sottoposto alla propria attenzione, *n.d.a.*]. E va ribadito che questi criteri discretivi sono essi stessi frutto dell'applicazione delle *regole di interpretazione del contratto*, attraverso i quali questa Corte distingue tra contratto accessorio ed autonomo di garanzia» ([67]).

Si tratta però di criteri non convincenti. Vero è che, a differenza di quanto avviene nella fideiussione, nel contratto autonomo di garanzia il rapporto tra garante e creditore si caratterizza per l'*indipendenza* (relativa) rispetto al rapporto sottostante, che nella fideiussione si mantiene invece accessorio ([68]). V'è tutta-

---

([67]) Così Cass., sez. VI, 3 dicembre 2020, n. 27619, cit., in motivazione, ove si aggiunge altresì che «giusta la regola indicata da questa Corte secondo cui il pagamento a prima richiesta e senza eccezioni rende autonoma l'obbligazione del garante, salvo che quella clausola sia incompatibile con l'intero contenuto del contrato, la Corte di merito avrebbe dovuto dedurne la natura autonoma e non già accessoria, in quanto la clausola di pagamento a prima richiesta non solo non è incompatibile con il contenuto del contratto, ma vi concorda».

([68]) Cfr., *ex multis*, STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 790, per il quale «l'aspetto che contraddistingue il contrato di garanzia autonoma, sotto

© Wolters Kluwer Italia

via una *strutturale affinità* tra i due istituti, qualora la fideiussione presenti una clausola "a prima richiesta", la cui presenza *non è di per sé incompatibile l'accessorietà* e, quindi, non implica necessariamente ed a priori l'autonomia del rapporto di garanzia rispetto al rapporto sottostante.

Pertanto, qualora nella fideiussione sia riportata la clausola *solve et repete* o una clausola "a prima richiesta" (o "senza eccezioni" o simili), ciò non vale, di per sé solo, a trasformare la fideiussione da garanzia accessoria a contratto autonomo di garanzia, in quanto non è detto che la clausola in questione renda il rapporto di garanzia effettivamente autonomo rispetto al rapporto principale.

Per distinguere la fideiussione con clausola *solve et repete* o "a prima richiesta" (*et similia*) e un contratto autonomo di garanzia, dunque, «non si profila decisivo l'impiego o meno di espressioni quali a prima richiesta o a semplice richiesta scritta, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella accessoria di garanzia: le differenze, infatti, devono essere ricercate sul piano dell'autonomia e non su quello della causa, potendo la clausola di pagamento riferirsi sia ad una garanzia con caratteristiche di accessorietà (...) (risolvendosi in una clausola di *solve et repete*, ai sensi dell'art. 1462), sia ad una garanzia svincolata dal rapporto principale garantito, configurando un contratto autonomo di garanzia» (69).

---

il profilo strutturale, è l'indipendenza del rapporto di garanzia rispetto a quello garantito ovvero la mancanza del carattere accessorio, proprio della fideiussione, rispetto al rapporto sottostante garantito».

(69) POLITO, *Comm. all'art. 1462 c.c.*, in *Delle obbligazioni (artt. 1425-1469 bis c.c.)*, a cura di Caianiello, Polito e Sgroi, ne *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, diretta da C. Ruperto, Milano, 2011, p. 527 e 528, il quale richiama, in questo senso, Cass. 28 febbraio 2007, n. 4661. S'è altresì rimarcato che la clausola con cui si intende derogare all'art. 1957 c.c., secondo cui il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale purché il creditore abbia diligentemente coltivato le sue istanze contro il debitore e le abbia poi diligentemente continuate – anche nel caso in cui il fideiussore abbia espressamente limitato la sua fideiussione allo stesso termine dell'obbligazione principale – può essere derogata dalle parti, ma «la deroga all'art. 1957 non può d'altro canto ritenersi implicita nell'inserimento, nella fideiussione, di una clausola di "pagamento a prima richiesta" o di altra equivalente, sia perché detta norma è espressione di un'esigenza di protezione del fideiussore che prescinde dall'esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale e può essere considerata meritevole di tutela anche nella ipotesi in cui tale collegamento sia assente, sia perché la presenza di una clausola siffatta

© Wolters Kluwer Italia

Le clausole con cui si struttura il contratto di garanzia in via autonoma e indipendente dal rapporto sottostante, facendo perdere i connotati dell'accessorietà, non vanno confusi con le clausole "a prima richiesta" che, ove accompagnino le fideiussioni, non la pongono al di fuori del tipo di cui all'art. 1936 ss. c.c.: con la clausola "a prima richiesta", infatti, il garante può obbligarsi a corrispondere quanto dovuto a titolo di garanzia, senza rinunciare necessariamente alle eccezioni, ma differendole ad un momento successivo rispetto al pagamento, con l'operatività tipica del *solve et repete* pattizio di cui all'art. 1462 c.c.

Pertanto, la pattuizione con cui le parti intendono mantenere indipendente il rapporto di garanzia, rendendolo effettivamente autonomo rispetto al rapporto di base, vanno indagate non in via presuntiva, come invece pretenderebbero le Sezioni Unite della Cassazione, ma imporrebbero un accertamento volto ad indagare la presenza di ulteriori elementi sintomatici, in difetto dei quali, permanendo dubbi interpretativi, troverebbero applicazione, nel nostro sistema giuridico, le regole finali di cui all'art. 1371 c.c. (che ad esempio, in caso di garanzia resa a titolo gratuito, porterebbero a qualificare il contratto in aderenza al modello fideiussorio, meno oneroso per l'obbligato, per via dell'accesso ad un novero maggiore di eccezioni e per le restrizioni quantitative della propria prestazione, pur sempre dovuta nei soli limiti dell'obbligazione principale e che comunque, ove la garanzia fosse resa a titolo oneroso, comporterebbe l'esigenza di realizzare l'equo contemperamento degli interessi delle parti e il *favor creditoris* o il *favor argentarii*) ([70]).

---

non assume comunque rilievo decisivo ai fini della qualificazione di un negozio come "contratto autonomo di garanzia" o come "fideiussione", ponendo tali espressioni riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome) sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più o meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita, sia infine a clausole, il cui inserimento nel contratto di garanzia è finalizzato, nella comune intenzione dei contraenti (non all'esclusione, ma) a una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957, ad esempio limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l'estinzione della garanzia, esonerando il creditore dall'onere di proporre azione giudiziaria. Ne consegue che, non essendo la clausola di pagamento a prima richiesta di per sé incompatibile con l'applicazione della citata norma codicistica, spetta al giudice di merito accertare, di volta in volta, la volontà in concreto manifestata dalle parti con la stipulazione della detta clausola (Cass. 12 dicembre 2005 n. 27333)». Così, ancora, POLITO, *op. cit.*, p. 527 e 528.

([70]) Cfr., ad es., Cass., sez. III, 23 dicembre 2004, n. 23967, in *Giust. civ.*

© Wolters Kluwer Italia

Si comprende bene, allora, perché la giurisprudenza di merito stia insistendo nel percorrere l'altro indirizzo, volto a ricercare la presenza di *ulteriori indici ermeneutici*, ritenendo insufficiente l'indagine, ancorché in via presuntiva, sulla mera presenza della clausola "a prima richiesta" e "senza eccezioni" per operare la qualificazione del rapporto di garanzia, sia in senso favorevole alla fideiussione ([71]), sia in senso favorevole al contratto autonomo di garanzia ([72]).

Le comprensibili esigenze di certezza in tale ambito del diritto, particolarmente inciso dai modelli commerciali internazio-

---

Mass. 2005, 1, per la quale «a norma di quanto disposto dagli art. 1936, 1941 e 1942 c.c., l'obbligazione del fideiussore, configurandosi in termini di indubitabile accessorietà, ha un oggetto (per sorta capitale e per accessori) del tutto identico a quello dell'obbligazione principale, non può eccedere quanto dovuto dal debitore, non può essere prestata a condizioni più onerose rispetto a quelle gravanti sul debitore medesimo. Risulta, conseguentemente, affetta da nullità (rilevabile anche *ex officio*) la clausola (...) che preveda l'adeguamento al costo della vita secondo gli indici Istat dell'importo massimo garantito dal fideiussore, clausola all'evidenza funzionale ad un'illegittima trasformazione dell'obbligazione originariamente contratta a garanzia di un debito di valuta in un debito di valore».

([71]) Ad esempio, per Trib. Vicenza, 25 febbraio 2020, n. 419, in *De Jure*, «il carattere distintivo del contratto autonomo di garanzia è costituito dall'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, derivante dall'esclusione del garante dalla facoltà di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola essenziale posta per la fideiussione dall'art. 1945 c.c. In particolare, l'uso di espressioni quali "a prima richiesta", "a semplice richiesta" e consimili non è considerato decisivo ai fini della qualificazione della garanzia in termini di contratto autonomo di garanzia, potendo tali espressioni stare solo a significare che le parti hanno inteso corredare la fideiussione della clausola *solve et repete*, ritenuta non incompatibile con la struttura di tale contratto tipico. Detto altrimenti, *per qualificare un rapporto in termini di contratto autonomo di garanzia non è sufficiente la previsione di una clausola di pagamento a prima richiesta* (su cui ha, invece, fatto perno la convenuta al fine di avvalorare la propria tesi), *occorrendo altri indici* che attestino la volontà delle parti di rendere l'obbligazione di garanzia autonoma rispetto all'obbligazione garantita ed insensibile alle vicende di questa».

([72]) Così, ad esempio, Trib. Roma , sez. XVII, 17 febbraio 2020, n. 3476, in *De Jure*, ove si afferma che «al fine della qualificazione del contratto autonomo di garanzia, l'esclusione della legittimazione del debitore principale a chiedere che il garante opponga al garantito le eccezioni scaturenti dal rapporto principale e la rinuncia ad opporre eccezioni da parte del garante che, dopo il pagamento, abbia agito in regresso, *costituiscono indici* di una deroga alla normale accessorietà della garanzia fideiussoria, nella quale invece il garante ha l'onere di preavvisare il debitore principale della richiesta di pagamento del creditore, ai sensi dell' art. 1952, secondo comma, cod. civ., all'evidente scopo di porre il debitore in condizione di opporsi al pagamento, qualora esistano eccezioni da far valere nei confronti del creditore».

© Wolters Kluwer Italia

nali, non dovrebbe comportare l'abdicazione dei criteri ermeneutici previsti dal nostro sistema ([73]). Nell'indirizzo tracciato dalle Sezioni Unite in chiave monofilattica, però, non emerge solo un problema di prevedibilità *ex ante* delle decisioni giudiziarie ([74]), dato che, nel dubbio interpretativo, si sarebbe potuta invocare la soluzione diversa, estraibile dall'art. 1371 c.c. sulle regole finali di interpretazione del contratto, in grado anch'essa di conferire certezza interpretativa ai casi dubbi e, al contempo, aderenza sistematica al nostro ordinamento. La Cassazione pare invece aver voluto ignorare le regole finali di interpretazione del contratto per una ragione evidente: l'indubbio *favor* per il contratto autonomo di garanzia, al dispetto del modello nazionale tipico, è animato dal *favor* per l'affermazione dei modelli di diritto mercantile in ambito internazionale, realtà a cui anche l'ordinamento italiano s'è ritenuto non possa rimanere estraneo al costo di disarmonie di sistema.

Il "diritto giurisprudenziale" della S.C. consacra così, nel diritto interno, il nuovo *ius mercantile*. Sempre attuali, anche a tal riguardo, si mostrano le acute osservazioni dell'autorevole dottrina di Francesco Galgano, là dove ha osservato che «l'antica *lex mercatoria* aveva preceduto l'avvento degli Stati moderni (dai quali sarebbe stata poi recepita come diritto statuale e collocata nei codici di commercio); la sua funzione era consistita nel derogare, per i rapporti commerciali, al diritto civile di allora, ossia al diritto romano, rivelatosi non più congeniale alle esigenze dei traffici La nuova *lex mercatoria* – l'espressione ormai circola in tutto il mondo – opera, per contro, entro una realtà caratterizzata dalla divisione politica dei mercati in una pluralità di Stati; la sua funzione è di superare la discontinuità giuridica da questi provocata» ([75]).

([73]) Sul tema della certezza del diritto si segnala l'elegante scritto di ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, a cui si rinvia per le interessanti riflessioni critiche.

([74]) Stando all'interpretazione della S.C., nella sentenza a sezioni unite del 2010, in caso di controversia sul significato da attribuire alle clausole «a prima richiesta e senza eccezioni» l'interprete «dovrebbe di per sé orientarsi verso l'approdo alla autonoma fattispecie del *Garantievertrag*, salva evidente, patente, irredimibile discrasia con l'intero contenuto "altro" della convezione negoziale». Cfr. A.M. BENDETTI, *op. cit.*, p. 138, che riprende il passo decisivo della pronuncia poc'anzi cit.

([75]) GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 248.

© Wolters Kluwer Italia

3. La riconducibilità delle clausole «a prima richiesta» e «senza eccezioni» (*et similia*) all'art. 1462 c.c. Applicabilità di tale articolo sia alla fideiussione, che presenti tali clausole, sia al contratto autonomo di garanzia

3.1. *L'applicabilità dell'art. 1462, comma 1, c.c. alla garanzia fideiussoria ed alla garanzia autonoma*

Le clausole "a prima richiesta", "senza eccezioni" e simili, introdotte nella fideiussione e in contratti autonomi di garanzia, possono considerarsi tutte soggette all'art. 1462 c.c., per via delle scelte lessicali utilizzate dal legislatore codicistico, che, nel primo comma, ha fatto testualmente riferimento alla «clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta».

Nei contratti sinallagmatici tale norma è stata intesa come riferibile alle clausole cosiddette «*solve et repete*», volte a ritardare, ma non ad impedire, la proponibilità delle eccezioni, la cui proponibilità, unitamente all'azione di ripetizione, restata pur sempre esperibile subordinatamente all'avvenuto pagamento.

La validità delle clausole limitative della proponibilità di eccezioni, nei contratti sinallagmatici, secondo l'interpretazione costante fatta dalla Corte di legittimità sotto la vigenza sia del codice civile del 1865 che di quello del 1942, aveva dunque quale, presupposto indefettibile, non la rinuncia assoluta alle eccezioni, bensì la loro differibilità nel tempo e la loro subordinazione all'adempimento della prestazione da parte del contraente gravato dalla clausola ([76]). In altre parole, per la compatibilità con il sistema la clausola aveva un limite "interno", rinvenibile nell'oggetto della limitazione, che non poteva riguardare la rinuncia assoluta alle eccezioni esperibili nei rapporti sinallagmatici. Tenendo fermo ciò, s'è discusso sull'esistenza di limiti ulteriori, all'interno ed all'esterno della previsione normativa con-

([76]) Che non si trattasse di rinuncia alle eccezioni, ma di differimento delle stesse, era deduzione che veniva colta dal sistema per tener ferma la validità della clausola *solve et repete* nei rapporti sinallagmatici, altrimenti destinata a soccombere per via dell'immeritevolezza degli interessi che la stessa avrebbe finito per perseguire. A tal riguardo si rimanda a quanto diffusamente illustrato nel primo e nel secondo capitolo del presente volume, rispettivamente con riguardo agli indirizzi giurisprudenziali e dottrinali precedenti e successivi all'emanazione del codice civile del 1942 c.c.

© Wolters Kluwer Italia

tenuta nel richiamato art. 1462 c.c., su cui ci si è ampiamente soffermati nel precedente capitolo del presente volume.

Le clausole limitative della proponibilità delle eccezioni, come s'è già avuto modo di chiarire, sono state ritenute ammissibili, per interpretazione della dottrina largamente maggioritaria e della costante giurisprudenza, anche nei contratti non sinallagmatici e, in particolare, nei contratti di garanzia personale, con riguardo sia alla fideiussione, sia al contratto autonomo di garanzia, anche in base alla constatazione della diffusione dei modelli commerciali esteri ed internazionali ([77]).

Nei contratti di garanzia, tuttavia, non sempre le clausole limitative si presentano come clausole di differimento delle eccezioni, giacché molto spesso le formule usate dalle parti contraenti mirano ad escludere espressamente ed in via definitiva la proponibilità delle eccezioni, in particolare con riguardo a quelle concernenti il rapporto sottostante, che intercorre tra debitore principale e creditore beneficiario della garanzia.

L'estrema varietà con cui le clausole si presentano nella prassi degli affari hanno fatto sorgere problemi interpretativi notevoli, tra gli operatori commerciali e in sede giudiziaria, come ben si evince dal cospicuo numero di contenziosi che ancora oggi si registrano in tema di clausole "a prima richiesta e senza eccezioni" (e simili), anche a seguito dell'intervento a Sezioni Unite della Cassazione.

La variegata formulazione delle clausole utilizzate nella prassi porta a chiedersi quali siano i limiti che possano essere individuati nell'ordinamento, ferma restando la validità delle stesse anche qualora si presentino come clausole di assoluta rinuncia, per il garante, a far valere eccezioni afferenti al rapporto di base a cui la garanzia si riferisce.

Occorre innanzitutto chiarire che le clausole limitative possono avere ad oggetto tanto il rapporto di garanzia (tra garante e creditore beneficiario), quanto il rapporto sottostante (tra debitore principale e creditore beneficiario).

Ciò, in primo luogo, perché la formulazione della norma, a ben guardare, non giustifica restrizioni nella portata applicativa, riferendosi testualmente alla «clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ri-

([77]) Cfr. parr. 2.2 e 2.3 del presente capitolo.

© Wolters Kluwer Italia

tardare la prestazione dovuta», senza che da ciò si possa distinguere una differente applicazione tra eccezioni relative al rapporto di garanzia ed eccezioni relative al rapporto di base. In questo senso, del resto, si registrano pronunce che applicano l'art. 1462 c.c. – ed i limiti ivi contemplati – al rapporto di garanzia. Si pensi, ad esempio, a Cass. 29 marzo 1996, n. 2909, che ha ritenuto sempre esperibili le eccezioni di nullità e di annullabilità attinenti direttamente al contratto di fideiussione ([78]).

Ci si chiede inoltre se l'art. 1462 c.c. – ed i limiti sull'operatività della clausola in esso contemplati – possano trovare applicazione anche con riguardo alle clausole che impediscono la proponibilità delle eccezioni relative al rapporto sottostante. Qui la giurisprudenza è largamente di segno opposto, ritenendo che, nei contratti autonomi di garanzia, la clausola sia in grado di paralizzare le eccezioni al di là dei limiti previsti dall'art. 1462, comma 1, c.c., tranne che per una ristretta cerchia di ipotesi riconducibili alla nullità per violazione di norme imperative, alla illiceità della causa, alla frode alla legge e all'*exceptio doli* ([79]).

Nelle argomentazioni addotte peserebbe la perdita di accessorietà della garanzia e la sua indipendenza dal rapporto principale. Dal che ovviamente si desume, argomentando *a contrario*, che per le clausole limitative apposte al garante in un rapporto che permanga nel "tipo" della fideiussione, l'art. 1462, comma 1, c.c. e il regime di indifferibilità delle eccezioni ivi contempla-

---

([78]) Cass. 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro it.*, 1996, I, p. 1624 ss., nonché in *Foro padano*, 1996, I, p. 281 ss., con nota di MELANDRI. Nella motivazione della sent. cit. viene precisato che la clausola *solve et repete* «non è efficace, intanto, in rapporto alle eccezioni direttamente attinenti al contrato di fideiussione: come si desume dall'art. 1462 c.c., la nullità od annullabilità del negozio da cui deriva l'obbligazione di cui si chiede l'adempimento, qui il contratto di fideiussione in rapporto all'obbligazione del fideiussore, resta opponibile nonostante ogni limitazione pattizia (...)».

([79]) Così Cass., sez. III, 3 marzo 2009, n. 5044, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, p. 36, per la quale «nel contratto autonomo di garanzia – ai fini della cui distinzione dalla fideiussione non è decisivo l'impiego o meno di espressioni quali "a prima richiesta" o "a semplice richiesta scritta", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia – il garante, improntandosi il rapporto tra lo stesso ed il creditore beneficiario a piena autonomia, non può opporre al creditore la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale, salvo che dipenda da contrarietà a norme imperative o dall'illiceità della causa e che, attraverso il medesimo contratto autonomo, si intenda assicurare il risultato vietato dall'ordinamento (...)».

© Wolters Kluwer Italia

to (con riguardo alla nullità e all'annullabilità), possono essere fatti valere anche con riguardo al rapporto sottostante.

Non v'è però ragione per confinare tale interpretazione alla sola fideiussione: la portata applicativa dell'art. 1462, comma 1, c.c. deve essere allargata anche ai contratti autonomi di garanzia ([80]). Ciò, oltre che per il rilevato tenore letterale della disposizione normativa, anche per via di un'indipendenza solo "relativa" tra rapporto di garanzia e rapporto sottostante, come risulta dal regime delle rivalse e come ben messo in risalto dall'autorevole dottrina di Francesco Galgano ([81]).

Inoltre, la pretesa di sottrarre parte delle "eccezioni" di nullità appare una forzatura di sistema: è ben noto che tale eccezione, così come l'azione, è indisponibile, imprescrittibile ed in ogni caso la nullità è pur sempre rilevabile d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del giudizio ([82]), sicché non si comprende

---

([80]) Si muove in senso opposto NAPPI, *Un tentativo (non convincente) di "definitivamente chiarire" la differenza tra fideiussione e* Garantievertrag, cit., par. 2, che ha ritenuto applicabile alla sola fideiussione, ma non anche al contratto autonomo di garanzia, l'art. 1462 c.c. ed i limiti ivi contemplati, con riguardo alle clausole limitative della proponibilità delle eccezioni relative al rapporto sottostante.

([81]) Sula relativa autonomia del contratto di garanzia si vedano le riflessioni di GALGANO e MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 752; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 2009, p. 1154; a cui aderisce LAMORGESE, *op. cit.*, par. 4. In giurisprudenza, si veda la sentenza a Sezioni Unite della S.C. del 1987, esaminata al par. 2.2 del presente capitolo.

([82]) Sull'azione di nullità del contratto si veda, *ex multis*, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 426 ss. In materia è utile poi ricordare anche la recente pronuncia di Cass., sez. III, 5 marzo 2020, n. 6177, ove, in motivazione, s'è affermato che «ogni contestazione sulla corretta sottoposizione al Giudice della questione dell'invalidità negoziale viene ad essere definitivamente tacitata dal potere riservato dal Giudice – anche in grado di appello – di rilevare *ex officio* il vizio di nullità del contratto azionato in giudizio, con conseguente riflesso dell'accertamento della nullità della clausola sulla diversa soluzione della controversia, concernente la struttura solidale o meno da riconoscere alla obbligazione principale ed a quella di garanzia poste in capo al garante ed al debitore principale garantito. Occorre infatti ribadire che la "rilevazione" *ex officio* delle nullità negoziali (sotto qualsiasi profilo anche diverso da quello allegato dalla parte, ed altresì per le ipotesi di nullità speciali o "di protezione") è sempre obbligatoria, purché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata ragione più liquida (...). Nel giudizio di appello ed in quello di cassazione, il giudice, in caso di mancata rilevazione officiosa, in primo grado, di una nullità contrattuale, ha sempre facoltà di procedere ad un siffatto rilievo». L'orientamento è conforme ad altro espresso dalla S.C. a Sezioni Unite (Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *De Jure*).

© Wolters Kluwer Italia

l'indirizzo restrittivo della Cassazione, volto a negarne l'esperibilità da parte del garante in linea di principio, salvo poi ammetterla solamente in alcuni casi particolari, quale fosse un'eccezione al principio generale ([83]).

Con riguardo all'annullabilità, si potrebbe astrattamente sostenere che il rapporto di garanzia, per via dell'autonomia solamente "*relativa*" ([84]), rimane pur sempre *collegato* con quello sottostante ([85]), sicché parrebbe *prima facie* del tutto arbitrario escludere il garante dalla tutela offerta dall'art. 1462, comma 1, c.c., che espressamente contempla la nullità e l'annullabilità tra le eccezioni indifferibili e irrinunciabili, con una portata di

---

([83]) Cfr. Cass., sez. III, 3 marzo 2009, n. 5044, in *De Jure*, ai sensi della quale «nel contratto autonomo di garanzia (...) il garante, improntandosi il rapporto tra lo stesso ed il creditore beneficiario a piena autonomia, *non può opporre al creditore la nullità* di un patto relativo al rapporto fondamentale, *salvo* che dipenda da contrarietà a norme imperative o dall'illiceità della causa e che, attraverso il medesimo contratto autonomo, si intenda assicurare il risultato vietato dall'ordinamento. Nondimeno, si deve escludere che la nullità della pattuizione di interessi ultralegali si comunichi sempre al contratto autonomo di garanzia, atteso che detta pattuizione – eccezion fatta per la previsione di interessi usurari – non è contraria all'ordinamento, non vietando quest'ultimo in modo assoluto finanche l'anatocismo, così come si ricava dagli art. 1283 c.c. e 120 d.lgs. n. 385 del 1993». In altra direzione si veda anche Cass., sez. I, 18 novembre 2013, n. 25841, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, ove si trova affermato che «in tema di fideiussione, il giudice di merito deve esaminare la questione della nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi, anche se la parte abbia censurato solo l'inosservanza degli artt. 1955 e 1956 c.c.: il principio dispositivo non può, difatti, limitare il rilevo di ufficio, sulla base dei fatti allegati e provati od emergenti *ex actis*, della nullità contrattuale, tesa alla tutela di interessi generali non sacrificabili, fermo l'obbligo di sollecitare, al riguardo, l'attivazione del contraddittorio».

([84]) Cfr., ancora una volta, GALGANO e MARRELLA, *op. cit.*, p. 752, ove viene rimarcato che, il contratto autonomo di garanzia è solo relativamente autonomo dal contratto principale, dato che il carattere accessorio non si rinviene nei rapporti tra garante e creditore garantito, ma risulta pienamente operante nei rapporto debitore principale e creditore garantito, in quanto l'obbligazione del garante rimane pur sempre accessoria a quella del debitore principale, sicché «il pagamento ricevuto dal garantito, se non giustificato dal rapporto principale, è soggetto a ripetizione. Infatti, il debitore garantito, che agisca in ripetizione nei confronti dell'*accipiens*, addurrà che il pagamento da questo rivenuto è privo di causa, essendo stato eseguito in forza di un contratto accessorio – in quanto contratto di garanzia – al contrato di cui si allega l'invalidità o l'inefficacia o il già avvenuto adempimento» (*Ibidem*).

([85]) Per il richiamo espresso dell'esistenza di un «*collegamento negoziale*» tra contratto autonomo di garanzia e contratto sottostante si veda, ad es., Cass., sez. I, 11 dicembre 2019, n. 32402, *in Giust. civ. Mass.*, 2020.

© Wolters Kluwer Italia

carattere generale ([86]). Tale soluzione non mi sembra tuttavia percorribile, come si dirà meglio più avanti, per via dei limiti derivanti dalla legittimazione ad agire in tema di azione di annullamento.

Ciò non toglie che l'art. 1462 c.c. è palesemente norma di carattere imperativo e l'art. 1322 c.c., relativo all'esercizio dell'autonomia contrattuale – utilizzato dalla giurisprudenza per valutare la validità del contratto autonomo di garanzia – non deve essere osservato solo con riguardo al vaglio di meritevolezza degli interessi, menzionato al secondo comma, ma anche con riguardo ai limiti imposti dalla legge per la determinazione del contenuto del contratto, secondo quanto previsto al primo comma del medesimo articolo. Chiaramente, per via dell'autonomia (solamente) "relativa" del contratto atipico di garanzia autonoma, già messa in evidenza, andrebbe operata un'interpretazione restrittiva dell'art. 1462 c.c., considerando – come già anticipato poc'anzi – gli aspetti concernenti la legittimazione all'esercizio dell'azione di annullamento, nell'ambito del complessivo intrecciarsi dei rapporti tra debitore principale, creditore garantito e garante, che la dottrina più accorta ha ricondotto, quanto al regime delle azioni esperibili, all'istituto della delegazione, ritenendolo applicabile in via analogica, seppur limitatamente a tali fini ([87]). In altre parole, l'esclusione dell'azione di annullamento da parte del garante per le ipotesi che colpiscono il rapporto sottostante non sembrano dipendere dall'inoperatività dell'art. 1462

([86]) È questa la strada percorsa da un'isolata pronuncia di merito, nella quale si trova statuito che «la rinuncia ad opporre eccezioni relative al *rapporto principale* effettuata dalla banca che ha prestato una garanzia astratta e automatica non ha effetto per le *eccezioni di nullità e di annullabilità* e non pregiudica il diritto della banca di proporre l'eccezione di dolo contro il creditore». Così Trib. Milano, 12 ottobre 1985, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1986, II, p. 430.

([87]) Sulla convincente scelta di ricorrere analogicamente al regime delle eccezioni delineato per la delegazione, non unanimemente condivisa in dottrina, si veda la tesi di SESTA, *Il pagamento a prima richiesta*, cit., p. 951 ss.; nonché SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 507 ss. La dottrina maggioritaria pare contraria, tra cui: PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1985, I, p. 174; GRIPPO, *La garanzia automatica in bilico tra tecnica e politica: tendenze della giurisprudenza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1985, II, p. 91 ss.; LOJACONO, *La tutela cautelare dell'ordinante nelle garanzie bancarie autonome: recenti tendenze*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1986, II, p. 433. In materia si rimanda, *infra*, a quanto illustrato al par. 3.3 del presente capitolo.

© Wolters Kluwer Italia

c.c., quanto invece dalla particolare configurazione dei rapporti, che finiscono per estromettere il garante quale soggetto non legittimato all'azione di annullamento del contratto di base. Il che porta a ritenere che l'art. 1462 c.c. sarebbe comunque applicabile alla garanzia autonoma, ma interpretativamente vanno poi individuati i suoi margini di operatività nei complessi rapporti che si vengono a delineare, nella loro struttura tipicamente trilaterale (e talvolta quadrilaterale), tra tutti i soggetti coinvolti.

Tale impostazione è rilevante, a maggior ragione nel particolare periodo che stiamo vivendo, segnato dalla crisi pandemica, perché conduce al tema dell'applicabilità, anche ai contratti autonomi di garanzia, dei poteri di intervento del giudice *ex* art. 1462, comma 2, c.c., volti alla disapplicazione giudiziale della clausola limitativa ove siano ravvisabili «giusti motivi» ([88]).

Sul punto si ritornerà più avanti, in prosieguo di discorso.

3.2. *La compatibilità con l'ordinamento giuridico nazionale delle clausole limitative della proponibilità delle eccezioni,* ex *art. 1462, comma 1, c.c. nel contratto autonomo di garanzia, grazie al regime delle rivalse*

La lettera dall'art. 1462, comma 1, c.c., non distingue tra clausola contenente definitiva rinuncia alle eccezioni e clausola avente ad oggetto un mero differimento delle stesse, subordinandole all'avvenuto adempimento, sicché si pone il problema se possano trovare collocazione nel nostro ordinamento, a fronte dell'art. 1462 c.c., le clausole "a prima richiesta e senza eccezioni" (e simili), con le quali, stando alle diverse gradazioni con cui sono formulate nella prassi, le parti abbiano inteso sottrarre definitivamente al garante la proposizione delle eccezioni concernenti il rapporto sottostante garantito.

A tale quesito si deve dare risposta affermativa, ricavabile non solo, per quanto s'è già visto, dalla argomentata compatibilità di tale modello con quelli del commercio internazionale, basati sull'esperienza giuridica straniera (anglosassone, tedesca e

---

([88]) Il discorso qui in esame, ovviamente, richiede che sia applicabile il diritto interno. Sugli aspetti concernenti la giurisdizione e il diritto applicabile in tema di contratto autonomo di garanzia, «affidata più frequentemente al giudice statale che all'arbitro internazionale», si vedano le pagine di GALGANO e MARRELLA, *op. cit.*, p. 755 ss.

© Wolters Kluwer Italia

francese), ma anche per via di considerazioni estraibili direttamente all'interno del sistema, là dove prevede il meccanismo delle rivalse, volte ad attutire l'autonomia della garanzia rispetto al rapporto di base.

In proposito la sent. 3947 del 2010, cit., resa delle Sezioni Unite della Cassazione, ha infatti evidenziato che proprio il regime delle *azioni di rivalsa* a seguito dell'avvenuto pagamento del garante segna la più rilevante differenza operativa tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia: «Se, difatti, il pagamento non risulti dovuto per motivi attinenti al rapporto di base, il garante (dopo aver pagato a prima/semplice richiesta) che agisce in ripetizione con l'*actio indebiti ex* art. 2033 c.c. nei confronti dell'*accipiens*, cioè del creditore beneficiario, facendo valere le eccezioni di cui dispone il debitore principale, risponde in realtà come un fideiussore, atteggiandosi la clausola di pagamento in questione come una ordinaria clausola *solve et repete ex* art. 1462 c.c. Il garante "autonomo", invece, una volta che abbia pagato nelle mani del creditore beneficiario, non potrà agire in ripetizione nei confronti di quest'ultimo (salvo nel caso di escussione fraudolenta), rinunciando, per l'effetto, anche alla possibilità di chiedere la restituzione di quanto pagato all'*accipiens* nel caso di escussione illegittima della garanzia, ma potrà esperire l'azione di regresso *ex* art. 1950 c.c. unicamente nei confronti del debitore garantito (il più delle volte mediante il cosiddetto "conteggio automatico" a carico del debitore, quando questi ha anticipato alla banca le somme necessarie per il pagamento o quando sussista la possibilità di addebitare le somme su conto corrente), senza possibilità per il debitore di opporsi al pagamento richiesto dal garante né di eccepire alcunché, in sede di rivalsa, in merito all'avvenuto pagamento» ([89]).

Sarà dunque il debitore principale – ove si trovasse ad essere escusso dal garante che abbia in precedenza provveduto ad onorare la garanzia in favore del creditore beneficiario – a poter agire in rivalsa nei confronti del creditore medesimo, qualora il pagamento non risultasse dovuto in relazione al rapporto di ba-

([89]) Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947 cit., par. 9.5, ove si richiamano, per l'indirizzo ormai consolidato, Cass. n. 8324 del 2001, Cass. n. 7502 del 2004 e Cass. n. 14853 del 2007.

© Wolters Kluwer Italia

se ([90]). Altrimenti il creditore finirebbe per avvantaggiarsi ingiustamente della prestazione non dovuta, resa dal garante.

L'intrecciarsi delle azioni di rivalsa consente ai soggetti del rapporto principale e del rapporto di garanzia di raggiungere l'equilibrato assetto di interessi, qualora il garante adempisse una prestazione non dovuta, a fronte delle clausole con cui viene paralizzata la proponibilità delle sue eccezioni.

L'azione di rivalsa del garante verso il debitore principale viene invece esclusa qualora il primo abbia provveduto ad adempiere nonostante avesse «prove evidenti della malafede del [creditore] beneficiario, salva in tal caso la possibilità di agire contro il beneficiario stesso con la *condictio indebiti*, ai sensi dell'art. 2033 c.c.» ([91]). È questa un'applicazione del principio "*nemo venire contra factum proprium*".

3.3. *Clausola limitativa della proponibilità delle eccezioni e regime della loro indifferibilità nei rapporti di garanzia*

L'ammissibilità della clausola "a prima richiesta", "senza eccezioni" e simili, nei rapporti *non sinallagmatici*, pone nuovamente il problema relativo all'individuazione delle eccezioni indifferibili. La dottrina che si è occupata della clausola *solve et repete* nei rapporti di garanzia ha risposto rimarcando che «ovviamente anche in tale ipotesi la clausola non sarà operante per quelle stesse eccezioni che sono indifferibili nei contratti sinallagmatici. Proprio questa considerazione riduce però notevolmente il campo di efficacia della clausola nei contratti qui esaminati: infatti per essi non sono concepibili le eccezioni differibili, legate proprio alla sinallagmaticità. Si può ammettere tuttavia che l'eccezione risolutoria per eccessiva onerosità sia anche qui differibile, da momento che essa è prevista anche per il "contratto con obbligazioni di una sola parte" (art. 1468 c.c.)» ([92]).

Ancora, s'è detto che la clausola *solve et repete* è proponibile nell'ambito della *fideiussione*, «con riguardo a quelle ecce-

---

([90]) Si veda ancora, in questo senso, Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947 cit., par. 9.5, che a titolo meramente esemplificativo fa riferimento al pregresso e puntuale adempimento della medesima obbligazione.

([91]) Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947 cit., par. 9.5.

([92]) LUCCHI, *op. cit.*, par. 7.

© Wolters Kluwer Italia

zioni che il fideiussore potrebbe trarre dal rapporto tra debitore e creditore (art. 1495 c.c.). In tal caso il garante eserciterà la *repetitio* nei confronti del creditore, che abbia fatto valere il "*solve*"» ([93]).

S'è però precisato che, a ben guardare, «nella fideiussione con la clausola *solve et repete*, le eccezioni ricavabili dal rapporto principale non riguardano già un qualche obbligo che il garante abbia verso il fideiussore e di cui costui possa lamentare l'inadempimento, ma pur sempre un comportamento del creditore che dovrebbe astenersi dal chiedere la prestazione al garante, dal momento che il rapporto principale è inficiato da carenze e vizi genetici o funzionali. Proprio queste eccezioni, che del resto sono *exceptiones de iure tertii*, sono, in virtù della clausola, differibili. Analoga soluzione vale anche per l'assunzione di un debito altrui, conseguente a delegazione titolata, che, permettendo al delegato di riferirsi al rapporto di valuta o a quello di provvista, lo legittima a proporre *exceptiones de iure tertii*: in tal caso (e, con gli opportuni adattamenti, anche nelle ipotesi di espromissione e accollo) è pensabile una delegazione titolata con clausola *solve et repete* che consenta, ma insieme differisca la proponibilità delle predette eccezioni» ([94]).

Le eccezioni proponibili dal garante, s'è ancora detto, dipendono dalla configurazione della *garanzia*, in quanto, ove la clausola relativa alla improponibilità della eccezioni la faccia apparire *autonoma* rispetto al rapporto sottostante, in cui sorge il debito che si va a garantire, non potrà far valere le eccezioni derivanti dal rapporto "di base", ma «potrà comunque servirsi, sia pure con riferimento al rapporto di garanzia, delle eccezioni sottratte alla sfera di applicazione della clausola limitativa *ex* art. 1462 c.c. per sfuggire all'adempimento della sua obbligazione» ([95]).

Proprio con riguardo al contratto autonomo di garanzia, l'accorta dottrina di Michele Sesta aveva da tempo ritenuto che, per individuare il regime applicabile alle eccezioni, stante la diversa struttura dalla garanzia fideiussoria, si potesse utilizzare in via analogica non già l'art. 1530, comma 2, c.c. in materia di pagamento contro documenti a mezzo banca prevista

---

([93]) LUCCHI, *op. cit.*, par. 7.
([94]) LUCCHI, *op. cit.*, par. 7.
([95]) A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 136.

© Wolters Kluwer Italia

nell'ambito della compravendita ([96]), bensì la disciplina della delegazione, tipica del diritto delle obbligazioni ([97]).

A sostegno di tale tesi la dottrina ora richiamata evidenzia, innanzitutto, che il rapporto tra debitore principale, creditore e garante è un rapporto *trilaterale*, come del resto è trilaterale sia la delegazione di debito *ex* artt. 1268 e 1271 ss., sia il pagamento contro documenti a mezzo banca *ex* art. 1530, comma 2, c.c. ([98]). La trilateralità dei rapporti soggettivi nel contratto autonomo di garanzia è stata messa in evidenza osservando l'unitaria operazione economica dei diversi contratti collegati: il rapporto di valuta, variamente configurato, tra debitore e creditore; il contratto di mandato, tra garante e debitore principale; il contratto di garanzia autonoma, tra garante e creditore garantito ([99]).

([96]) Il richiamo all'applicazione della disciplina di cui all'art. 1530, comma 2, c.c. (ai sensi del quale «la banca che ha confermato il credito al venditore può opporgli solo le eccezioni derivanti dall'incompletezza o irregolarità dei documenti e quelle relative al rapporto di conferma del credito») si deve, in particolare, all'impostazione di PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., secondo cui, interpretando alla lettera la disposizione normativa, si desumerebbe un vero e proprio divieto di qualsivoglia eccezione in merito al rapporto sottostante, escludendo invece l'applicazione delle disposizioni in tema di delegazione, nonostante tale soluzione fosse stata proposta in sede giurisprudenziale, con sentenza della S.C. (Cass., 8 luglio 1983, n. 4605, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2789), che l'A. ha ritenuto di non condividere. Come però rilevato criticamente da SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 506 s., però, v'è stata dottrina che autorevolmente ha inteso l'art. 1530, comma 2, c.c. in tutt'altro modo, ritenendo, al contrario, che la banca possa opporre tutte le eccezioni relative al rapporto intercorrente tra banca e compratore (il riferimento è a RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, 2ª ed., Milano, 1971, p. 562) ed altra dottrina che ritiene proponibili non solo le eccezioni relative ai documenti, ma anche quelle inerenti alla nullità del rapporto di base, traendo argomenti dall'art. 1271, comma 2, c.c. in tema di delegazione (in tal senso GRECO e COTINO, *Della vendita*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna, 1962, p. 390).

([97]) SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 506 ss.

([98]) La connessione tra previsione di cui all'art. 1530, comma 2, c.c. e delegazione era stata colta da Cass., 8 luglio 1983, n. 4605, cit., riportata da SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 507, il quale annota che la S.C. ha ivi ritenuto «che il rapporto in questione ricalca lo schema della delegazione, in quanto con l'incarico che il compratore dà alla banca di pare al venditore il prezzo, dietro consegna dei documento e con la autorizzazione al venditore di effettuare tale consegna alla banca, si pone in essere un rapporto trilaterale».

([99]) Pur non riferendosi espressamente al collegamento negoziale, Michele Sesta ha chiarito che «il contratto di garanzia attualmente in uso si inserisce generalmente in un contratto di base (rapporto di valuta) che può essere contratto di vendita o di appalto; parallelamente viene conferito un mandato – che

© Wolters Kluwer Italia

Siffatta struttura trilaterale dei rapporti intersoggettivi complessivamente considerati consente di attingere alla delegazione di debito la disciplina concernente il regime delle eccezioni applicabili, da preferire rispetto alla richiamata previsione in tema di vendita. Ciò sia perché quello di cui all'art. 1530, comma 2, c.c. è istituto connotato da eccessiva specificità e dunque difficilmente elevabile ad un piano applicativo di portata più generale, sia perché ha comunque ad oggetto un pagamento e, in ciò, si allontana dalla funzione di garanzia molto più di quanto avvenga per la delegazione ([100]). Si condivide l'opzione interpretativa di far leva sull'istituto della delegazione per estrarre il regime delle eccezioni utilizzabile per la garanzia autonoma, connotata da clausole limitative, ma con l'avvertenza di un necessario coordinamento di tale regime con la previsione di cui all'art. 1462 c.c., applicabile alle clausole con cui una parte si impegna a non opporre eccezioni per evitare o ritardare la prestazione dovuta.

Contratto autonomo di garanzia e delegazione, pur avendo funzioni che si discostano l'un l'altra, hanno rapporti economici tra loro simili, il che giustifica l'applicazione analogica di un istituto per ravvisare il regime applicabile all'altro, che, per la sua atipicità, non ha norme direttamente applicabili in tema di

---

non sempre emerge dalla dichiarazione di garanzia – attraverso il quale il debitore principale richiede al garante di stipulare il contratto di garanzia in favore del suo creditore. In tale contesto viene stipulato il contratto di garanzia con cui il garante, in esecuzione del menzionato mandato, si obbliga in favore del creditore, a sua richiesta e senza eccezioni, a pagare l'importo stabilito». Così SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 456.

([100]) Cfr., in tal senso, SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 507 s., il quale altresì, pur nella consapevolezza di una corale opinione contraria da parte della dottrina, ritiene «che le norme in materia di delegazione possano fornire utili spunti di riflessione e di applicazione analogica all'istituto in esame. Ci rendiamo conto che la fattispecie del contratto autonomo di garanzia non rientra perfettamente nel meccanismo della delegazione, in quanto caratteristica della delegazione stessa e sua precipua finalità è l'assunzione di un debito altrui o l'estinzione con un unico pagamento di due distinti debiti intercorrenti tra delegante e delegatario e tra delegante e delegato. Si osservi, inoltre, che nella fattispecie del contratto di garanzia tra delegante e banca (delegata) non intercorre un rapporto di debito; piuttosto, attraverso l'operazione, la banca, promettendo al beneficiario il pagamento di una certa somma, finisce in definitiva per fare del credito al delegante: finalità questa già registrata dalla dottrina che l'ha ritenuta compatibile con il meccanismo della delegazione» (*Ibidem*, p. 6508 e 509). Il riferimento, qui, è a NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, Messina, 1932, p. 110; nonché a BIGIAVI, *La delegazione*, Padova, 1940, p. 7, entrambi citati nella richiamata opera di Michele Sesta.

© Wolters Kluwer Italia

singoli contratti ([101]). Sul pieno economico, infatti, il garante, promettendo di adempiere a semplice richiesta e senza eccezioni nell'ambito della garanzia autonoma, dichiara di voler effettuare in favore del creditore un'attribuzione patrimoniale facente capo al debitore principale, evitando che questi consegni materialmente il denaro nelle mani del creditore, che rafforzerà dunque la propria posizione ([102]): la vicinanza di struttura e di funzione tra i due istituti rende fondata la tesi del parallelismo tra garanzia autonoma e delegazione e, dunque, l'applicazione analogica del regime di eccezioni previsto per la seconda ([103]).

Il delegante corrisponderà al debitore principale, il delegato al garante (solitamente un istituto di credito), mentre il delegatario corrisponderà al creditore garantito. Fissati così i rapporti, le regole sul regime applicabili alle eccezioni nel contratto autonomo di garanzia si ricavano dall'art. 1271 c.c., rubricato «*Eccezioni opponibili dal delegato*», ove si prevede espressamente, al comma 1, che il delegato (garante) possa opporre al delegatario (creditore) le eccezioni relative ai suoi rapporti con questo, ossia le eccezioni relative al rapporto di garanzia.

Inoltre, ai sensi del comma 2, qualora le parti non abbiano pattuito diversamente, il delegato (garante) non ha la facoltà di opporre al delegatario (creditore), benché quest'ultimo ne fosse

---

([101]) Partendo dalla rilevanza dei rapporti economici tra le parti e dalla trilateralità dello schema dei rapporti intersoggettivi, Michele Sesta ha rilevato che «attraverso il contratto autonomo di garanzia le parti intendono rafforzare la posizione del creditore e, per così dire, accedono ad una garanzia personale a scapito di quella reale – le cui finalità in definitiva si vogliono raggiungere, anche se in forma inevitabilmente meno intensa, e perciò si vuole espressamente che la promessa del terzo abbia la maggior "astrattezza" compatibile con l'ordinamento – si ritiene perfettamente coerente col sistema fissare a questa volontà delle parti le stesse frontiere che l'ordinamento segna in ipotesi simili. In altre parole, in una situazione di sicura atipicità si giudica legittimo argomentare da norme che disciplinano situazioni analoghe, soprattutto quando la volontà delle parti è con chiarezza nel senso di conseguire la maggiore certezza e quindi la maggiore astrattezza possibile. Questo rilievo ci pare dia un fondamento alla tesi di maggior solidità rispetto all'argomentazione che si limita a richiamare in maniera succinta una norma il cui preciso contenuto appare tutt'altro che pacifico e che è stata per di più dettata per una fattispecie del tutto peculiare (art. 1530 c.c.)». Così SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 510. *Contra*, GRIPPO, *La garanzia automatica in bilico tra «tecnica» e «politica»: tendenze della giurisprudenza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1985, II, p. 83.

([102]) SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 509.

([103]) SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 514.

© Wolters Kluwer Italia

stato a conoscenza, le eccezioni che avrebbe potuto opporre al delegante (debitore principale), salvo che sia nullo il rapporto tra delegante (debitore principale) e delegatario (creditore). V'è qui il solo richiamo alla nullità, ma non quello all'annullabilità, del rapporto sottostante. La facoltà per il delegato-garante di eccepire la nullità del rapporto sottostante risponde non solo ad esigenze di sistema (connesse alla gravità della causa di invalidità affliggente il contratto di base, nonché alla rilevabilità d'ufficio della nullità, oltre che da parte di chiunque vi abbia interesse), ma anche di carattere economico e pratico, in quanto risponde alla logica di evitare il sistema delle restituzioni a catena che si avrebbero nel caso in cui venga fatta valere la doppia nullità, tra i diversi rapporti intercorrenti dai diversi soggetti ([104]).

Infine, ai sensi del comma 3 dell'art. 1271 c.c., al delegato (garante) sono precluse pure le eccezioni relative al rapporto tra delegante (debitore principale) e delegatario (creditore), se ad esso le parti non hanno fatto espresso riferimento.

([104]) L'art. 1271, comma 2, c.c. si riferisce alla «nullità della doppia causa, he rappresenta il limite invalicabile del sistema della delegazione; ci si domande se il principio abbia ragione di esistere anche nell'ambito del rapporto di garanzia autonoma, quale espressione della finalità propria dell'ordinamento dell'economia dell'attività giuridica. La nullità della doppia causa è dettata da esigenze di ordine pratico e non dogmatico; si vuole, cioè, evitare che la dichiarazione di nullità sia del rapporto di provvista che di quello di valuta, comporti una doppia restituzione dei pagamenti effettuati, consentendo appunto che la suddetta doppia nullità sia motivo sufficiente per evitare il pagamento, onde prevenire ripetizioni a catena. La stessa *ratio* pare possa trovare applicazione al rapporto di cui ci si sta occupando, in quanto un pagamento fatto dalla banca al beneficiario in presenza di due rapporti sottostanti nulli, comporta difficili, se non addirittura impossibili (quanto meno nel risultato economico), azioni di ripetizione» (SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 516). Diversamente ragionando, qualora si volesse adottare una diversa impostazione «di carattere esclusivamente formale, si finirebbe per fare un'attribuzione al beneficiario senza che questa sia giustificata, e anzi che renderebbe necessarie due attribuzioni in senso contrario, destinate proprio a porre rimedio al pagamento» (*Ibidem*, p. 516). Il meccanismo è stato ritenuto compatibile anche con l'esigenza di tutela "rafforzata" del creditore, che il contratto autonomo di garanzia mira a soddisfare: non viene infatti sminuito l'impegno assunto dal creditore (solitamente un istituto di credito), «poiché – come è noto – l'eccezione di nullità ai sensi dell'articolo 1271, coma 2°, c.c., deve nel contempo riguardare sia il rapporto banca-debitore principale (provista) che il rapporto debitore principale-beneficiario (valuta); ipotesi che non è certo facile si verifichi» (*Ibidem*, p. 516 e 517).

© Wolters Kluwer Italia

L'applicazione delle richiamate norme in materia di delegazione consentirebbero di pervenire anche ad una chiara soluzione relativa alle eccezioni "funzionali" (non "genetiche"), concernenti il rapporto di base, intercorrente tra debitore principale e creditore, tra cui quella inadempimento e quella di avvenuto adempimento della prestazione. Sulla base della predetta impostazione, «la banca non potrà eccepire alcunché in quanto, tolti i limiti ristrettissimi concessi dall'art. 1271, comma 2° c.c., non le è dato apprezzare le ragioni sostanziali che discendono da rapporti sottostanti» ([105]).

Poiché del rapporto sottostante le norme sulla delegazione – richiamate per l'applicazione analogica – consentono di far valere la sola nullità, ne discende che il garante, in presenza della clausola limitativa che rende la garanzia autonoma, non può sollevare eccepire che riguardano il terreno dell'adempimento (es. l'inadempimento o l'intercorso adempimento) nel rapporto sottostante e ciò, oltre che per il chiaro tenore dell'art. 1271, comma 2, c.c., anche per l'ulteriore rilievo che, sul piano economico «il delegato [garante, *n.d.a.*] effettua una prestazione "utile", nel senso che attraverso l'adempimento al delegatario [creditore, *n.d.a.*], che, pure, poniamo, ha già ricevuto la prestazione del delegante [debitore principale, *n.d.a.*], egli estingue la sua obbligazione nei confronti dei delegante [debitore principale, *n.d.a.*] (rapporto di provvista). Diversamente, quando anche il rapporto di provvista è viziato, la prestazione del delegato [garante, *n.d.a.*] nei confronti del delegatario [creditore, *n.d.a.*] è inutile poiché attraverso di essa non viene neppure adempiuto il rapporto di provvista affetto da un'autonoma ragione di invalidità» ([106]).

In caso di avvenuto adempimento della prestazione nel rapporto di base, l'improponibilità dell'eccezione da parte del garante – al cospetto delle clausole limitative *ex* art. 1462, comma 1, c.c. – pone ulteriori delicati problemi, connessi all'indebita escussione della garanzia. La questione sembra ricadere, invero, nell'ambito della violazione della buona fede contrattuale e dell'abuso del diritto, dal momento che il comportamento del creditore finirebbe per sostanziarsi in una richiesta dolosa o fraudolenta o comunque in malafede ([107]): sul piano rimediale occor-

---

([105]) SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 517.

([106]) SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 515.

([107]) Si veda, per tale inquadramento, SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 517 e 518.

© Wolters Kluwer Italia

rerebbe aver risolto il problema, in via preliminare, se sia ammissibile o meno l'*exceptio doli generalis*, che la giurisprudenza, anche di legittimità, pacificamente ammette, ritenendola non solo esperibile da parte del garante, ma addirittura oggetto di obbligo nei confronti del debitore principale (ordinante), anche in ragione del canone di buona fede ([108]). La dottrina non ha avuto un orientamento concorde e v'è chi, autorevolmente, ha sostenuto la testi dell'assenza, nel nostro ordinamento, di un siffatto rimedio di carattere generale ([109]).

Le Sezioni Unite della Cassazione, nella citata sent. n. 3947 del 2010, affrontano il tema nell'ambito di una ricostruzione del

---

([108]) Secondo un consolidato orientamento della S.C., nel contratto autonomo di garanzia il garante ha pur sempre il dovere di compiere una verifica in ordine all'eventuale carattere fraudolento o abusivo della richiesta proveniente dal beneficiario, stante «l'operatività del principio della *buona fede*, quale fonte integrativa degli effetti degli atti di autonomia privata, in virtù del quale deve ritenersi giustificato il rifiuto del pagamento, qualora esistano prove evidenti del carattere *fraudolento* (o anche solo *abusivo*) della richiesta del beneficiario. Tale *rifiuto* non rappresenta una mera facoltà, ma un *dovere del garante*, il quale è legato al debitore principale da un rapporto di *mandato*, che è tenuto ad adempiere con diligenza e secondo buona fede, con la conseguenza che l'accoglimento della richiesta di pagamento avanzata al beneficiario in presenza di prove evidenti della sua pretestuosità preclude al garante la possibilità di agire in rivalsa nei confronti del debitore principale» (Cass., sez. I, 17 marzo 2006, n. 5997, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3).

([109]) Per SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 517 s., «ammettere dei rimedi per contrastare una richiesta dolosa o fraudolenta o in mala fede presuppone avere risolto in senso affermativo l'ammissibilità dell'*exceptio doli generalis* nel nostro ordinamento, ovvero la rilevanza di figure ad essa affini quali l'abuso del diritto. (...) A parere dello scrivente non basta (...) richiamarsi puramente e semplicemente alla *exceptio doli generali* o alle figure affini senza avere preventivamente risolta la questione dell'ammissibilità e dei limiti della figura nel sistema». L'A. ritiene infatti che dall'art. 1271 c.c. si estrare le regola secondo cui il delegato non può eccepire al delegatario l'avvenuto pagamento da parte del delegante e ciò rende conforme al sistema la rinuncia della banca (garante) ad eccepire nei confronti del creditore l'avvenuto adempimento del debitore principale: «poiché tale principio è stabilito nell'ordinamento in una situazione che si è vista analoga, non appare legittimo l'intervento del giudice in senso contrario, in base al richiamo ad una generica *exceptio doli*, che nell'ordinamento può trovare ingresso solo quanto espressamente contemplata» (*Ibidem*, p. 516). Se però si tiene fermo l'assunto che la formulazione dell'art. 1462, comma 1, c.c. consente di ritenere applicabile tale disposizione anche ai contratti autonomi di garanzia, salvo poi a correggere il novero delle azioni esperibili tenendo conto della particolare struttura dei rapporti contrattuali, l'*exceptio doli* potrebbe trovare ingresso nei rapporti ad esame facendo applicazione dell'art. 1462, comma 2, c.c.

© Wolters Kluwer Italia

regime dei limiti a cui deve considerarsi sottoposto il contratto autonomo di garanzia:

(i) vanno ritenute in primo luogo esperibili le eccezioni alla validità del contratto di garanzia (Cass., sent. n. 3326 del 2002) e, in ciò, si ha una conferma dell'operatività dell'art. 1461, comma 1, c.c.;

(ii) vanno ritenute esperibili anche le altre eccezioni relative al rapporto tra garante e beneficiario (Cass., sent. n. 6728 del 2003, concernente il diritto del garante di opporre al creditore la compensazione legale per un credito maturato nei suoi confronti) ([110]);

(iii) vanno inoltre considerate esperibili le eccezioni con cui il garante mira a far valere l'inesistenza del rapporto garantito (Cass., sent. n. 10652 del 2008, per la quale il contrato, avendo pur sempre una causa di garanzia, assolve necessariamente la funzione di garantire un determinato adempimento e tale funzione è da ritenersi inderogabile);

(iv) ancora, possono essere fatte valere dal garante le eccezioni relative alla nullità del rapporto sottostante, qualora la nullità risulti dipendente da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa e attraverso il contratto di garanzia si tenda ad assicurare il risultato che invece l'ordinamento ha inteso vietare (Cass., sentt. nn. 3326 del 2002, 26262 del 2007 e 5044 del 2009);

(v) sotto altro profilo, va considerata esperibile l'«*exceptio doli generalis seu presentis*, perché risulta evidente, certo ed incontestabile il venir meno del debito garantito per pregressa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per altra causa (nel senso che il garante non è autorizzato ad effettuare pagamenti arbitrariamente intimategli, a pena di perdita del regresso nei confronti del debitore principale: Cass. n. 10864/1999; n. 917/1999; n. 5997/2006 [...])» ([111]). Va però

([110]) In dottrina, tra tutti, si veda PORTALE, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, cit., p. 1065, per il quale «il garante, se rinunzia alle eccezioni relative al rapporto principale, non rinunzia affatto ad apporre quelle direttamente afferenti al contratto di garanzia (e cioè attinenti ai rapporto fra le parti immediate), similmente a quanto avviene nel credito documentario irrevocabile».

([111]) Così Cass., sez. un., n. 3947 del 2010, par. 9.4 delle motivazioni, ove sono stati annotati ulteriori significativi precedenti della S.C. («in generale, sull'obbligo del garante di opporre l'*exceptio doli* a protezione del garantito

© Wolters Kluwer Italia

qui avvisato che l'*exceptio doli* finisce spesso per assorbire talune eccezioni, formalmente escluse dalla clausola limitativa, relative al rapporto di base, come ad esempio nei casi di escussione della garanzia nonostante l'adempimento del debitore principale nel rapporto sottostante o nei casi di risoluzione del rapporto principale per fatto non imputabile al debitore o, ancora, in caso di inadempimento del creditore beneficiario nell'ambito del rapporto sottostante ([112]);

(vi) fatta salvo il caso in cui si rientri nell'*exceptio doli*, ben più caute le Sezioni Unite si sono mostrate, invece, sulle ipotesi di impossibilità sopravvenuta della presentazione per causa non imputabile al debitore principale, *ex se* considerate, non esprimendo un orientamento netto, ma limitandosi a richiamare (debolmente) l'indirizzo di una pronuncia di merito di sette anni prima (App. Genova 25 luglio 2003), secondo cui detta impossibilità sopravvenuta, pur insistendo sul rapporto di base, «sarebbe a sua volta causa di estinzione della garanzia» ([113]). La crisi pandemica ci ha oggi consegnato ulteriore casistica della giurisprudenza di merito (tra cui: Trib. Roma, ord. 27 agosto 2020; Trib. Milano, ord. 10 giugno 2020; Trib. Milano, ord. 24 luglio 2020), relativa ai contratti autonomi di garanzia stipulati con funzione "cauzionale" per garantire il pagamento di canoni di lo-

---

dai possibili abusi del beneficiario, Cass. n. 10864/1999; n 5997/2006; n. 23786/2007; n. 26262/20007; sull'obbligo del garante di fornire la prova certa ed incontestata dell'esatto adempimento del debitore ovvero della nullità del contratto garantito o illiceità della causa: Cass. n. 3964/1999; n. 10652/2008»). Le Sezioni Unite del 2010, sul punto, intervengono nell'ambito di un dibattito particolarmente sentito in dottrina. Oltre a SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 517 s., si veda anche MONTANARI, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 4, p. 987; CAMEDDA, *Brevi note in tema di polizza fideiussoria ed escussione abusiva delle garanzie autonome*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2013, 1, p. 113 ss.; BARILLÀ, *I presupposti per l'esercizio dell'*exceptio doli *nell'escussione delle garanzie bancarie autonome: obblighi del garante e diritti del beneficiario*, in *Corriere giur.*, 2020, 6, p. 773 ss. La dottrina ha messo in evidenza come, nell'ambito dei rapporti collegati che si vengono a creare tra garante, creditore e debitore principale, l'obbligo per il garante di escludere il pagamento in caso di escussione fraudolenta da parte del creditore beneficiario può farsi derivare dagli obblighi che il garante ha nei confronti del debitore principale in forza del rapporto di mandato tra loro intercorrente.

([112]) Si veda, per l'approccio casistico, BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, cit., 96 ss.

([113]) Così Cass., sez. un., n. 3947 del 2010, par. 9.4 delle motivazioni.

© Wolters Kluwer Italia

cazione nei contratti commerciali, per la cui disamina si rimanda al paragrafo seguente;

(vii) rimane in ogni caso esperibile l'azione di regresso, secondo il regime delle rivalse già analizzato *supra* (v., *infra*, par. 3.2).

Mettendo a sistema i rilievi a cui pervengono le Sezioni Unite, mi sembra che debba mantenere la rilevanza il coordinamento con l'art. 1462 c.c.: il contratto autonomo di garanzia contiene clausole limitative della proponibilità delle eccezioni da parte del garante e, stante la formula utilizzata dal legislatore, non v'è ragione per ridurne la portata applicativa alla sola fideiussione, né per applicare la norma in tale contesto – che riguarda rapporto non sinallagmatici instaurati all'interno di complesse dinamiche trilaterali, in cui si innestano contratti di garanzia e di mandato collegati al rapporto sottostante – alle sole clausole che posticipano, ma non escludono, la proponibilità delle eccezioni.

L'assenza di sinallagmaticità nei rapporti tra garante e creditore restringe ovviamente, come già precisato in apertura di paragrafo, la possibilità di applicare l'art. 1462 c.c. alle eccezioni "sinallagmatiche", incluso il rimedio della rescissione.

La trilateraltà dei rapporti tra garante, creditore beneficiario e debitore principale e l'autonomia relativa dei rapporti tra i diversi contratti collegati, consentono inoltre di escludere che il garante possa far valere le eccezioni dell'annullabilità relative al rapporto principale ed in ciò si ricava conferma dalla tesi sull'applicazione analogica dell'art. 1271 c.c. e, dunque, del regime delle eccezioni ivi contemplato.

L'art. 1462 c.c. tuttavia non viene svuotato della sua portata applicativa, perché permane applicabile nel suo tratto più significativo, con riguardo a quanto previsto nel secondo comma, là dove prevede l'intervento giudiziale sui rapporti contrattuali in presenza di «gravi motivi», con il potere di «sospendere la condanna».

La norma, nei rapporti sinallagmatici, è stata interpretata nel senso della disapplicazione giudiziale della clausola *solve et repete*, con l'effetto di rendere operanti, sulla base di fondate e rilevanti ragioni, le eccezioni che altrimenti non si sarebbero potute proporre per via dell'operatività della clausola.

Qui si impone una riflessione, soprattutto in considerazione dell'impatto prodotto sui rapporti socio-economici dal Covid-19 e dalle misure restrittive imposte dal governo per farvi fronte,

© Wolters Kluwer Italia

alle quali non sono rimasti estranei i contratti autonomi di garanzia.

4. Contratto autonomo di garanzia e rapporti di durata ai tempi del Covid-19 nell'ordinamento italiano. Emersione della casistica giurisprudenziale, questioni aperte e possibili soluzioni applicative, anche alla luce del recupero di significatività dell'art. 1462, comma 2, c.c., nella prospettiva della giustizia contrattuale

Le garanzie autonome, corredate da clausole limitative della proponibilità delle eccezioni, hanno avuto una larga diffusione nella prassi commerciale con riferimento alle esigenze di tutela del locatore: la solvibilità delle banche (quali garanti tenuti all'adempimento "a prima richiesta e senza eccezioni"), l'autonomia (relativa) della garanzia rispetto al rapporto di base e il mancato immobilizzo di somme a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni del conduttore hanno portato a preferire largamente le garanzie autonome al deposito cauzionale ([114]).

Poiché le garanzie vengono attivate dalla banca in favore del locatore sulla base di un mandato, la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria – come già chiarito nel precedente paragrafo – ravvisano a favore del garante non solo la facoltà di esperire l'*exceptio doli generalis*, a fronte dell'abusiva escussione della garanzia ad opera del creditore, ma anche un vero e proprio ob-

([114]) La letteratura di settore non ha mancato di rimarcare siffatta diffusione: «nella prassi delle locazioni commerciali, quasi sempre il locatore pretende dal conduttore una garanzia per tutelarsi contro il rischio del futuro mancato pagamento dei canoni oppure contro il rischio di futuri danni all'immobile. Questa garanzia prende di solito la forma di deposito cauzionale, che – ai sensi dell'art. 11 della l. n. 392/1978 – non può essere superiore a tre mensilità del canone. Soprattutto negli ultimi anni hanno, però, trovato maggiore utilizzo nella prassi, al posto dei depositi cauzionali, le garanzie bancarie a favore del locatore. La garanzia non si attua mediante la dazione di una somma di danaro dal conduttore al locatore, ma mediante la conclusione di un secondo contratto (aggiuntivo a quello di locazione) fra locatore (soggetto garantito) e banca (soggetto garante). I costi della garanzia sono a carico del conduttore, mentre il beneficiario della garanzia è il locatore. Nel caso in cui non vengano pagati i canoni, il locatore ha il diritto di rivolgersi alla banca per escutere la garanzia e ottenere il pagamento di quanto dovuto» (SANGIOVANNI, *Contratto di locazione commerciale, mancato pagamento dei canoni e inibitoria del pagamento della garanzia bancaria a causa del covid-19*, in *Condominoelocazione.it*, 10 settembre 2020).

© Wolters Kluwer Italia

bligo del garante-mandatario di curare diligentemente, nei confronti del creditore garantito, i rimedi esperibili per evitare di effettuare il pagamento della garanzia medesima, a pena di perdere l'azione di regresso ([115]).

Questa s'è però dimostrata «soluzione (...) inefficace, in quanto il garante alle volte preferisce dare corso alla garanzia pur di non compromettere il proprio *credit standing*» ([116]), il che ha portato ad esplorare altri rimedi, tra cui il riconoscimento, in favore del debitore principale, della legittimazione ad agire in via inibitoria, *ex* art. 700 c.p.c., per ottenere «un provvedimento giudiziale che vieti l'esercizio della successiva *actio mandati contraria* al garante/mandatario, che esegua la garanzia a fronte di un'escussione abusiva. L'obiettivo perseguito in tal modo dal debitore è quello di evitare di rimanere "stritolato" dal c.d. sistema delle rivalse, che – com'è noto – consente al garante/mandatario, una volta adempiuto, di esperire l'*actio mandati contraria* nei confronti del debitore/mandante, il quale, a sua volta, se l'escussione si rivela abusiva, può esperire l'azione di indebito nei confronti del creditore al fine di recuperare quanto da questi ricevuto» ([117]).

Con l'avvento della crisi pandemica, che ha messo a dura prova lo svolgimento dell'attività commerciale, e con l'emanazione dei provvedimenti restrittivi delle libertà personali al fine di contenere il contagio da coronavirus – imponendo chiusure forzate delle attività commerciali e pesanti restrizioni negli spostamenti (*lockdown*) – la casistica giurisprudenziale ha registrato forti segnali di disagio da parte degli operatori, con domanda di giustizia a cui l'ordinamento non sempre ha saputo fornire adeguate risposte, sul piano rimediale. Nell'ordinamento interno i giudici di merito sono stati chiamati a rendere, in sede cautelare,

---

([115]) Sul riconoscimento della legittimazione del garante all'*exceptio doli generalis* – in particolare in caso di prova scritta e liquida dell'abuso da parte del beneficiario –, con conseguente preclusione, in caso di mancata attivazione del garante, della facoltà di rivalersi nei confronti del debitore principale con l'*actio mandati contraria* (tanto che in dottrina s'è ritenuto che sul garante gravi, in sostanza, un obbligo di opporre tale rimedio quale espressione del più generale dovere di protezione basato sul rapporto di mandato che intercorre tra garante e debitore principale) si rimanda alla ricostruzione operata da MONTANARI, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 4, p. 987 ss.

([116]) MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 987.

([117]) MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 987.

© Wolters Kluwer Italia

le prime decisioni, riguardanti non solamente il rapporto di durata, ma anche, per quanto interessa il discorso che si sta qui conducendo, il rapporto di garanzia (autonoma e/o fideiussoria con clausole "a prima richiesta" e simili).

Le recentissime pronunce si presentano scarne, non sempre assistite da un'esaustiva argomentazione e, comunque, di segno non univoco, ma che denotano tutte una certa inadeguatezza dei tradizionali rimedi, demolitori e manutentivi, approntati dall'ordinamento per fronteggiare l'impatto della crisi pandemica – e dei provvedimenti autoritativi emanati per fronteggiarla – sulle vicende contrattuali.

Le domande cautelari vengono proposte da locatari esercenti diverse attività commerciali, al fine di ottenere, nei confronti del locatore, una riduzione considerevole dei canoni di locazione o d'affitto e, per quanto attiene il rapporto di garanzia, per ottenere un'inibitoria che impedisca alla banca garante di eseguire la prestazione o al locatore di escutere la garanzia per la misura dei canoni non pagati a seguito del mancato utilizzo dei locali per la destinazione pattuita ([118]).

Limitatamente agli aspetti relativi ai rapporti di garanzia, un primo orientamento ha ravvisato l'obbligo di rinegoziazione del contratto in base al principio di buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto e, constatandone la violazione da parte del locatore, non ha esitato a rideterminare cautelativamente gli importi dovuti a titolo di canone di locazione per via delle sopravvenienze contrattuali legate alla pandemia da Covid-19, riducendoli del 40% per tutto il periodo interessato dal *lockdown*, prevedendo al contempo la sospensione della garanzia (fi-

---

([118]) Generalmente i locatari affermano l'impossibilità temporanea ed oggettiva, totale o parziale, della prestazione del locatore, per *factum principis*, dal momento che i provvedimenti restrittivi dell'autorità avrebbero impedito, al locatore medesimo, di mettere a disposizione del locatario, per tutta la durata dei provvedimenti restrittivi, l'immobile da adibire all'esercizio dell'attività commerciale, prevista nel contratto. Per un'attenta ricostruzione degli aspetti giuridici relativi ai rapporti sinallagmatici di durata si veda quanto illustrato dalla dottrina già citata nel par. 5.6 del precedente capitolo, tra cui ZORZI GALGANO, *Impatti del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, 1, p. 53 ss.; GENICON, *La forza maggiore: alcuni insegnamenti tratti dalla crisi del Covid-19 nel diritto francese dei contratti*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, 1, p. 87 ss.

© Wolters Kluwer Italia

deiussoria, in questo caso) fino all'esposizione debitoria emergente dagli atti di causa ([119]).

Il tribunale mostra consapevolezza di una certa forzatura nell'uso di rimedi manutentivi di giustizia contrattuale, mediante il ricorso all'equità integrativa ([120]), ma non esita ad applicarli

---

([119]) Cfr., segnatamente, Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Foro it.*, 2020, 10, I , c. 3261 ss.: «Posto che il locatore di un immobile adibito ad attività di ristorazione vìola il principio di buona fede qualora non ottemperi all'*obbligo di rinegoziare* le condizioni contrattuali in virtù delle sopravvenienze legate alla pandemia da Covid-19, va ordinata in via cautelare la riduzione dei canoni di locazione del 40 per cento per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20 per cento nel periodo da giugno 2020 a marzo 2021, disponendo altresì la *sospensione della fideiussione prestata a garanzia delle obbligazioni di pagamento gravanti sul conduttore, fino a un'esposizione debitoria di trentamila euro*».

([120]) «Secondo le prospettazioni della ricorrente, invero, la resistente non avrebbe ottemperato all'obbligo, derivante dalla clausola generale di buona fede e correttezza, di ricontrattare le condizioni economiche del contratto di locazione a seguito delle sopravvenienze legate all'insorgere della pandemia per Covid-19. Orbene, questo giudice non ignora che in base al testo normativo dell'art. 1467, comma 3, c.c. e all'orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte sul punto, la rettifica delle condizioni contrattuali "squilibrate" può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione, in quanto il contraente a carico del quale si verifica l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione non può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite. Tuttavia deve ritenersi che lo strumento della risoluzione giudiziale del contratto "squilibrato" volta alla cancellazione del contratto, nella misura in cui quest'ultimo non contenga alcuna clausola di rinegoziazione derogatrice della disciplina legale, soprattutto per i contratti commerciali a lungo termine, possa in alcuni casi non essere opportuna e non rispondente all'interesse della stessa parte che, subendo l'aggravamento della propria posizione contrattuale, è legittimata solo a chiedere la risoluzione del contratto "squilibrato" e non anche la sua conservazione con equa rettifica delle condizioni contrattuali "squilibrate". Certamente la crisi economica dipesa dalla pandemia Covid e la chiusura forzata delle attività commerciali – ed in particolare di quelle legate al settore della ristorazione – devono qualificarsi quale sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale; invero, nel caso delle locazioni commerciali il contratto è stato stipulato "sul presupposto" di un impiego dell'immobile per l'effettivo svolgimento di attività produttiva, e segnatamente nel caso di specie per lo svolgimento dell'attività di ristorazione. Ciò posto, si ritiene che pur in mancanza di clausole di rinegoziazione, i contratti a lungo termine, in applicazione dell'antico brocardo "*rebus sic stantibus*", debbano continuare ad essere rispettati ed applicati dai contraenti sino a quando rimangono intatti le condizioni ed i presupposti di cui essi hanno tenuto conto al momento della stipula del negozio. Al contrario, qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale quella determinata dalla pandemia del Covid-19, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi della

© Wolters Kluwer Italia

pur a fronte della rigidità degli strumenti rimediali indicati dal codice civile, sostenendo che «la buona fede può essere utilizzata anche con funzione integrativa cogente nei casi in cui si verifichino dei fattori sopravvenuti ed imprevedibili non presi in considerazione dalle parti al momento della stipulazione del rapporto, che sospingano lo squilibrio negoziale oltre l'alea normale del contratto» ([121]).

Affrontati in tal modo gli assetti giuridici nel rapporto di base, l'ordinanza del tribunale romano prende poi rapidamente in considerazione la garanzia (fideiussoria), in particolare per ciò che concerne il *periculum in mora*, che trova fondato al rilievo «che le perdite potenziali derivanti dall'escussione della *fideiussione* e il pagamento dei canoni in misura integrale sono idonei ad aggravare considerevolmente la situazione di crisi finanziaria della resistente portandola alla cessazione» ([122]). Riferimento troppo fugace quello relativo alla garanzia – ripreso poi solamente nel dispositivo, ove si «dispone la sospensione della garanzia fideiussoria fino ad un'esposizione debitoria di 30.000 euro» –, ma lascia comunque intendere un ulteriore intervento in termini di giustizia contrattuale, che si giustifica tenendo conto che si tratta di garanzia "accessoria" rispetto al rapporto principale, senza tra l'altro che sia specificata la presenza o meno di clausole "a prima richiesta" *et similia*.

A parte la soluzione scelta per la regolamentazione concreta degli assetti giuridici del rapporto di durata, v'è da rilevare che, ove vi fosse una clausola limitativa della proponibilità di eccezioni, nel rapporto tra garante e locatore, il risultato non sarebbe cambiato: sarebbe divenuto applicabile l'art. 1462 c.c. e, con es-

---

esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite inizialmente deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva (o correttezza) nella fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.). Orbene, sulla questione dell'ammissibilità di un'azione riduzione in via equitativa dei canoni di locazione in ragione del mancato rispetto dei canoni di buona fede e correttezza, proposta in via principale senza previa domanda di risoluzione per sopravvenuta eccessiva onerosità, si rileva come secondo un diffuso orientamento dottrinale (cfr., *ex aliis*, V. Roppo, *Il contratto*, 2011, Giuffré) condiviso da questo giudice, la buona fede può essere utilizzata anche con funzione integrativa cogente nei casi in cui si verifichino dei fattori sopravvenuti ed imprevedibili non presi in considerazione dalle parti al momento della stipulazione del rapporto, che sospingano lo squilibrio negoziale oltre l'alea normale del contratto». Trib. Roma, 27 agosto 2020, cit.

([121]) Trib. Roma, 27 agosto 2020, cit.

([122]) Trib. Roma, 27 agosto 2020, cit.

© Wolters Kluwer Italia

so, il comma 2 c.c. ed il giudice avrebbe potuto sterilizzarne gli effetti della clausola, in presenza dei «gravi motivi», invero già emergenti dalla motivazione dell'ordinanza.

Altra ordinanza, resa dal tribunale meneghino, va in senso decisamente opposto, negando la fondatezza della pretesa cautelare tanto con riguardo al *fumus boni iuris*, quanto con riguardo al *periculum in mora*: diversamente dal precedente orientamento, il rischio di escussione della garanzia non è stato ritenuto pericolo grave ed imminente e ciò, integrando la "ragione più liquida" per il rigetto del ricorso, ha portato anche una mancata pronuncia sugli elementi di carattere sostanziale, da porre a base del "*fumus boni iuris*". Per il Tribunale di Milano, con un'ordinanza del 10 giugno 2020, ha affermato che «in tema di locazione commerciale assistita da garanzia bancaria a favore del locatore per il caso di mancato pagamento dei canoni da parte del conduttore, il rischio di segnalazione in sofferenza alla Centrale dei Rischi di Banca d'Italia da parte della banca, che stia per pagare quanto dovuto al locatore in base alla garanzia e conseguentemente possa esercitare azione di regresso nei confronti del conduttore, *non configura un pregiudizio imminente ed irreparabile tale da giustificare un'ordinanza che inibisca il pagamento della garanzia, poiché la segnalazione in sofferenza non è conseguenza immediata del pagamento della garanzia*, ma semmai dell'esercizio dell'azione di regresso, e presuppone comunque l'accertamento di una definitiva incapacità di pagamento del debitore e, dunque, la previa valutazione complessiva della situazione finanziaria del debitore» ([123]).

L'istituto di credito che ha prestato garanzia al creditore (locatore) su mandato del debitore principale (conduttore), una volta effettuato il pagamento, ha infatti azione di regresso nei confronti di quest'ultimo: anche se la garanzia viene fornita con clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" e si presenta come contratto autonomo di garanzia, il garante, ove la garanzia venga escussa, paga pur sempre un debito altrui, imputabile al conduttore, il che legittima il garante a recuperare nei confronti di quest'ultimo quanto pagato al locatore. Convincono poco, in realtà, le argomentazioni del tribunale meneghino sull'inesistenza del *periculum in mora*, nella parte in cui esclude il pregiudizio im-

([123]) Trib. Milano, sez. VI, 10 giugno 2020, in *Condominioelocazione.it*, 2020, con nota di SANGIOVANNI.

© Wolters Kluwer Italia

minente e irreparabile («non configura un pregiudizio imminente e irreparabile...»), sulla base del presupposto che non sia stata ancora esercitata l'azione di regresso da parte del garante e che non vi sia stato un accertamento della definitiva incapacità di pagamento del debitore, presupposto per la segnalazione "a sofferenza" presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia, indicata dal locatario quale elemento di valutazione per il *periculum in mora* dell'azione cautelare. Mi sembra cioè che il rigetto della domanda riguardi il mancato raggiungimento della prova sulla difficoltà economica del conduttore e sullo stato di sofferenza dedotto ai fini del rischio di iscrizione nella Centrale Rischi, più che l'assenza del *periculum* in sé, generalmente riconosciuto in altre sedi giurisprudenziali in circostanze analoghe ([124]).

Ulteriore caso in materia s'è registrato innanzi al Tribunale di Milano, che s'è pronunciato con ord. 24 luglio 2020, in un caso di locazione commerciale in locali adibiti alla vendita al dettaglio, rimasti chiusi al pubblico per via dei provvedimenti restrittivi imposti dall'autorità giudiziaria che, secondo la locataria, avrebbero reso temporaneamente e totalmente o parzialmente impossibile la prestazione della locatrice, che s'era impegnata a fornire locali idonei allo svolgimento dell'attività commerciale ([125]).

La locatrice aveva escusso per un importo rilevante (euro 748.963,89) la garanzia bancaria, contratta nelle forme della fideiussione a prima richiesta, per mancato pagamento dei canoni relativi a tre mensilità del periodo di *lockdown* (aprile, maggio e giugno 2020) ([126]). La conduttrice aveva comunque pagato, dopo l'escussione della fideiussione, l'importo di euro 222.548,70 a titolo di canone di locazione per il periodo di apertura successivo al *lockdown* (dal 18 maggio al 20 giugno 2020), detraendo

---

([124]) Si pensi, oltre a Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Foro it.*, 2020, sopra considerata, anche Trib. Venezia, 14 aprile 2020, cit. da SANGIOVANNI, *Contratto di locazione commerciale, mancato pagamento dei canoni e inibitoria del pagamento della garanzia bancaria a causa del Covid-19*, cit., il quale rileva l'eccessiva sintesi della motivazione adottata per l'accoglimento dell'istanza cautelare, dato che il giudice veneziano s'è limitato a sostenere che «è necessario concedere l'inibitoria nei confronti della banca per evitare la rivalsa...in tempo non favorevoli».

([125]) Trib. Milano, sez. VI, 24 luglio 2020, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2020, 5, p. 759 ss., con nota di DOLMETTA, *Periodo di* lockdown*, locazione di esercizio commerciale,* Garantievertrag.

([126]) Trib. Milano, sez. VI, 24 luglio 2020, cit., in motivazione.

© Wolters Kluwer Italia

dal canone l'importo riferito al periodo di *lockdown* (dal 12 marzo al 1° aprile 2020), nonché l'importo dovuto per il periodo di *lockdown* (dal 1° aprile al 17 maggio) ([127]).

Potendo agire, per costante giurisprudenza della Cassazione, con l'*exceptio doli*, la locatrice deduce l'escussione abusiva della garanzia da parte della creditrice, al rilievo che l'obbligazione relativa al pagamento dei canoni per il periodo segnato dai provvedimenti restrittivi si sarebbe dovuta considerare estinta per effetto dell'impossibilità sopravvenuta, ancorché temporanea, della prestazione a cui era tenuta la locatrice e ciò per via del *factum principis*, ravviabile nei provvedimenti restrittivi emanati con il d.p.c.m. dell'11 marzo 2020 «recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, applicabili sull'intero territorio nazionale», con cui sono state sospese le attività commerciali al dettaglio per il periodo di *lockdown* evidenziato nel giudizio ([128]).

La società locataria – sostenendo che la locatrice aveva rifiutato sostanzialmente la rinegoziazione del contratto, in violazione degli obblighi di buona fede di cui all'art. 1375 c.c. – aveva ritenuto di avvalersi dell'eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 c.c. (in ragione dell'inadempimento della controparte non già alla controprestazione, ritenuta impossibile per *factum principis*, ma al dovere di cooperazione e di rinegoziazione derivante dall'applicazione del canone di buona fede di cui al predetto art. 1375 c.c.) ([129]).

La locatrice adduceva inoltre il *periculum* in mora dell'azione cautelare, sostenuto il rischio grave ed irreparabile, oltre che imminente, di chiusura del punto vendita, con le relative, gravi ricadute occupazionali, quale conseguenza dell'azione di regresso che si sarebbe avuta a seguito del pagamento della banca garante, di fronte alla richiesta di escussione della garanzia da parte della locatrice ([130]). Di qui la richiesta giudiziale di inibitoria, *ex* art. 700 c.c., avanzata dalla locatrice (debitore principale), verso l'istituto di credito (garante), volta ad impedire in via giudiziale il pagamento della garanzia – formalmente fideiussoria – con clausola a prima richiesta e senza eccezioni.

([127]) Trib. Milano, sez. VI, 24 luglio 2020, cit., in motivazione.
([128]) Trib. Milano, sez. VI, 24 luglio 2020, cit., in motivazione.
([129]) Trib. Milano, sez. VI, 24 luglio 2020, cit., in motivazione.
([130]) Trib. Milano, sez. VI, 24 luglio 2020, cit., in motivazione.

© Wolters Kluwer Italia

Nel testo dell'ordinanza, il tribunale meneghino ha evidenziato tuttavia che, dalla lettura degli atti di causa, risultavano proposte reciproche formulate da entrambe le parti, volte a tener conto della situazione pandemica, senza tuttavia che si addivenisse ad un accordo modificativo del contratto già in essere.

Qualificando la garanzia come "garanzia autonoma", sulla base anche dell'indirizzo interpretativo espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la più volte richiamata sent. n. 3947 del 2010, il tribunale ha quindi concluso per il rigetto della domanda cautelare sotto il profilo dell'assenza del *fumus boni iuris*, al rilievo che «la valutazione (...) [dell'] ampia e complessa situazione e del grado di correttezza e lealtà delle condotte tenute dalle parti nello svolgimento delle trattative non può certamente essere ricondotta entro le maglie strette dell'*exceptio doli* che, proprio in ragione del carattere autonomo della garanzia, può essere esperita esclusivamente laddove emerga una prova pronta e liquida dell'abusività dell'escussione» ([131]).

Chi ha commentato tale ordinanza ha subito avvertito che per la verità, sia che si tratti di fideiussione, sia che si tratti di garanzia autonoma, v'è poca o nessuna differenza in ordine all'eccezione di sopravvenuta estinzione dell'obbligazione garantita in quanto, a ben guardare, non v'è mai stata estinzione dell'obbligazione o quantomeno non risulta adeguatamente provata, giacché il *factum principis* di per sé solo non genera delle «autoevidenze» ([132]). Si tratta di aspetti ricorrenti, nella giurisprudenza nazionale così come in quella internazionale, relativa alle sopravvenienze dovute alla pandemia, messe ben in evidenza da accorta dottrina ([133]), che tuttavia ha avuto modo di mettere in evidenza come, nei contratti di locazione aventi ad oggetto cosa produttiva (affitti), diversamente da quanto avviene negli ordinari contratti di locazione, possono trarsi elementi interpretativi dall'art. 1615 c.c. per applicare l'istituto dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile al debitore, altri-

---

([131]) Trib. Milano, sez. VI, 24 luglio 2020, cit., in motivazione.

([132]) DOLMETTA, *Periodo di* lockdown, *locazione di esercizio commerciale*, Garantievertrag, cit., p. 764.

([133]) ZORZI GALGANO, *Impatto del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, cit., p. 58 ss.

© Wolters Kluwer Italia

menti difficilmente configurabile nelle fattispecie segnate dall'incidenza pandemica ([134]).

Considerando gli aspetti più attinenti alla garanzia con clausole limitative della proponibilità delle eccezioni, l'ordinanza del tribunale meneghino s'è comunque soffermata sull'impatto della situazione pandemica, precisando che «l'emergenza sanitaria legata alla diffusione del Covid-19 non cancella la distinzio-

---

([134]) Si rimanda, ancora, alle acute osservazioni di ZORZI GALGANO, *Impatto del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, cit., p. 69 e 70, la quale ha ben rimarcato che «l'affittuario assume rispetto al comune conduttore, il quale può anche astenersi dall'usare la cosa ricevuta in locazione, l'ulteriore obbligazione di curare la gestione della cosa produttiva, secondo la sua destinazione economica, nell'interesse del locatore e nell'interesse della produzione nazionale (art. 1615); il godimento della cosa produttiva implica anche il diritto dell'affittuario di fare propri i frutti della cosa (art 1615) come gli utili, e le altre utilità della cosa». Sicché, prosegue ancora l'A. cit., «l'espresso rinvio da parte della disciplina all'interesse non solo del locatore affittante (in quanto un'azienda perde valore se non viene esercitata) e controparte dell'affittuario che la gestisce, ma anche all'interesse dell'economia (*rectius*: della produzione) nazionale, possono forse (...) [giocare] un ruolo nella valutazione argomentativa, del *lockdown* analoga all'impossibilità sopravvenuta (anche se qui incidente, qualora il *lockdown* sia successivo alla consegna del bene produttivo, all'obbligo di gestione gravante sull'affittuario, e come tale, inidonea a determinare una riduzione del canone gravante sempre sul medesimo soggetto). Tuttavia è anche la parte finale della norma che riconosce un diritto del medesimo affittuario a far propri i frutti e le altre utilità derivanti dalla cosa che consentono nuovamente uno spiraglio al riguardo, nell'inquadramento argomentativo diretto a ritenere il *lockdown* causa sopravvenuta impeditiva all'affittuario di trarre proprio quelle utilità. In questa prospettiva, è del resto pur vero che talvolta, la Cassazione ha stabilito che "(...) l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte (quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore)". E dunque, nell'ambito qui in considerazione l'estensione della prospettiva, può apparire giustificata, sia dalla formula normativa interessata, tale da poter consentire l'apprezzamento della giurisprudenza in tema di Covid-19 sul contratto di affitto citata, sia da un'ottica attenta, sotto il profilo solidaristico a tutti gli interessi in gioco (quelli del creditore *in primis*) ma, eventualmente, anche quelli correlati all'economia nazionale» (*Ibidem*, p. 70). Al di fuori dei contratti di affitto la soluzione interpretativa cambia: «più difficoltoso generalizzare per i contratti di locazione il richiamo all'impossibilità sopravvenuta per giustificare una riduzione del canone. In questo caso, infatti, non vi sono disposizioni specifiche che autorizzino una soluzione diversa. Nella locazione di immobili non si può dar luogo a una riduzione del canone che è tipico esempio di prestazione di genere, mai integrante una impossibilità oggettiva» (*Ibidem*, p. 70).

© Wolters Kluwer Italia

ne sussistente tra il contratto di fideiussione e il contratto autonomo di garanzia. Perciò, l'autonomia del rapporto di quest'ultima garanzia trova un preciso limite soltanto al ricorrere dei presupposti dell'*exceptio doli generalis*» ([135]).

L'impostazione restrittiva delle eccezioni proponibili non è condivisibile, per quanto s'è già rimarcato nel precedente paragrafo. Occorre però ribadire anche in questa sede che non può giustificarsi l'esclusione dell'art. 1462 c.c. per le garanzie autonome, sulla base del rilievo che le parti hanno voluto configurare i rapporti eliminando il connotato di accessorietà dalla garanzia; ciò non solo perché l'autonomia, come s'è già visto, è "relativa" (tant'è che il garante che si sia visto escutere la garanzia ha poi azione di regresso nei confronti del debitore principale), ma anche perché, se si ammettesse tale ragionamento, si finirebbe inammissibilmente per considerare derogabile la disciplina di cui all'art. 1462 c.c., con la quale il legislatore ha voluto introdurre correttivi nei rapporti pattizi, altrimenti squilibrati, introdotti in deroga al diritto comune per l'esigenza di far salve le prerogative dei "mercanti", storicamente riconducibili al *ius mercantile*.

La disciplina di tutela introdotta dall'art. 1462 c.c. è da ritenersi inderogabile, in quanto, come s'è già chiarito nel primo capitolo, è stata dettata quale limite di validità della clausola limitativa della proponibilità delle eccezioni, ravvisabile tanto nei contratti sinallagmatici (quale tradizionale clausola *solve et repete*, in cui le eccezioni non vengono rinunciate, ma solamente posticipate, subordinandole al preventivo adempimento), quanto nei contatti non sinallagmatici, come nelle garanzie (fideiussorie e autonome), ove le eccezioni concernenti il rapporto di base possono essere definitivamente rinunciate, giacché bilanciate dal regime delle rivalse. Ove si argomentasse che l'autonomia delle parti, con cui si introduce un contratto atipico di garanzia per ottenere l'autonomia (relativa) della garanzia dal rapporto sottostante, è tale da rendere inapplicabile l'art. 1462 c.c., si finirebbe per sostenere, in altre parole, che l'art. 1462 c.c. (nel suo primo e secondo comma) è derogabile dall'autonomia contrattuale, il che, ovviamente, è di per sé insostenibile.

La soluzione interpretativa più corretta mi pare invece quel-

([135]) Trib. Milano, sez. VI, 24 luglio 2020, cit., in motivazione.

© Wolters Kluwer Italia

la di mantenere ferma l'applicazione dell'art. 1462 c.c. a tutti i rapporti, anche non sinallagmatici, indipendentemente dalla forma di garanzia voluta dalle parti (fideiussoria o autonoma), per poi indagare le modalità applicative di tale articolo. Con riguardo al primo comma, mi sembra che la strada percorribile sia quella di tener conto tanto della non sinallagmaticità dei rapporti tra garante e creditore garantito, quanto della trilateralità dei rapporti che intercorrono tra le parti dei tre contratti rinvenibili nell'unitaria operazione economica (rapporto di base, contratto di garanzia e contratto di mandato), per poi risolvere i limiti di applicazione delle eccezioni tenendo conto della portata applicativa, in via analogica, dell'art. 1271 c.c., nella direzione acutamente proposta da sensibile dottrina ([136]).

Proprio in tale direzione c'è solo da aggiungere un ultimo passaggio argomentativo, dato dal coordinamento di tale norma con l'art. 1462 c.c., ravvisabile soprattutto con riguardo al suo secondo comma, che consente al giudice, per «gravi motivi», quell'intervento equitativo in grado di «sospendere la condanna» che altrimenti si avrebbe per via dell'operatività della clausola limitativa. Se nei contratti sinallagmatici tale articolo si risolve nella facoltà, accordata al giudice, di sospendere giudizialmente l'efficacia della clausola limitativa, nei rapporti di garanzia, anche al cospetto di una garanzia autonoma, l'art. 1462, comma 2, c.c. si risolverebbe nel potere accordato al giudice di intervenire sulle dinamiche contrattuali non del solo garante, ma dei contraenti legati nelle dinamiche trilaterali, da contratti funzionalmente collegati, al fine di realizzare l'unitario assetto di interessi, sui quali l'ordinamento, mediante l'art. 1462 c.c., ma imposto un controllo equitativo del giudice, fino al punto di sospendere la condanna al pagamento delle somme altrimenti dovute. La funzione della norma – utilizzando il criterio di interpretazione teleologica che non è legato a ciò che il legislatore storico ha voluto, ma a ciò di cui ha necessità oggi la società civile in cui la norma deve applicarsi, segnata dall'impatto del coronavirus nei rapporti contrattuali – va individuata anche nell'esigenza di consentire al giudice un intervento volto a mitigare le rigide conseguenze che le clausole limitative della proponibilità delle eccezioni produrrebbero nei rapporti intersoggettivi qualora, ovvia-

([136]) Il riferimento è, ancora una volta, a SESTA, *Il pagamento a prima richiesta*, cit., p. 951 s.; SESTA, *Le garanzia atipiche*, cit., p. 508 ss.

© Wolters Kluwer Italia

mente qualora siano ravvisabili «gravi motivi», tra i quali, appunto, può rientrare l'incidenza pandemica e dei provvedimenti anti-covid sui rapporti contrattuali, tenendo conto della fattispecie concreta, secondo il prudente apprezzamento del giudice in termini di giustizia contrattuale, senza necessità che si giunga ai rigidi regimi probatori che, come s'è visto, porterebbero ad escludere l'accoglimento della domanda cautelare.

La «sospensione della condanna» a cui fa riferimento l'art. 1462 c.c. è, nella lettura tradizionale della norma, sospensione degli effetti della clausola limitativa e, dunque, riappropriazione della facoltà della parte di presentare quelle eccezioni che l'autonomia privata aveva inibito, subordinandole al «*solve*». In questo differente contesto, tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento, segnato dalla pandemia, e dalla necessità di trovare soluzioni giuridiche a problemi complessi e drammatici, la «sospensione della condanna» a cui fa riferimento l'art. 1462 c.c., nei rapporti contrattuali (trilaterali) segnati dalla presenza di una garanzia autonoma, potrebbe essere estensivamente ed evolutivamente intesa come attribuzione del potere di sospendere la condanna del garante al pagamento della somma dovuta a titolo di garanzia per il mancato adempimento del debitore principale nel rapporto sottostante ([137]): si tratterrebbe di «sospensione» temporanea e non di «esclusione» definitiva, il che consente di disapplicare gli effetti dell'escussione della garanzia per il periodo interessato dai provvedimenti autoritativi che hanno imposto il *lockdown*, rendendo impossibile per il conduttore (de-

([137]) La legislazione speciale, introdotta per affrontare le criticità registratesi nei rapporti contrattuali in ragione dei provvedimenti autoritativi di confinamento anti-covid, sembra avvalorare l'interpretazione qui proposta dell'art. 1462, comma 2, c.c. Si intende far riferimento all'art. 3, comma 6 *bis*, del d.l. 13 febbraio 2020, n. 6, così come convertito, con modifiche, dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, ove si stabilisce che «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

La dottrina si è chiesta quale possa essere l'effettiva portata applicativa di tale disposizione, lasciando aperta la questione interpretativa se sia possibile o meno applicare la norma con riguardo sì al rapporto tra garante e ceditore garantito, ma per le questioni riferimenti al rapporto principale. Mi sembra corretta la risposta affermativa, che troverebbe conferma, a livello di sistema, dalla dedotta applicazione dell'art. 1462, comma 2, c.c., nei termini poc'anzi precisati. Sul punto si veda anche quanto illustrato nella nota seguente.

© Wolters Kluwer Italia

bitore principale) trarre utilità dalla *res* e per il locatore (creditore garantito) garantire al locatario la destinazione economica per il quale il godimento del bene era stato pattuito ([138]).

([138]) L'interpretazione qui proposta consentirebbe anche di risolvere altre questioni interpretative, che discendono dalla necessità di coordinare sistematicamente le disposizioni civilcodicistiche con le disposizioni della legislazione speciali dettate dall'esigenza di fronteggiare gli effetti della pandemia. L'art. 3, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, conv. con mod. dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, ha previsto che il rispetto delle misure di contenimento volte a fronteggiare la pandemia deve essere sempre valutato ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore *ex* artt. 1218 e 1223 c.c., anche per ciò che riguarda l'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti. A tal riguardo l'ordinanza ora in commento del tribunale milanese ha precisato che «tale disposizione, disciplinando gli effetti giuridici dell'inadempimento in termini di una possibile esclusione della responsabilità del debitore inadempiente, presuppone che inadempimento vi sia stato e che, dunque, l'obbligazione non si sia estinta per effetto delle misure di prevenzione e contenimento». Ebbene, la dottrina che ha avuto modo di commentare l'ordinanza *de qua*, sul punto, ha espresso il convincimento che «la dimensione autonoma, che è tipica del *Garantievertrag*, e il sollievo della responsabilità *ex* artt. 1218 e 1223 c.c. che è contemplato dalla norma dell'art. 3, si pongano su piani in sé distinti, attenendo a fenomeni e situazioni tra loro strutturalmente differenti. La prima, dunque, si focalizza sulla indipendenza del rapporto di garanzia rispetto al rapporto garantito (indipendenza peraltro "relativa", posta la riconosciuta rilevanza dell'*exceptio doli*); il secondo fa invece riferimento di base alla ragione in concreto dell'inadempimento – già avvenuto o anche solo in fieri – di un dato debitore (o, comunque, del soggetto tenuto alla prestazione), come sostanzialmente (co)determinata dall'emergenza pandemica e/o delle misure normative adottate per combatterla. Poste queste connotazioni, non mi pare vi siano ostacoli per l'applicazione della disciplina di cui all'art. 3 con riferimento al rapporto tra creditore garantito e terzo garante e con diretto riguardo all'inadempimento di questi. Non diversamente, mi pare, pure in relazione al rapporto di regresso (e, quindi, rispetto all'inadempimento del debitore principale). Più delicata mi pare invece la questione – che nella presente sede viene però lasciata aperta – dell'eventuale utilizzabilità della norma dell'art. 3 sì nel rapporto tra creditore e garante, ma con diretto riferimento al (presumibile) inadempimento del debitore principale in sede di regresso: ché una simile questione suppone prima di ogni altra cosa chiarito se la norma dell'art. 3 possa trovare applicazione pure nel caso in cui in discussione vengano l'inadempimento, e le ragioni determinanti del medesimo, di un soggetto diverso da colui al quale viene, nel concreto, richiesta la prestazione». Così DOLMETTA, *op. cit.*, p. 746 e 765.

Tale questione può essere risolta nel senso dell'utilizzabilità anche con riferimento all'inadempimento del debitore principale: corrisponderebbe alla *ratio* della norma, che è quella di mitigare gli effetti, sul regime di responsabilità, per inadempimenti correlati ai provvedimenti di confinamento resisi necessari per fronteggiare la pandemia. Dall'art. 3 cit., comma 6 *bis*, può in questo senso trarsi una conferma all'interpretazione estensiva che si è data dell'art. 1462, comma 2, c.c.

© Wolters Kluwer Italia

In altre parole, nella garanzia automatica l'art. 1462, comma 2, c.c. avrebbe la funzione di introdurre elementi di giustizia contrattuale, consentendo, per gravi motivi e limitatamente alla durata della loro persistenza, di squarciare il velo dell'autonomia, che è già di per sé solo "relativa": sussistendo «gravi motivi» il giudice può, secondo il suo prudente apprezzamento in termini equitativi, «sospendere la condanna» che si avrebbe per via della clausola limitativa della facoltà di proporre eccezioni, con riguardo a quelle che il garante può sollevare nei confronti del creditore garantito, relativamente non solo al rapporto di garanzia in sé, ma anche al rapporto sottostante. La norma in questione, cioè, consentirebbe nel nostro diritto interno, l'intervento equitativo del giudice volto a rendere opponibili al creditore garantito, ma solamente per gravi motivi filtrati dall'apprezzamento del giudice, quelle eccezioni (relative al rapporto di base e al rapporto di garanzia) che la clausola limitativa avrebbe impedito e, del pari, consentirebbe al debitore principale di invocare in via cautelare l'azione inibitoria per impedire l'escussione della garanzia, facendo valere – per i medesimi gravi motivi apprezzabili discrezionalmente dal giudice – le eccezioni relativa al rapporto di base.

Non può ritenersi, in senso contrario, che in tal modo si finisce per svilire la causa del contratto autonomo di garanzia, realizzata mediante la perdita del carattere di accessorietà della fideiussione, considerata valida dalla giurisprudenza della S.C., anche a Sezioni Unite, sulla base della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, valutati anche in considerazione della diffusione internazionale dei modelli autonomi di garanzia. Infatti, non solo il vincolo di accessorietà non è mai definitivamente rimosso (tant'è che l'autonomia viene definita solamente "relativa" e non "assoluta"), ma il contratto autonomo di garanzia rimane pur sempre un contratto collegato con gli altri rapporti (quello di mandato, tra debitore principale e garante, e quello di base, tra debitore principale e creditore garantito) ([139]). Il col-

([139]) L'esistenza di un collegamento tra contratto autonomo di garanzia e gli altri rapporti contrattuali intercorrenti nella fattispecie è stato ribadita da Cass., sez. I, 11 dicembre 2019, n. 32402, in *Giust. civ. Mass.*, 2020: «non sussiste vincolo di solidarietà tra l'obbligazione assunta dal debitore principale e quella derivante da un contratto autonomo di garanzia, perché la causa concreta del negozio autonomo consiste nel trasferire da un soggetto all'altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrat-

© Wolters Kluwer Italia

legamento negoziale, che coinvolge il contratto autonomo di garanzia in un più articolato assetto di rapporti "comunicanti" tra loro, consente di riportare a sistema l'intervento del giudice *ex* art. 1462, comma 2, c.c., nell'interpretazione che s'è proposta ([140]).

---

tuale, mentre nelle obbligazioni solidali in generale, e nella fideiussione in particolare, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale, sicché l'obbligazione del garante autonomo rimane sempre distinta da quella del debitore principale, essendo finalizzata ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione, configurandosi tra le stesse un mero *collegamento negoziale* ed un cumulo di prestazioni». La giurisprudenza di merito s'è soffermata più diffusamente sui tratti del collegamento tra contratto di garanzia e contratto e gli altri contratti rilevanti nell'articolazione trilaterale dei rapporti tra garante, debitore principale e creditore garantito. Al riguardo si segnala Trib. Vibo Valentia, 23 aprile 2020, n. 238, in *De Jure*, ove s'è precisato che «(...) Il contratto autonomo di garanzia è una fattispecie complessa, al cui interno è possibile individuare tre tipi di contratto, ovvero un contratto base, che lega l'ordinante al beneficiario, generando il rapporto di valuta e un contratto di mandato, tra debitore principale e garante, in virtù del quale il primo (c.d. "ordinante") conferisce al secondo l'incarico di stipulare un contratto di garanzia con il beneficiario del rapporto di base. Vi è, infine, un contratto di garanzia tra il garante ed il beneficiario, attraverso il quale il garante si obbliga nei confronti del creditore a versargli, a prima richiesta, l'equivalente della prestazione dovuta dal debitore principale, maggiorato di spese e danni. Tutti e tre i contratti appena descritti, seppur autonomi, sono uniti da un *collegamento negoziale*, che emerge dalla loro finalizzazione ad uno scopo economico unitario ossia una funzione fondamentalmente indennitaria (...)».

([140]) Le conseguenze del collegamento tra causale del contratto autonomo di garanzia e quello degli ulteriori rapporti (di base e di mandato) è stato vagliato dalla giurisprudenza di merito, come ad esempio in Trib. Bari, sez. III, 6 settembre 2012, n. 2790, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2013: «l'autonomia del contratto di garanzia dal contratto principale non elide il *collegamento causale* tra detto contratto di garanzia e quello principale di cui si intendeva garantire l'esecuzione. Il contratto di garanzia, proprio perché avente lo scopo di garantire l'adempimento delle obbligazioni del contratto del debitore garantito, ha un indubbio *collegamento causale* con il contratto del debitore garantito in quanto presuppone l'esistenza della obbligazione garantita e l'efficacia di detto contratto. Il concetto di garanzia implica in sostanza l'esistenza dell'obbligazione da garantire perché diversamente non si capirebbe in che cosa consiste l'oggetto della prestazione del garante. Deriva allora che la nullità del contratto di cui si intende garantire l'esecuzione incide inevitabilmente sulla causa stessa del contratto di garanzia escludendola. Se infatti il contratto di cui si vuole garantire la esecuzione è nullo ed improduttivo di effetti, non è cioè idoneo a produrre alcuna obbligazione, il contratto autonomo di garanzia è privo della sua causa – quella di garantire l'adempimento della obbligazione altrui – ed è nullo, *ex* artt. 1325 e 1418, comma 2, c.c. Del resto, diversamente opinando, se il contratto del debitore principale – come nel caso in esame – ha un oggetto il-

© Wolters Kluwer Italia

L'autonomia causale della garanzia automatica, infatti, si inserisce pur sempre nell'ambito di un rapporto complesso ed articolato sotto il profilo causale, che il nostro ordinamento, grazie all'art. 1462, comma 2, c.c., ha inteso far riaffiorare in maniera più evidente in presenza di «gravi motivi» rimessi al prudente apprezzamento del giudice e ciò al fine di eliminare le conseguenze eccessivamente pregiudizievoli di una rigida applicazione della clausola con cui si stabilisce che una delle parti non possa proporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta ([141]).

5. Profili comparatistici. Il *Garantievertrag* nell'ordinamento tedesco e la *garantie autonome* nell'ordinamento francese

Il contratto autonomo di garanzia autonoma, come s'è già avuto modo di rimarcare, è contratto atipico di cui la giurisprudenza ha ammesso la validità ammettendo, sotto il profilo causale, la meritevolezza degli interessi perseguiti, *ex* art. 1322, comma 2, c.c., in considerazione dell'affermarsi del modello nella prassi del commercio internazionale, per la quale hanno avuto un ruolo decisivo altri ordinamenti, quali quello statunitense e, più in generale, di *common law*, quello tedesco (*Garantievertrag*) e quello francese (*garantie autonome*).

Se si indagano più a fondo i modelli esteri, però, ci si accorge che l'esaltata autonomia della garanzia non è poi così marcata, rinvenendosi un indebolimento dell'accessorietà, ma mai una sua eliminazione, e ciò anche nel caso del *Garantievertrag* ([142]).

Anche in Germania si è assistito al dibattito volto a distinguere la garanzia autonoma dal modello fideiussorio, la cui ac-

---

lecito per contrarietà a norme imperative, l'esecuzione del contratto di garanzia consentirebbe al creditore di perseguire – sia pure per equivalente – un risultato vietato dall'ordinamento. Argomentando in tal senso nel caso in esame, alla rilevata ed eccepita nullità del contratto di vendita consegue la nullità per difetto di causa e l'inefficacia della fideiussione bancaria prestata in pari data a garanzia dell'esecuzione del contratto di vendita».

([141]) Si potrebbe così recuperare la portata applicativa e di sistema dell'art. 1462, comma 2, c.c., rimasto sottovalutato. Come rilevato da attenta dottrina, sulla portata applicativa della norma ha inciso «l'incomprensione del profondo significato innovatore dell'attribuzione al giudice di un potere di penetrante controllo con cui vagliare un patto già passato indenne dalla formale verifica di efficacia *ex* art. 1341 c.c.».

([142]) LAMORGESE, Garantievertrag *secondo le sezioni unite*, cit., p. 1370.

© Wolters Kluwer Italia

cessorietà è tipizzata nel BGB ai §§ 767 e 768 ([143]). Tenendo conto di tali disposizioni, s'è infatti rimarcato che «come in Italia, anche in Germania (...) si ritiene che, al fine di riconoscere un *Garantievertrag*, è necessario analizzare tutte le circostanze del caso concreto, tra cui il rapporto di incarico tra ordinante e garante, e che l'inserimento della clausola "a prima richiesta" (*auf erstes Anfordern*) non toglie al contratto necessariamente i caratteri della fideiussione (potendosi valutare come indizio della presenza di un contratto autonomo di garanzia)» ([144]).

La predetta clausola, come anche nel nostro ordinamento, potrebbe infatti incidere solamente sul piano processuale, senza comportare uno scostamento dal modello fideiussorio, «risolvendosi in clausola *solve et repete* (*erst bezahlen, dann prozessieren*), non rompendosi l'accessorietà della fideiussione, la quale è solo sospesa, in quanto resta impregiudicato il potere del fideiussore che ha pagato di far valere le eccezioni radicate nel rapporto principale in un successivo processo di restituzione (*Rückforderungsprozess*) attuato in seguito all'esperimento della *conditcio indebiti*» ([145]). La dottrina ha anche evidenziato, a tal riguardo, che nell'ordinamento tedesco «si ritiene che, in presenza della clausola di espressa rinuncia ad ogni eccezione, *Verzicht auf Einwendungen und Einreden*, diminuiscono le possibilità di trovarsi di fronte ad una fideiussione atipica» ([146]).

Si tratta, invero, di aspetti che sono stati ripresi nell'indirizzo delle Sezioni Unite della S.C. nella sent. 3947 del 2010, cit., ove, scostandosi dai criteri interpretativi del nostro ordinamento (e in particolare dalle regole finali di interpretazione, che avrebbero dovuto indurre ad una soluzione differente, come s'è già avuto modo di rimarcare *supra*), ha finito per ritenere illogicamente presunto il ricorso al modello atipico della garanzia autonoma rispetto al modello tipico fideiussorio con clausole a prima richiesta e senza eccezioni, meno gravoso per l'obbligato.

([143]) Si veda anche BARENGHI, *Il dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, 1, I, p. 101 ss., ove l'A., muovendo da uno studio di Dieter Medicus, si sofferma sul dibattito tedesco in tema di fideiussione bancaria.

([144]) LAMORGESE, *op. cit.*, p. 1369. Per un'analisi del modello tedesco, oltre che quello francese, si veda anche BARILLÀ, *Il* Garantievertrag *da prassi a legge: il caso francese*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, 2, p. 271 ss.

([145]) LAMORGESE, *op. cit.*, p. 1369.

([146]) LAMORGESE, *op. cit.*, p. 1369.

© Wolters Kluwer Italia

Va in proposito considerato che sia in Italia che «(...) in Germania la differenza tipologica con la fideiussione (con clausola "a prima richiesta" *solve et repete*) riguarda la diversa spettanza dell'azione di ripetizione verso il beneficiario (quando il pagamento sia risultato indebito), nel *Garantievertrag* spettando non già al garante ma all'ordinante, in quanto le questioni sostanziali circa la ricorrenza dei presupposti dell'esclusione attengono al rapporto principale» ([147]).

Anche l'ordinamento francese conosce la garanzia autonoma che, a differenza di quanto si registra nell'ordinamento italiano, è stata tipizzata nel *Code civil* francese, attraverso la novellazione dell'art. 2321, ad opera dell'*Ordonnance* n°2006-346 del 23 marzo 2006, rimasto inalterato a seguito dell'ulteriore riforma del codice avutasi negli anni 2016-2018 ([148]).

Tale articolo, contenuto nel *Livre* IV (*Des sûretés*), *Titre* Ier (*Des sûretés personnelles*), *Chapitre* II (*De la garantie autonome*), stabilisce che «*La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.*

Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.

Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie».

Con la *garantie autonome*, dunque, il garante rimane obbligato, verso il creditore garantito, ad adempiere la propria prestazione in caso di inadempimento dell'obbligazione assunta dal un terzo (il debitore principale), senza che possa opporre alcuna eccezione relativa all'obbligazione garantita, salva l'*exceptio doli*, espressamente prevista nel secondo comma. Abbiamo anche qui il problema dell'erosione dell'autonomia, perché il legislatore, recependo gli indirizzi giurisprudenziali, ha finito per accogliere nel dettato normativo un correttivo, tramite il quale finiscono per

---

([147]) LAMORGESE, *op. cit.*, p. 1369.

([148]) Sul modello francese si veda, ancora, BARILLÀ, *Il* Garantievertrag *da prassi a legge: il caso francese*, cit., p. 271 ss., nonché LAMORGESE, *op. cit.*, p. 1369 ss.

© Wolters Kluwer Italia

fare ingresso elementi che attengono al rapporto principale: si pensi ai casi di abusiva escussione della garanzia nonostante l'avvenuto adempimento del debitore principale, oppure nonostante sia lo stesso creditore garantito a risultare inadempiente alla propria obbligazione nel rapporto sottostante o, ancora, qualora si verifichino effetti estintivi dell'obbligazione del debitore principale, come l'impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore e, nonostante ciò, il creditore intenda escutere ugualmente la garanzia, tentando di ottenere un vantaggio economico, facendo leva sull'autonomia della prestazione del garante.

Vero è che, anche nell'ordinamento francese, una vera e propria indipendenza della prestazione del garante non è ravvisabile, rimanendo aspetti in cui l'accessorietà torna a manifestarsi per via del collegamento contrattuale che si registra tra i diversi rapporti posti in essere tra garante-creditore garantito-debitore principale.

Anche nel modello francese, dunque, la garanzia automatica si connota per uno svilimento dell'accessorietà della garanzia rispetto all'obbligazione principale e, come per gli ordinamenti tedesco e italiano, dubbi possono permanere quanto alla qualificazione della garanzia rispetto al modello fideiussorio. L'art. 2321 del *Code civil*, infatti, prevede che l'obbligazione del garante consista in una somma possa essere dovuto non necessariamente a "prima richiesta" (*à première demande*) ma anche con modalità alternative pattuite tra le parti («*soit à première demande, soit suivant des modalités convenues*»), sicché la clausola "a prima richiesta" è stata ritenuta «né necessaria né sufficiente per ravvisare un contratto autonomo di garanzia» ([149]) nel sistema francese.

Volendo trarre una riflessione utile per il nostro sistema giuridico dall'esperienza d'oltralpe, l'analisi di entrambi i modelli – tedesco e francese – ha porta a ritenere che, «diversamente da quanto ritengono le sezioni unite, si verifica [in essi] un indebolimento della accessorietà propria della fideiussione, indebolimento che è maggiore nel *Garantievertrag*, ma che – è proprio questo il punto – non ne determina l'eliminazione. Nel nostro ordinamento (come in quello tedesco), un'astrazione assoluta, in

([149]) LAMORGESE, *op. cit.*, p. 1370.

© Wolters Kluwer Italia

cui la sorte o i difetti dell'obbligazione sottostante non abbiano mai alcuna ripercussione sull'obbligazione astratta di garanzia, non è ammessa, ma ciò non toglie che tra astrazione assoluta e accessorietà (nel senso tradizionale) ci siano diverse gradazioni che il legislatore di volta in volta legittima, secondo un giudizio di convenienza dei vari interessi in gioco coinvolti» ([150]).

Si tratta di considerazioni che non fanno che confermare la rilevanza, nel nostro ordinamento, dell'art. 1462, comma 2, c.c., per il quale il modello italiano ha voluto temperare la rigida applicazione delle clausole limitative della proponibilità delle eccezioni, lasciando che possano fare ingresso nella fattispecie contrattuale, per «gravi motivi» liberamente apprezzabili dal giudice in relazione alle circostanze concrete, interventi mirati di giustizia contrattuale ([151]).

Del resto anche in Francia, ove l'autonomia della garanzia sembra manifestarsi nel grado più forte rispetto ad altri modelli, il legislatore ha finito per introdurre (con la recente riforma del *Code civil* meccanismo ancora più ampi di intervento del giudice nelle fattispecie contrattuali, in caso di mutamento delle circostanze, mediante l'istituto dell'*imprevisión* ([152]).

([150]) LAMORGESE, *op. cit.*, p. 1370.

([151]) Come ribadito dalla Corte costituzionale, nella sent. n. 265 del 1974, «con questa disposizione il legislatore ha compiuto tutto quanto poteva per evitare che l'applicazione di tale clausola abbia mai a determinare effetti abnormi, iniqui o gravemente lesivi della situazione di diritto o di fatto del contraente convenuto per l'adempimento: il giudice, nella libera valutazione del singolo caso concreto, potrà financo escludere l'applicazione della clausola, con prudente decisione equitativa, prescindendo da ogni *rigor iuris* (...)»

([152]) Cfr. Art. 1195 *Code civil*, come modificato dall'*Ordonnance* n°2016-131 del 10 febbraio 2016, ai sensi del quale «*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celleci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*». Per un commento di tale articolo, nei rapporti segnati dalla pandemia, si veda, ancora una volta, ZORZI GALGANO, *Impatto del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, cit., p. 71 ss. Per un commento più generale sull'art. 1195 c.c. fr., si veda DI PIET ABAS, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riferimento alla sopravvenienza*

© Wolters Kluwer Italia

6. Clausola *solve et repete* e garanzia autonoma nei contratti commerciali internazionali. La Convenzione Uncitral e le norme uniformi dell'ICC (URDG 758)

La giurisprudenza di legittimità, come s'è già avuto modo di evidenziare, ha valutato la validità del contratto autonomo di garanzia nel nostro ordinamento tenendo conto non solo dell'ampia diffusione di tale modello in altri Paesi esteri, ma anche nella grande diffusione che la garanzia autonoma ha nei contratti commerciali internazionali, che da tali modelli esteri ha trovato linfa, evolvendosi in ulteriori direzioni.

Particolare rilevanza ha, a tal fine, la *United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit*, elaborata dall'Uncitral ed adottata dall'Assemblea Generale l'11 dicembre 1995 (di seguito "Convenzione Uncitral") ([153]). Entrata in vigore il 1° gennaio 2000, la sua applicazione per la verità è rimasta assai limitata. Risulta sottoscritta, allo stato attuale, solamente da otto Paesi, quali la Bielorussia, l'Equador, l'El Salvador, il Gabon, il Kuwait, la Liberia, il Panama, la Turchia e gli USA, ma di questi hanno provveduto alla ratifica o all'approvazione solamente i primi otto (negli Stati Uniti, dunque, tale Convenzione non è entrata in vigore e, per tale motivo, non è annoverata tra le parti contraenti) ([154]).

La limitata diffusione di tale Convenzione dipende anche dalla sua limitata portata applicativa, giacché «si applica solo ove, ai sensi del diritto internazionale applicabile, la garanzia

---

contrattuale, in *Persona e mercato*, 2018, 1, p. 27 ss. Sulla disciplina delle sopravvenienze contrattuali nel nostro ordinamento si veda, invece, AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali. Tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004.

([153]) Si ricorda che l'Uncitral è la Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto del Commercio Internazionale (*United Nations Commission on International Trade Law*), istituita nel 1966 tramite apposita Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, «al fine, *inter alia*, di promuovere la "codificazione e una più ampia accettazione di termini commerciali internazionale, clausole, usi e pratiche, in collaborazione, ove appropriato, con organizzazioni operanti nel settore"». Cfr. GALGANO e MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 113.

([154]) Cfr. lo *status* della Convenzione sul sito dell'Uncitral all'indirizzo https://uncitral.un.org/en/texts/payments/conventions/independent_guarantees/status (consultato da ultimo in data 20 aprile 2021).

© Wolters Kluwer Italia

debba essere retta dal paese di uno stato contraente e se la banca garante risiede in uno dei Paesi contraenti ([155]).

L'art. 2 di tale Convenzione, rubricato «*Undertaking*», stabilisce chiaramente che «(1) *For the purposes of this Convention, an undertaking is an independent commitment, known in international practice as an independent guarantee or as a stand-by-letter of credit, given by a bank or other institution or person ("guarantor/issuer") to pay to the beneficiary a certain or determinable amount upon simple demand or upon demand accompanied by other documents, in conformity with the terms and documentary conditions of the undertaking, indicating, or from which it is to be inferred, that payment is due because of a default in the performance of an obligation, or because of another contingency, or for money borrowed or advanced, or on account of any mature indebtedness undertaken by the principal/applicant of another person*».

Emerge da tale norma sia l'evidente carattere di indipendenza, più volte proclamato («*indipendent commitment*», «*indipendence guarantee*»), sia il collegamento necessari con il rapporto sottostante, dal quale la garanzia trae origine e per la quale la garanzia viene attivata («*indicating, or from which it is to be inferred, that payment is due because of ...*»).

Ai commi successivi del medesimo articolo vengono precisate le modalità con cui l'«*undertaking may be given*», mentre all'art. 3 viene disciplinata l'«*indipendence of undertaking*», chiarendosi, ivi, che «*for the purpose of this Convention, an undertaking is independent where the guarantor/issuer's obligation to the beneficiary is not*:

(a) *Dependent upon the existence or validity of any underlying transaction, or upon any other undertaking (including stand-by letters of credit or independent guarantees to which confirmations or counter-guarantees relate); or*

(b) *Subject to any term or condition not appearing in the undertaking, or to any future, uncertain act or event except presentation of documents or another such act or event within a guarantor/issuer's sphere of operations*».

La Convenzione appare delineare una rigida autonomia della garanzia, addirittura svincolata dall'esistenza o dalla validità

([155]) MULA, *Le garanzie autonome a prima richiesta nella prassi internazionale*, in *Diritto bancario*, 14 aprile 2019, p. 4 s.

© Wolters Kluwer Italia

del rapporto sottostante. In realtà però altre norme, come quelle che consentono l'esperibilità delle eccezioni sull'escussione abusiva della garanzia, fanno venir meno quell'autonomia assoluta formalmente declinata nel testo dell'art. 3.

Con riguardo all'autonomia della garanzia, nell'*Explanatory note by the Uncitral secretariat on the United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit* si rimarca che il carattere "indipendente" della garanzia rispetto al rapporto fondamentale è ormai diffusamente riconosciuto, ma, a livello internazionale, non c'è affatto uniformità sul significato di – e sulla portata da attribuire a – tale caratteristica essenziale, sicché la Convenzione, all'art. 3 cit., ha inteso rendere uniforme l'accezione di «indipendenza», precisando che in essa l'impegno assunto dal garante non è dipendente dall'esistenza, né dalla validità del rapporto sottostante o di altra obbligazione ([156]). Il carattere dell'indipendenza è ulteriormente rafforzato dall'assenza di ogni vincolo derivante da una regolamentazione dei rapporti in una sede esterna rispetto a quella in cui è contenuto l'impegno a rendere la garanzia, né può essere subordinata a condizioni, come chiarito dall'art. 3(2) ([157]).

Uno degli aspetti più delicati della garanzia autonoma riguarda il regime delle eccezioni esperibili e quello della c.d. *exceptio doli*, ove cioè l'escussione della garanzia avvenga in maniera fraudolenta o abusiva. La Convenzione disciplinata tali aspetti all'art. 19, rubricato «*Exception to payment obligation*». al cui primo paragrafo si stabilisce che «(1) *If it is manifest and clear that*:

(a) *Any document is not genuine or has been falsified*;

([156]) *Explanatory note by the Uncitral secretariat on the United Nations Convention on Independent Guadantees and Stand-by Letters of Credit*, p. 17 e 18, par. 17.

([157]) Sul punto l'*Explanatory note* cit., p. 18, afferma che «*to fall within the scope of the Convention, an undertaking must not be subject to any terms or conditions not appearing in the undertaking, It is specified that, to fall within the Convention, an undertaking should not be subject to any future, uncertain act or event, with the exception of presentation of a demand and other documents by the beneficiary or of any other such act or event that falls within the "sphere of operations" of the guarantor/issuer (...)*». Se ne precisa la ragione, dal momento che «*that is in line with the notion that the role of the guarantor/issuer in the case of independent undertakings is one of paymaster rather than investigator*» (*Ibidem*, p. 18).

© Wolters Kluwer Italia

(b) *No payment is due on the basis asserted in the demand and the supporting documents*; *or*

(c) *Judging by the type and purpose of the undertaking, the demand has no conceivable basis, the guarantor/issuer, acting in good faith, has a right, as against the beneficiary, to withhold payment*».

Le eccezioni rilevanti sono dunque, innanzitutto, quelle relative al difetto di genuinità ed alla falsificazione dei documenti su cui si basa l'escussione della garanzia, ma anche l'ipotesi in cui il pagamento non sia dovuto in base a quanto asserito nella domanda e contenuto nella documentazione esibita a supporto della domanda medesima. Ancora, il garante può rifiutare il pagamento nei confronti del creditore beneficiario anche qualora in buona fede reputi che l'escussione della garanzia non corrisponda, per tipologia e finalità, ai contenuti dell'impegno assunto dal garante.

La Convenzione, nella consapevolezza di un'assenza di uniformità di interpretazioni a livello internazionale, su tali aspetti, adotta una linea interpretativa esplicitata nel secondo paragrafo dell'art. 19 cit., ove si chiarisce che «(2) *For the purpose of subparagraph* (c) *of paragraph* (1) *of this article, the following are types of situations in which a demand has no conceivable basis*:

(a) *The contingency or risk against which the undertaking was designed to secure the beneficiary has undoubtedly not materalised*;

(b) *the underlying obligation of the principal/applicant has been declared invalid by a court or arbitral tribunal, unless the undertaking indicates that such contingency falls within the risk to be covered by the undertaking*;

(c) *The underlying obligation has undoubtedly been fulfilled to the satisfaction of the beneficiary*;

(d) *Fulfilment of the underlying obligation has clearly been prevented by wilful misconduct of the beneficiary*;

(e) *In the case of demand under a counter-guarantee, the beneficiary of the counter-guarantee has made payment in bad faith as guarantor/issuer of the undertaking to which the counter-guarantee relates*».

L'esigenza di uniformità a livello internazionale è avvertita soprattutto con riguardo ai problemi sollevati dalla disciplina da applicare alle ipotesi in cui l'escussione della garanzia risulti fraudolenta o abusiva, in quanto tramite tali questioni o eccezioni riemergono le vicende del rapporto sottostante, che invece

© Wolters Kluwer Italia

formalmente si vuole disancorare dalle sorti della garanzia autonoma, salvo l'azione di regresso ed il meccanismo delle rivalse ([158]). Il difetto di uniformità è stato notato sia a livello concettuale, con riguardo alle nozioni di "frode" e di "abuso del diritto" in materia di escussione della garanzia (nella nostra esperienza giuridica associate all'*exceptio doli*) ([159]), sia livello di rimedi esperibili innanzi all'autorità giudiziaria ([160]).

La scelta della Convenzione è stata quella di riferire l'abuso del diritto da parte del creditore beneficiario e la fraudolenta o abusiva escussione della garanzia da parte sua ad ipotesi determinate, ma dai contorni semantici da precisare. Sicché all'art. 19(1) v'è, nella prima di tali due direzioni, il riferimento alla mancanza di genuinità della documentazione ed alla sua falsificazione, ma anche il riferimento alla circostanza che «*no payment is due on the basis asserted in the demand or that the demand has no conceivable basis*» ([161]).

La linea di demarcazione tra garanzia autonoma e rapporto sottostante non è così netta, perché l'*exceptio doli* così articolata – soprattutto con riguardo a tali ultimi due aspetti – lascia emergere eccezioni concernenti il rapporto di base. In altre parole, anche nel modello delineato dall'Uncitral nella Convenzione in-

---

([158]) Così, nell'*Explanatory note*, cit., par. 45, p. 23 e 24, s'è evidenziato che «*A main purpose of the Convention is to establish greater uniformity internationally in the manner in which guarantor/issuers and courts respond to allegations of fraud or abuse in demands for payment under independent guarantees and stand-by letters of credit. That has been a particularly troublesome and disruptive area in practice because allegations of fraud have a tendency to arise when there is a dispute as to the performance of an underlying contractual obligation (...)*».

([159]) Infatti, «*The Convention helps to ameliorate the problem by providing an internationally agreed general definition of the types of situations in which an exception to the obligation to pay against a facially compliant demand would be justified (Article 19(1)). The definition encompasses fact patterns covered in different legal systems by notions such as "fraud" or "abuse of right". The definition refers to situations in which it is manifest and clear that any document is not genuine or has been falsified, that no payment is due on the basis asserted in the demand or that the demand has no conceivable basis*» (*Explanatory note*, cit., par. 46, p. 24).

([160]) Ancora, nell'*Explanatory note*, cit., par. 45, p. 24, si aggiunge che «*That difficulty and the resulting uncertainty have been compounded further because of the divergent notions and ways with which such allegations have been treated both by guarantor/issuers and by courts approached for provisional measures to block payment*».

([161]) *Ibidem*, par. 46, p. 24.

© Wolters Kluwer Italia

ternazionale ora in esame, l'autonomia rimane pur sempre relativa, come del resto nel nostro ordinamento.

La permanente vaghezza dei contorni semantici dell'*exceptio doli* ha indotto a strutturare l'art. 19(2) della Convenzione in modo tale da raccogliere una casistica esemplificativa a cui può essere applicato l'art. 19(1), il che significa, in altre parole, che l'elenco contenuto nel secondo paragrafo è da ritenersi non tassativo e, dunque, il rimedio è aperto anche ad altre ipotesi ivi non contemplato, incidenti pur sempre sul rapporto di base ([162]).

In presenza di un'escussione abusiva o fraudolenta, alcuni tratti distintivi rispetto al diritto domestico delineato in via giurisprudenziale dalla nostra Corte di Cassazione si rinvengono nel potere del garante di rifiutare il pagamento nei confronti del creditore beneficiario, che nella nostra esperienza giuridica invece costituisce un obbligo, ricavato dalla disciplina del contratto di mandato che lega pur sempre il debitore principale con il garante. Viceversa, la Convenzione tiene conto dell'esigenza avvertita nella prassi, da parte del garante (solitamente una banca), di non perdere il proprio *credit standing*, connesso anche alla promessa di solvibilità del tutto disancorata dalle eccezioni proponibili con riguardo al rapporto sottostante. Le note esplicative del Segretario dell'Uncitral, a tal riguardo, rimarcano che «*the Convention, by entitling but not imposing a duty on the guarantor/issuer, as against the beneficiary, to refuse payment when confronted with fraud or abuse (article 19(1)), strikes a balance between different interests and considerations at play. By allowing discretion to the guarantor/issuer acting in good faith, the Convention is sensitive to the concern of guarantor/issuers over preserving the commercial reliability of undertakings as promises that are independent from underlying transactions*» ([163]).

Un punto di equilibrio è espresso dall'art. 19(3) della Con-

([162]) Nell'*Explanatory note* cit., infatti, è stato chiarito che, ad ulteriore precisazione del contenuto indicato all'art. 19(2), «*the Convention provides illustrative examples of cases in which a demand would be deemed to have no conceivable basis (article 19(2); e.g. the underlying obligation has been undoubtedly fulfilled to the satisfaction of beneficiary; the fulfilment of the underlying obligation clearly has been prevented by wilful misconduct of beneficiary; in the case of a demand under a counter-guarantee, the beneficiary of the counter guarantee has made payment in bad faith as guarantor/issuer of the under taking to which the counter-guarantee relates)*».

([163]) *Ibidem*, par. 48, p. 24.

© Wolters Kluwer Italia

venzione, che riconosce al debitore principale, per tutte e tre le ipotesi indicate all'art. 19(1), di richiedere in via giudiziale *provisional measures* delineate dal successivo art. 20, citato anche dalla nostra Corte di Cassazione nella richiamata sent. n. 3947 del 2010, resa a Sezioni Unite, per sostenere che spetterà al «debitore principale ordinante, vittoriosamente escusso dal garante che abbia pagato al beneficiario, (...) agire in rivalsa, se il pagamento non era dovuto alla stregua del rapporto di base (...), sulla base del rapporto di valuta, nei confronti del beneficiario, il quale ha ricevuto dal garante una prestazione non dovuta, mentre la stessa azione di rivalsa del garante verso il debitore ordinante viene esclusa quando il primo abbia adempiuto nonostante disponesse di prove evidenti della malafede del beneficiario, salva in tal caso la possibilità di agire contro il beneficiario stesso con la *condictio indebiti*, ai sensi dell'art. 2033 c.c.» ([164]). È proprio qui che le Sezioni Unite richiamano espressamente l'art. 20 della Convenzione delle Nazioni Unite sulle garanzie autonomie e sulla lettera di credito, elaborata dall'Uncitral, riconoscendo che «tra le alternative riconosciute all'ordinante per neutralizzare il pericolo di un'abusiva escussione, prevede sia la possibilità di inibire al garante di trattenere o recuperare presso l'ordinante le somme pagate in base alla garanzia, sia la possibilità di richiedere un provvedimento giudiziario che impedisca al beneficiario di riscuotere la garanzia» ([165]).

Il ricorso al testo della Convenzione dell'Uncitral nelle motivazioni della sentenza della S.C. a Sezioni Unte è del tutto peculiare: si usa un testo creato per disciplinare i contratti commerciali internazionali quale sostegno argomentativo al regime delle

---

([164]) Cass., sez. un., sent. n. 3947 del 2010, par. 9.5, in motivazione.

([165]) Cass., sez. un., sent. n. 3947 del 2010, par. 9.5, in motivazione. Segnatamente, l'art. 20(1) della Convenzione cit., rubricato «*Provisional court measures*», prevede che «*Where, on an application by the principal/applicant or the instructing party, it is shown that there is a high probability that, with regard to a demand made, or expected to be made, by the beneficiary, one of the circumstances referred to in subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph (1) of article 19 is present, the court, on the basis of immediately available strong evidence, may*:

(a) *Issue a provisional order to the effect that the beneficiary does not receive payment, including an order that the guarantor/issuer hold the amount of the undertaking, or*

(b) *Issue a provisional order to the effect that the proceeds of the undertaking paid to the beneficiary are blocked* (...)».

© Wolters Kluwer Italia

rivalse e delle azioni esperibili nel diritto interno, benché, la Convenzione non sia stata sottoscritta, né ratificata dall'Italia e la sua diffusione è rimasta del tutto confinata ai soli otto Paesi sopra richiamati (Bielorussia, Ecuador, El Salvador, Kuwait, Liberia, Panama e Tunisia), nessuno dei quali – tra l'altro – di area europea o di *common law* (fatta eccezione, volendo, per la Liberia, che ha un sistema "misto" influenzato dal *common law*) ([166]).

Leggendo però con attenzione l'art. 20 della Convenzione ci si rende conto che, nei casi in cui sia considerata esperibile l'*exceptio doli*, l'autorità innanzi alla quale viene rivolta la domanda può, sì, accordare le «*provisional measures*» ivi previste, ma – dice ancora l'art. 20(1), ult. inc. – dovrà decidere «*taking into account whether in the absence of such an order the principal/applicant would be likely to suffer serious harm*» e pur sempre qualora vi sia una «*high probability*» in ordine all'esistenza di una delle circostanze delineate dall'art 19(1) in cui sono state tipizzate le ipotesi di escussione fraudolenta della garanzia da parte del beneficiario. In altre parole, le disposizioni accordano poteri di intervento di tipo cautelare da parte del giudice, basate sull'iniziativa del debitore principale, più che del beneficiario, con cui si scalfisce il velo dell'autonomia della garanzia, per reagire alle ipotesi di «*fraudolent or abusive demands for payment*» ([167]) e per introdurre elementi di giustizia contrattuale, altrimenti compromessi dalla rigida applicazione della proclamata "indipendenza" della garanzia automatica rispetto al rapporto di base.

Non si può non ravvisare, in tali disposizioni, quella funzione che, nel nostro ordinamento, è affidata all'art. 1462, comma 2, c.c. (di portata, da noi, molto più estesa di quanto ravvisabile nelle richiamate norme della Convenzione), entro il quale andrebbe ricondotta, a mio avviso, l'esperibilità dell'*exceptio doli*. Con essa, come s'è visto, troverebbero ingresso anche le eccezioni relative al rapporto sottostante, con il filtro dell'autorità

([166]) Cfr. KABBHA, *A Guide to the Liberian Legal System and Legal Research*, in *Globalex*, documento disponibile *online* all'url www.nyulawglobal.org/globalex/liberia.html (consultato da ultimo in data 20 aprile 2021), ove si precisa che «*the Legal System in Liberia is a dual one of statutory law based on Anglo American Common law for the modern sector and customary law based on unwritten customary practices for the indigenous people*».

([167]) *Explanatory note*, cit., par. C, p. 23.

© Wolters Kluwer Italia

giudiziaria tenuta (nel nostro ordinamento) a valutare attentamente l'esistenza dei «*gravi motivi*».

Dagli artt. 19 e 20 della Convenzione potrebbero essere tratti elementi utili per arricchire di contenuti l'art. 1462, comma 2, c.c. nel contesto dei rapporti trilaterali che ruotano intorno alla garanzia autonoma (e talvolta, com'è noto, quadrilaterali, quando entrambe le prestazioni del contratto di base sono sorrette da un contatto autonomo di garanzia). Vero è che la citata disposizione civilcodicistica non ha provveduto a tipizzare le ipotesi in cui siano da ritenere sussistenti i «gravi motivi», lasciando più ampi margini di intervento al giudice, nel diritto interno, impensabili nel contesto internazionale ove l'azione normativa è invece improntata alla ricerca di soluzioni uniformi.

La scarsa adesione che ha avuto la Convenzione delle Nazioni Unite sulle *Independent Guarantees and Stand-by Letter of Credit*, elaborata dall'Uncitral trova una duplice spiegazione.

Per un verso è dovuta alla pregressa "codificazione" di prassi di diritto commerciale internazionale tanto nel credito documentario quanto nelle garanzie autonome ad opera della Camera di Commercio Internazionale di Parigi (*International Chamber of Commerce,* ICC), con l'intento di favorirne la diffusione nel contesto internazionale, dal momento che la loro applicazione tra gli operatori commerciali stentava ad affermarsi in maniera diffusa. La Convenzione, si noti, era andata a sovrapporsi alle norme uniformi allora raccolte dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi (*International Chamber of Commerce,* ICC) ed aveva la pretesa di fornire un supporto legislativo alle parti che, in base all'autonomia contrattuale, sceglievano di avvalersi delle *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (UCP) o delle *Uniform Rules for Demand Guarantees* (URDG) dell'ICC o di altre norme di analogo tenore per la disciplina dei rapporti contrattuali ([168]). La Convenzione dell'Uncitral è stata quindi proposta come uno strumento normativo compatibile e coerente con le regole uniformi della ICC ([169]),

---

([168]) Sulla natura delle norme uniformi dell'ICC, considerate alla stregua di compilazioni private di usi del commercio internazionale, cfr. GALGANO e MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 127.

([169]) La relazione che emerge tra Convenzione dell'Uncitral e regole uniformi dell'ICC non deve sorprendere. Si tenga a mente, infatti, che la Camera di Commercio Internazionale «svolge un ruolo consultivo di massimo livello (*Top level consultation status*) presso l'O.N.U. e le istituzioni specializzate

© Wolters Kluwer Italia

che da tempo presiedevano tale materia, tant'è che di essa, nell'*Explanatory note* del Segretario dell'Uncitral, ne è stata ribadita anche una funzione "integrativa": la Convenzione sarebbe andata a completare il funzionamento delle regole uniformi dell'ICC, trattando questioni che in esse non si trovano affrontate, con particolare riguardo all'escussione fraudolenta e abusiva della garanzia autonoma (e, più in generale, delle richieste di pagamento fraudolenti ed abusive provenienti dal creditore beneficiario), nonché ai relativi rimedi giudiziari esperibili ([170]). Tuttavia, il riferimento alle precedenti norme dell'ICC, che la Convenzione si proponeva di integrare, anziché decretarne il successo, sembra abbia finito per scoraggiare l'adesione da parte di altri Stati firmatari.

Per altro verso va considerato che la ai tempi di emanazione della Convenzione dell'Uncitral, ossia nel dicembre del 1995, l'elaborazione delle norme uniformi dell'ICC in materia di garanzie contrattuali erano state prive di successo pratico, tant'è che sono occorse ben tre edizioni (la prima è del 1978, n. 325, "*Norme Uniformi per le Garanzie Contrattuali*", URCG; la seconda è del 1992, n. 458, "*Norme Uniformi sulle Garanzie a richiesta*", URDG; la terza è del 2010, n. 758, "*Norme Uniformi per le Garanzie a richiesta*") per assistere, solo con l'ultima di esse, ad una significativa diffusione nella prassi del commercio internazionale. Le prime due edizioni, invero, non avevano avu-

---

in applicazione dell'art. 71 della Carta delle Nazioni Unite (...)» ed «ha tra le sue finalità quelle di (...) elaborare soluzioni pratiche per rendere più efficienti le varie operazioni relative al commercio (ad es. in materia di contratti, trasporti, fiere, banche ecc.) ed agli investimenti internazionali». Così GALGANO e MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 124 e 125.

([170]) *Explanatory note*, cit., par. 5, p. 15, ove testualmente si legge che «*The Convention gives legislative support to the autonomy of the parties to apply agreed rules of practice such as the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP), formulated by the International Chamber of Commerce (ICC), or other rules that may evolve to deal specifically with standby letters of credit, and the Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG, also formulated by ICC). In addition to being essentially consistent with the solutions found in rules of practice, the Convention supplements their operation by dealing with issues beyond the scope of such rules. It does so in particular regarding the question of fraudulent or abusive demands for payment and judicial remedies in such instances. Furthermore, the deference of the Convention to the specific terms of independent guarantees and stand by letters of credit, including any rules of practice incorporated therein, enables the Convention to work in tandem with rules of practice such as UCP and URDG*».

© Wolters Kluwer Italia

to una larga diffusione, perché ritenute ancora troppo legate al concetto di accessorietà della garanzia e, pertanto, erano ben lungi dall'incontrare il favore degli operatori, prime tra tutte le banche, nel loro ruolo di garanti, e i creditori beneficiari della garanzia ([171]). È proprio ai tempi di tale seconda edizione delle norme uniformi dell'ICC ([172]) che viene emanata la Convenzione Uncitral del 1995, ereditando i medesimi problemi in cui si è imbattuta l'ICC, non superati dalla regolamentazione di dettaglio dell'escussione abusiva e fraudolenta della garanzia e, ancora, dalla previsione dei rimedi giudiziali esperibili.

L'ICC, con la terza edizione approvata il 24 novembre del 2009 ma entrata in vigore il 1° luglio 2010, ha proceduto ad una significativa revisione delle norme uniformi in tema di "garanzia a prima richiesta", al fine di adattare il testo per renderlo maggiormente aderente alle necessità della prassi commerciale e favorirne così una maggiore applicazione da parte degli operatosi su scala mondiale ([173]).

([171]) Si vedano, a tal riguardo, SANTILLI, *La revisione delle Norme Uniformi della Camera di Commercio Internazionale per le Garanzie e Prima Richiesta*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1716 ss.; DI MEO, *Le nuove norme sulle garanzie a richiesta (le URDG 758) della Camera di Commercio Internazionale*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2010, 2, p. 872 ss.; nonché AFFAKI e GOODE, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. URDG 758*, Parigi, 2011 (edizione dell'*International Chamber of Commerce*, ICC), p. 17 ss.

([172]) Con l'edizione del 1992, n. 458, le *Uniform Rules for Demand Guarantees* (URDG) dell'ICC s'era intero fornire agli operatori economici delle norme che potessero meglio rispondere alle loro esigenze commerciali, rispetto alle previsioni dell'edizione del 1978, «senza, però, scalfire minimamente la natura autonoma ed astratta dell'impegno del garante. Le URDG 458 sancivano, infatti, contrariamente alle URCG 325, la validità della richiesta di escussione del beneficiario e non ponevano in capo a quest'ultimo l'onere di provare l'effettiva inadempienza dell'ordinante e, quindi, la veridicità e la legittimità della propria richiesta». Così DI MEO, *Le nuove norme sulle garanzie a richiesta (le URDG 758) della Camera di Commercio Internazionale*, cit., p. 872 e 873, ove l'a. altresì aggiunge che «neppure questo nuovo strumento normativo (...) fu accolto dalla comunità internazionale (banche ed operatori) con molto entusiasmo tanto da determinare una scarsa applicazione, in quanto fu il risultato di un compromesso tra contrapposte esigenze: quelle del sistema bancario che, tendenzialmente, tendeva a schierarsi con il beneficiario della garanzia e quelle degli ordinanti che cercavano di vincolare l'adempimento monetario del garante alla verifica della legittimità della richiesta di escussione. Di qui il bisogno di adattare le URDG 458 alle necessità di tutti gli operatori mondiali e favorirne una maggiore applicazione» (*Ibidem*, p. 873), cosa che avvenne con l'edizione del 2010, n. 758.

([173]) DI MEO, *op. cit.*, p. 873.

© Wolters Kluwer Italia

Si tratta di "norme uniformi" elaborate dall'ICC che trovano applicazione ai rapporti tra garante, beneficiario e debitore principale quando tali soggetti, nell'esercizio dell'autonomia contrattuale, le hanno a tal fine espressamente richiamate.

Tratto caratteristico delle URDG del 2009-2010, che ne ha determinato un progressivo accoglimento nella prassi commerciale internazionale, è rinvenibile nel deciso rafforzamento del carattere autonomo della garanzia (e della contro-garanzia): quando le parti dichiarano di voler utilizzare le norme uniformi dell'ICC, la garanzia è sempre autonoma, anche qualora tale carattere non sia specificato e anche qualora nella garanzia si richiami espressamente il rapporto sottostante ([174]). La necessaria indipendenza della garanzia dal rapporto sottostante, nell'impianto delle URDG viene chiarito nell'ultima parte dell'art. 5(a), ove si precisa che «*The undertaking of a guarantor to pay under the guarantee is not subject to claims or defences arising from any relationship other than a relationship between the guarantor and the beneficiary*». Nessuna azione e nessuna eccezione concernenti il rapporto sottostante possono dunque essere fatte valere dal garante nei confronti del beneficiario per evitare di onorare all'impegno assunto con la garanzia.

Si tratta di connotato espresso piuttosto rigidamente ed ulteriormente corroborato dalla previsione dell'art. 6, rubricato «*Documents v. goods, services or performance*», che vincola la garanzia solamente a quanto risulta documentalmente, senza possibilità di riferire la garanzia a merci, servizi o prestazioni ([175]).

L'escussione della garanzia da parte del beneficiario dovrà avvenire, ai sensi dell'art. 15(a), sulla base di una richiesta accompagnata dai documenti eventualmente contemplati nel contratto di garanzia e, in ogni caso, da una dichiarazione del beneficiario «*indicating in what respect the applicanti is in breach of its obligations under the underlying relationship* (...)» ([176]).

([174]) All'art. 5(a) di tali norme si precisa infatti che «*A guarantee is by its nature independent of the underlying relationship and the application, and the guarantor is in no way concerned with or bound by such relationship. A reference in the guarantee to the underlying relationship for the purpose of identifying it does not change the independent nature of the guarantee (...)*».

([175]) Segnatamente, l'art. 6, URDG, cit. prevede che «*Guarantors deal with documents and not with goods, services or performance to which the documents ay relate*».

([176]) L'art. 15(a) delle URDG prevede che tale dichiarazione del benefi-

© Wolters Kluwer Italia

Ciò consentirebbe al garante (ed al debitore principale, che, ai sensi dell'art. 16 delle URDG, ha diritto a ricevere senza ritardo adeguate informazioni sulla richiesta di escussione presentata dal beneficiario) di controllare la correttezza del presupposto per cui si attiva la garanzia e, quindi, di rifiutare il pagamento ove il garante si accorgesse che la richiesta non sia stata correttamente avanzata.

La preoccupazione che ciò portasse alla proposizione dell'*exceptio doli*, ovvero contestazioni concernenti l'escussione abusiva o fraudolenta della garanzia, ha indotto l'ICC a prevedere che l'obbligo di tale dichiarazione, per il beneficiario, possa essere derogato dalle parti, con apposite clausole di esclusione (*exclusion terms*) ([177]).

Presentata, da parte del beneficiario, la richiesta di escussione di garanzia (con il corredo di documenti e della dichiarazione da cui risulti l'inadempimento del debitore principale), il garante sarà tenuto a vagliare la richiesta, ai sensi dell'art. 19 ([178]), e a fornire un riscontro sulla sua conformità alla garanzia di norma entro il termine di cinque giorni lavorativi, ai sensi dell'art. 20,

---

ciario sia contenuta nella stessa richiesta di escussione della garanzia oppure in un documento separato, munito di sottoscrizione, che accompagna o indentifica la richiesta medesima.

([177]) Cfr. art. 15(c) delle URDG.

([178]) L'art. 19, rubricato «*Examination*», stabilisce, al par. (a), che «*The guarantor shall determine, on the bases of a presentation alone, whether it appears on its face to be a complying presentation*». La casistica articolata oggetto di monitoraggio negli anni precedenti alla stesura della terza edizione delle URDG ha indotto l'ICC ad emanare norme di maggior dettaglio, con un certo favor per il creditore beneficiario, al fine di ottenere una più larga utilizzazione delle norme uniformi nella prassi commerciale. Così l'art. 19(b) prevede che i dati contenuti in un documento che sia richiesto dalla garanzia devono essere esaminati nell'esclusivo contesto del documento medesimo, oltre che del contratto di garanzia e delle norme uniformi (URDG), con l'ulteriore precisazione che «*Data need not be identical to, but shall not conflict with, data in that document, any other required document or the guarantee*». Se poi la garanzia richiede che venga presentato un documento, senza però specificare se e da chi debba essere firmato e quali dati debba contenere, allora il garante sarà tenuto ad accettare detto documento così come presentato, qualora il contenuto appaia assolvere alle funzioni del documento richiesto dalla garanzia, sempreché risulti conforme all'art. 19(b), sopra citato; ed inoltre, qualora tale documento rechi una sottoscrizione, «*any signature will be accepted and no indication of name or position of the signatory is necessary*». In tal senso si esprime l'art. 19(c) delle URDG. Ben si vede come le norme uniformi dell'ICC, nella versione del 2010, abbiano sacrificato le esigenze di tutela del debitore principale per rendere quanto più spedita possibile l'escussione della garanzia da parte del creditore beneficiario. Il *favor creditoris et argentarii* è evidente.

© Wolters Kluwer Italia

provvedendo quindi al relativo pagamento ([179]). Qui la posizione del beneficiario è ulteriormente rafforzata, se si tiene conto che l'art. 19(e), addirittura, esclude che il garante ricalcoli quanto sia stato già calcolato dal beneficiario in base ad una formula prevista nella garanzia o comunque menzionata in essa. Nella medesima direzione di favorire quanto più possibile il beneficiario viene poi previsto, all'art. 19(d), che, ove venga presentato un documento non richiesto dalla garanzia e non contemplato neanche nelle URDG, tale documento non potrà essere oggetto di disamina da parte del garante e, pertanto, potrà essere restituito a chi lo abbia presentato («*it will be disregarded and may be returned to the presenter*»: si noti che non si fa riferimento ad un ruolo determinato, potendo essere, quest'ultimo, anche il debitore principale o un terzo e non necessariamente il creditore beneficiario).

Potrebbe accadere però che il garante ritenga, a seguito della disamina, che «*a demand under the guarantee is not a complying demand*» ([180]), ma in tal caso le norme uniformi dell'ICC non impongono l'obbligo di rigetto della domanda, precisando, con una formula ben più attenuata che il garante «(...) *may reject that demand* (...)» ([181]) oppure, a propria esclusiva discrezione, potrebbe contattare il soggetto che abbia richiesto l'emissione della garanzia (solitamente il debitore principale) affinché rinunci a far valere la difformità riscontrata (con la precisazione, però, che la rinuncia, qualora venisse effettivamente ottenuta, non è vincolante per il garante, che potrebbe a propria volta decidere se avvalersi o meno della difformità) ([182]). In caso di rigetto della richiesta di escussione, il garante sarà ovviamente tenuto a darne avviso a chi l'abbia presentata ([183]).

([179]) L'art. 20(a) delle URDG stabilisce che «*If a presentation of a demand does not indicate that it is to be completed later, the guarantor shall, within five business days following the day of presentation, examine that demand and determine if it is a complying demand. This period is not shortened or otherwise affected by the expiry of the guarantee on or after date of presentation. However, if the presentation indicates that it is to be completed later, it need not be examined until it is completed*». All'art. 20(b) viene conseguentemente statuito che «*When the guarantor determines that a demand is complying, it shall pay*».

([180]) Art. 24(a) delle URDG. L'articolo è rubricato «*Non complying demand, waiver and notice*».

([181]) Art. 24(a) delle URDG.

([182]) Art. 24(a)(c) delle URDG.

([183]) Art. 24(d) delle URDG.

© Wolters Kluwer Italia

Le norme uniformi dell'ICC mirano dunque a superare eventuali ostacoli che possono frapporsi rispetto all'obiettivo che le parti hanno inteso raggiungere con la garanzia autonoma, adottando soluzioni che appaiono tuttavia poco garantiste per il debitore principale.

Viene presa in considerazione anche la «*Force majeure*», a cui viene dedicato l'intero art. 26 e ne viene chiarita immediatamente la portata semantica, al par. (a): «*In this article, "force majeure" means acts of God, riots, civil commotions, insurrections, wars, acts of terrorism or any causes beyond the control of the guarantor or counter-guarantor that interrupt its business as it relates to acts of a kind subject to these rules*».

Si nota immediatamente l'unilateralità della previsione, che trascura il rapporto di base, concentrandosi solamente sul garante. Poiché quella del garante è una prestazione di tipo pecuniario, la forza maggiore non potrà mai impedire l'esecuzione della prestazione. Potrebbe tuttavia comportare la necessità di differimento degli adempimenti a cui è tenuto il garante. L'art. 26, pertanto, si preoccupa di disciplinare le proroghe dei diversi termini rilevanti nel rapporto con il beneficiario della garanzia, quali la proroga della garanzia e della contro-garanzia, la proroga del termine per la disamina della richiesta di escussione formulata dal beneficiario, la proroga del termine per il pagamento da parte del garante e del contro-garante. Nello stesso articolo ci si preoccupa anche di escludere le responsabilità del garante e del contro-garante per le conseguenze della forza maggiore ([184]).

L'esonero di responsabilità per il garante è poi ulteriormente e specificamente prevista dagli artt. 27, 28 e 29 anche per la validità e l'efficacia dei documenti ([185]), per le trasmis-

---

([184]) Art. 26(e) delle URDG.

([185]) L'art. 27 (*Disclaimer on effectiveness of documents*) stabilisce, *apertis verbis*, che il garante non assume alcuna responsabilità per la forma, la sufficienza, la correttezza, l'autenticità, la falsificazione, la portata legale di qualsiasi firma o qualsiasi documento presentato, per le dichiarazioni generali e specifiche predisposte o aggiunge sui documenti presentati, nonché per la descrizione, la quantità il peso, la qualità, lo stato, l'imballaggio, la consegna, il valore o l'esistenza delle merci, dei servizi o di atre prestazioni, ovvero dei dati presentati o menzionati in un qualsiasi documento presentato o, ancora, per «*The good faith, acts, omissions, solvency, performance or standing of any*

© Wolters Kluwer Italia

sioni e le traduzioni ([186]), nonché per l'attività di altri soggetti ([187]).

Si tratta però di esenzione di responsabilità che incontra un significativo limite, costituito dalla buona fede, dal momento che tutti i predetti articoli «*shall not exempt a guarantor from liability or responsibility for its failure to act in good faith*» ([188]).

Va però precisato che il limite della buona fece è principio di carattere generale, che deve estendersi non solamente in relazione alle ipotesi di responsabilità specifiche previste nelle ipotesi di cui agli artt. 27, 28 e 29, sopra richiamati. È principio di carattere generale che connota l'intero diritto dei contratti e impone una riflessione ulteriore, perché rimanda immediatamente al problema dell'esperibilità dell'*exceptio doli*, con cui sia possibile far valere – per tale via – elementi, eventi e circostanza riguardanti il rapporto sottostante che intercorre tra il creditore, beneficiario della garanzia, e il debitore principale.

Mi pare che la risposta non possa che essere affermativa.

Va tra l'altro considerato che rimangono pur sempre applicabili le norme imperative dell'ordinamento domestico che entrerà in rilevo in base alla legge applicabile, così come le norme inderogabili del diritto internazionale e ciò non solo per quanto riguarda la posizione del garante ([189]), ma anche per

---

person issuing or referred to in any other capacity in any document presented to it».

([186]) L'art. 28 (*Disclaimer on transmission and translation*) prevede l'esonero di responsabilità del garante per le conseguenze derivanti da ritardi, smarrimenti, mutilazioni o errori che possono verificarsi nella trasmissione di un qualsiasi documento quando tale documento è trasmesso o inviato secondo le indicazioni stabilite nella garanzia o quando il garante ha assunto l'iniziativa della scelta delle modalità di consegna in assenza di istruzioni a tali effetti. Inoltre, viene previsto che il garante «*assumes no liability or responsibility for errors in translation or interpretation of technical terms and may transmit all or any part of guarantee text without translating it*».

([187]) Nell'art. 29 (*Disclaimer for acts of another party*) le norme uniformi dell'ICC stabiliscono che «*A guarantor using the services of another party for the purpose of giving effect to the instructions of an instructing party or counter-guarantor does so for the account and at the risk of that instructing party or counter-guarantor*».

([188]) Così recita l'art. 30, rubricato «*Limits on exemption from liability*».

([189]) Si consideri che, a commento dell'art. 30 delle URDG, per quanto concerne il *guarantor*, viene precisato che «*However, this is subject to any contrary domestic mandatory rule of the applicable law or internationally mandatory rule of the forum*» (AFFAKI e GOODE, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. URDG 758,* cit., p. 387).

© Wolters Kluwer Italia

ciò che attiene alle eccezioni che attengono al rapporto sottostante ([190]).

Per tale via rimane dunque il limite all'autonomia privata che, invero, le norme uniformi dell'ICC hanno voluto delineare in senso poco favorevole per il debitore principale. La necessità di tener conto del contesto internazionale, del resto, ha indotto l'ICC ad emanare un'altra norma a protezione degli interessi del garante nel rapporto con il richiedente (*instructing party*) ([191]), prevedendo la responsabilità di quest'ultimo nei confronti del primo per gli obblighi e responsabilità derivanti da norme ed usi vigenti in ordinamenti stranieri eventualmente applicabili ([192]).

Norme *ad hoc* riguardano la legge applicabile (*governing law*) e il foro competente (*jurisdiction*) alla garanzia: prevale quanto indicato dalle parti nell'esercizio dell'autonomia contrattuale; altrimenti la legge applicabile e la giurisdizione saranno quelli del Paese ove è situata la filiale o la sede del garante che ha emesso la garanzia ([193]).

Anche se si tratta di norme di rilievo per il commercio internazionale, le disposizioni previste dalle *Uniform Rules for Demand Guarantees* dell'ICC, a cui possono ricorrere espressamente le parti, assumono anche il valore di prassi commerciale internazionale e possono pertanto trovare applicazione anche ove la legge applicabile vi faccia riferimento oppure, ancora, quando emerge, nell'ambito di consolidati rapporti negoziali tra le parti, che queste ultime vi abbiano implicitamente fatto ri-

---

([190]) Si pensi a quelle, già sopra analizzate, individuate dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sent. 3947 del 2010, incluse quelle concernenti la nullità e l'inesistenza del contratto di base, nonché – sempre secondo l'orientamento nomofilattico della Suprema Corte – l'*exceptio doli*.

([191]) L'*instructing party* è definita, all'art. 2 delle URDG, come «*the party, other than counter-guarantor, who gives instructions to issue a guarantee or counter-guarantee and is responsible for indemnifying the guarantor or, in the case of a counter-guarantee, the counter-guarantor. The instructing party may or may not be the applicant», intendendo per quest'ultimo «the party indicated in the guarantee as having its obligation under the underlying relationship supported by the guarantee (...)*».

([192]) Infatti, ai sensi dell'art. 31 delle URDG, «*The instructing party (....) shall indemnify the guarantor against all obligations and responsibilities imposed by foreign laws and usages, including where those foreign laws an usages impose terms into the guarantee (...) that override it specified terms (...)*».

([193]) Cfr., rispettivamente, gli artt. 34 e 35 delle URDG.

© Wolters Kluwer Italia

ferimento ([194]). Ad ogni modo, quando siano comunque applicabili, non sono di per sé sole autosufficienti a disciplinare, per intero, il rapporto contrattuale tra le parti, necessitando che tali norme si innestino nel diritto dei contratti dell'ordinamento individuato con il criterio della legge applicabile, sulla base di quanto previsto dall'art. 34 delle URDG.

Rimane pertanto da verificare se le norme uniformi con cui sono state codificate le prassi di "diritto commerciale internazionale" in tema di garanzia autonoma – ad opera dell'ICC con il contributo dei principali *stakeholders* ([195]) – subiscano limitazioni alla luce dell'ordinamento così individuato, quanto alle clausole di rinuncia alla facoltà di proporre eccezioni, con specifico riferimento a quelle relative al rapporto sottostante. Si pone dunque il problema della compatibilità delle predette norme uniformi, di rilevanza internazionale, con i principi dell'ordinamento interno individuato tramite i criteri della legge applicabile.

Se nel suo insieme la garanzia autonoma non presenta più un problema in ordine alla sua aderenza al sistema normativo, essendo essa ampiamente riconosciuta nei diversi ordinamenti nazionali grazie anche alla diffusione delle prassi commerciali internazionali – a tal punto che anche in Italia s'è ribadita la va-

---

([194]) Così AFFAKI, *Introduction*, in ICC, *Norme Uniformi dalla ICC per le Garanzie a Prima Richiesta*, Parigi, 2010, p. 12.

([195]) Le norme uniformi dell'ICC, già nella versione del 1991, hanno avuto una progressiva diffusione anche grazie al riconoscimento internazionale avvenuto da parte dell'Uncitral, nonché dalla loro incorporazione nei formulari della World Bank e dall'*endorsement* di primarie associazioni industriali internazionali; la seconda revisione, che ha dato luogo alle attuali norme uniformi (URDG 758 del 2010), ha visto il coinvolgimento di quaranta esperti provenienti da ventisei Paesi, riuniti in una *Task Force* ICC sulle Garanzie; i suggerimenti della *Task Force*, unitamente ai commenti provenienti dal Comitati Nazionali che hanno lavorato alle Norme Uniformi, sono stati vagliati dall'URDG *Drafting Group*, fino a giungere al testo definitivo che è il frutto di uno sforzo congiunto che ha portato dunque alla «realizzazione di norme che riflettono un ampio consenso tra bancari, operatori e soggetti interessati all'utilizzo delle garanzia. Infatti, la presente revisione delle URDG non è solo un semplice aggiornamento delle norme esistenti, ma è il risultato di un ambizioso progetto finalizzato alla creazione di un nuovo set di norme più chiare, precise ed esaustive. Per questo, la presente revisione delle Garanzie (URDG 758) è destinata a divenire il testo di riferimento nel modo per le garanzie a prima richiesta». Così si è espresso il segretario generale della Camera di Commercio Internazionale nella prefazione al testo delle URDG (ROZWADOWSKI, *Prefazione*, ICC, *Norme Uniformi dalla ICC per le Garanzie a Prima Richiesta*, cit., p. 16.

© Wolters Kluwer Italia

lidità della garanzia autonoma al cospetto dell'art. 1322, comma 2, c.c. –, rimane ancora da risolvere il problema dei limiti dell'autonomia privata di fronte alle clausole limitative che fanno ingresso tramite il contratto di garanzia con cui si richiamano le URDG 758.

Come s'è avuto modo di analizzare, anche nell'ordinamento tedesco, così come in quello francese, la garanzia autonoma non esclude la riemersione di talune ineliminabili eccezioni afferenti al rapporto sottostante ([196]).

Le stesse Sezioni Unite, nel valutare la validità della garanzia autonoma in rapporto al diritto commerciale internazionale, pur a fronte della elaborazione delle URDG (la cui terza versione era stata approvata il 3 dicembre 2009, entrata poi in vigore il 1° luglio 2010), aveva fatto riferimento alla necessità di individuare comunque dei rigorosi limiti di operatività alle pattuizioni con cui si opera una restrizione alla proponibilità delle eccezioni e, optando significativamente per il riferimento al testo della Convenzione dell'Uncitral, le Sezioni Unite hanno ben messo in evidenza anche il sistema di azioni accordate, anche al debitore principale, dall'art. 20 ivi contemplato.

Ne discende che, anche a fronte del ricorso alle URDG, vanno sempre riconosciuti, in base al diritto applicabile, quei limiti inderogabili che sono stati riconosciuti dalle Sezioni Unite anche per il ricorso alla garanzia autonoma, quale contratto atipico nel nostro ordinamento.

Il discorso però ripresenta nuovamente la questione dell'applicabilità dell'art. 1462, comma 2, c.c.: tenendo conto dell'interpretazione sopra resa, in ordine alla sua applicabilità anche al contratto di garanzia autonoma, e del richiamo contenuto anche dalla Corte costituzionale, nella storica sentenza del 1974, all'importanza di un controllo del giudice per gravi motivi, anche al fine di preservare la validità delle clausole limitative in ordine alla proponibilità delle eccezioni, mi pare sia corretto affermare che quanto previsto nella richiamata disposizione normativa codicistica debba trovare applicazione generalizzata, quale limite all'autonomia privata, anche qualora al rapporto di garanzia siano applicabili le URDG 758 dell'ICC e venga richiamato, quale legge applicabile, quelle del nostro Paese.

([196]) Cfr., *supra*, par. 5 del presente capitolo.

© Wolters Kluwer Italia

La ricostruzione che s'è proposta consente di utilizzare proprio l'art. 1462, comma 2, c.c. per affermare la proponibilità dell'*exceptio doli* – previo vaglio del giudice per «gravi motivi» – anche qualora si aderisse all'accorto orientamento dottrinale che, discostandosi dagli indirizzi consolidati della S.C. e della dottrina maggioritaria, ritiene inammissibile l'*exceptio dolis generalis*, richiedendo pur sempre una specifica base normativa su cui fondare l'eccezione ([197]). Del resto, anche dall'analisi comparatistica è emerso che anche negli ordinamenti in cui è stata introdotta nel modo più rigido la garanzia autonoma per tener conto della sua diffusione nella prassi internazionale (in particolare nell'ordinamento francese, con la novellazione del 2006, che ha introdotto la disciplina della *garantie autonome* nel nuovo art. 2321 c.c. fr.) è stata espressamente prevista l'ammissibilità dell'*exceptio doli* (art. 2321, comma 2, c.c. fr.) ([198]). Si tratta però di rimedio che è pacificamente ammesso per le garanzie autonome anche nel diritto inglese, come ben rilevato nella letteratura di settore ([199]).

Va poi considerato che «ogni valutazione sull'*exceptio doli* presuppone, oltre all'individuazione della legge applicabile al rapporto di garanzia, anche l'individuazione del giudice competente a decidere sulla controversia e delle eventuali difficoltà di far riconoscere la decisione nella giurisdizione nella quale la stessa debba essere eseguita» ([200]).

([197]) Cfr. SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 518 ss., 524 ss. e 526.

([198]) Cfr., *amplius*, quanto riportato nel par. 5 del presente capitolo.

([199]) Cfr. MULA, *Le garanzie autonome a prima richiesta nella prassi internazionale,* cit., ove viene citato, nel diritto inglese, Lord Denning in Edward Owen Ltd v. Barclays Bank (1978) 1 QB 159, il quale «ha sostenuto che una garanzia a prima richiesta (nella specie, un *performance guarantee*) "*stands on a similar footing to a letter of credit. A bank which gives a performance guarantee must honour that guarantee according to its terms* (...). *The only exception is when there is a clear fraud of which the bank has notice*"».

([200]) Così MULA, *Le garanzie autonome a prima richiesta nella prassi internazionale*, cit., il quale rimarca, altresì, che «accade infatti non di rado che il giudice tenuto a valutare dell'escussione fraudolenta appartenga ad una giurisdizione diversa rispetto a quella che regola la garanzia ed inoltre che l'ordinanza cautelare del giudice debba essere riconosciuta in una giurisdizione diversa dalla quale viene emessa e, magari, nei confronti di una pubblica amministrazione, tutte considerazioni che indirizzano il debitore nei confronti di una scelta strategica invece che di un'altra. Le suddette considerazioni possono poi essere complicate anche dalla presenza di una clausola arbitrale nei contratti di appalto internazionali (...)».

© Wolters Kluwer Italia

7. Le garanzie autonome di cui alle norme uniformi dell'ICC (URDG 758) al vaglio della recentissima casistica giurisprudenziale di rilievo internazionale

7.1. *Il caso* Tecnicas Reunidas Saudia For Services and Contracting Co. Ltd v. The Korea Development Bank *presso la* High Court of Justice *(EWHC), 14 febbraio 2020*

Le *Uniform Rules on Demand Guarantees* dell'ICC (URDG 758), a circa dieci anni dalla loro entrata in vigore, sono state per la prima volta oggetto di decisioni da parte di due diverse Corti, nell'ambito di due significativi casi internazionali, la cui disamina aiuta a comprendere, alla luce del diritto vivente, la tenuta di tali norme e i limiti dell'autonomia privata di fronte a disposizioni volte a limitare la facoltà di proporre eccezioni, come tipicamente avviene nelle garanzia autonome a prima richiesta e senza eccezioni.

Il primo caso, vertente tra *Tecnicas Reunidas Saudia For Services and Contracting Co. Ltd v. The Korea Development Bank*, è stato sollevato innanzi la *High Court of Justice* di Londra (EWHC), *Queen's Bench Division*, *Technology & Construction Court* ([201]). È stato deciso con provvedimento (*judgment*) del 14 febbraio 2020, nell'ambito del quale vengono richiamate ed interpretate le URDG.

La Corte londinese nega che abbiano natura contrattuale e se ne esalta invece quella di norme di carattere internazionali, condivise dalla comunità internazionale, soggette ad un processo di revisione periodica da parte di un gruppo di utenti internazionali, compreso banche, al fine di fornire chiarezza e certezza alla costituzione ed all'esecuzione delle garanzie autonome a prima richiesta. Per usare un'espressione cara a Francesco Galgano, si tratta, secondo la High Court of Justice, di *lex mercatoria* e non di norme contrattuali e ciò influirebbe anche sull'interpretazione e sull'applicazione di tali *Uniform Rules*.

Segnatamente, nella richiamata sentenza, il Giudice che si è occupato del caso ha avuto modo di precisato che «[48] (...) *The URDG is an internationally recognised set of rules which are contributed to and revised from time to time by a group of international users, including banks, so as to provide clarity and cer-*

([201]) [2020] EWHC 968 (TCC).

© Wolters Kluwer Italia

tainty to the creation and the performance of demand guarantees. [49] *I say that because, in my judgment, it is quite wrong to reduce these rules to a set of standard conditions*» ([202]).

La Corte considera dunque le URDG non quali condizioni generali di contratto incorporate, perché richiamate dalle parti, nei contratti di garanzia (come ad esempio avviene in Italia con le condizioni generali di contratto dell'ABI richiamate o utilizzate dagli istituti di credito nei contratti bancari): attribuisce alle URDG il valore di "*lex mercatoria*", ossia di "fonte normativa" costruita attraverso il consolidarsi di prassi commerciali internazionali consolidatesi nel tempo e riorganizzate – in questo caso – da un organismo di rilevanza internazionale (ICC) con l'intervento di esperti provenienti da ventisei diversi Paesi del mondo e con la partecipazione del settore bancario a livello mondiale. Ciò, sostiene la Corte, influisce sulla portata applicativa e interpretativa delle Norme Uniformi: quanto è oggetto delle disposizioni in esse contenute non sono soggette alle norme nazionali sull'interpretazione dei contratti, con particolare riferimento al rapporto tra le URDG, da un lato, e le pattuizioni delle parti, dall'altro lato, qualora quest'ultime contengano elementi personalizzati, difformi rispetto ai contenuti delle prime.

Per comprendere la questione occorre fare breve riferimento, nel caso di specie, al rapporto sottostante ed al contratto di garanzia. Il creditore beneficiario della garanzia (*Tecnicas Reunidas Saudia For Services and Contracting Co. Ltd*, di seguito indicata brevemente come «TRS») è una società spagnola che si è aggiudicata un grande appalto per la realizzazione di un progetto edilizio complesso in Arabia Saudita, avvalendosi di subappaltatori, nei cui confronti versava somme cospicue, a fronte di adeguate garanzie bancarie, per consentire ai subappaltatori medesimi di eseguire i lavori contrattualizzati. Uno di tali subappaltatori (*Sungchang*) riceveva dall'appaltatrice TRS il pagamento anticipato di una somma pari a circa otto milioni di sterline, garantiti da una banca sud-coreana (*The Korea Development Bank*), la quale si sarebbe impegnata al pagamento di una somma equivalente a quella anticipata, qualora il subappaltatore non avesse ottemperato alle proprie obbligazioni. La clausola precisava tuttavia che era da ritenersi concessa a "condizio-

([202]) [2020] EWHC 968 (TCC), parr. 48 e 49.

© Wolters Kluwer Italia

ne" che l'importo anticipato dalla società appaltatrice TRS al subappaltatore fosse stato effettivamente corrisposto tramite versamento sul conto bancario, di cui si specificava in numero, tenuto presso la HSBC ([203]). Veniva così aggiunta una "condizione" ulteriore rispetto a quelle previste all'art. 7 delle URDG.

A fronte dell'inadempimento del subappaltatore, il creditore beneficiario TRS ha chiesto alla banca garante di onorare la garanzia autonoma assoggettata alle norme uniformi dell'ICC (URDG 758), sentendosi tuttavia rigettare la richiesta al rilievo che TRS avrebbe effettuato il pagamento anticipato in favore del subappaltatore non sul conto della HSBC (come indicato nella clausola del contratto di garanzia), bensì sul conto recante il medesimo numero ma appartenente ad altra banca, la Saudi British Bank (SABB), che tuttavia risultava di proprietà dell'HSBC Holding Plc per il 40% del proprio capitale. La SABB, come è emerso poi dagli atti di causa, usava anche, nei segni distintivi, un *lettering* del tutto analogo a quello della HSBC e, in ogni caso, condivideva con essa il medesimo elemento grafico (logo) ed, ancora, veniva accertato che «*there is no retail HSBC Bank in Saudi Arabia other than SABB*» ([204]). Tutto lasciava supporre che la "condizione" potesse ritenersi soddisfatta e che il paga-

---

([203]) Segnatamente, la clausula, riportata in sentenza, era del seguente tenore: «*We, The Korea Development Bank, with all the relevant details, have knowledge of subcontracts number* (...) [omissis] *dated 20 November between TRS (the contractor) and Sungchang (the sub-contractor) for the execution of electromechanical works. We hereby guarantee, irrevocably and unconditionally undertake to pay to the beneficiary any or all sums up to the aggregate maximum amount of SAR 40.505.563* [*it is about £8 million, I think, which is referred to as the guarantee amount*] (...) *equivalent to the amount of the advance payment made by the contractor to the sub-contractor as security for the faithful observance of the obligations arising out of the mentioned subcontract. The guaranteed amount will be paid to the beneficiary within five business days after receipt of your first written simple demand signed by the beneficiary duly authorised officer indicating that the sub-contractor has failed to fulfil any of the conditions of the subcontract and the beneficiary has wired the sub-contractor, as advance payment, an amount equal or larger than the demanded amount date the date of remittance without restriction and notwithstanding any objection of the sub-contractor. It is a condition for any claim and payment under this guarantee to be made that the funds paid as advance payments subject to the terms of the subcontract must have been received by the sub-contractor on its account number* (...) [omissis] *held with HSBC*».

([204]) [2020] EWHC 968 (TCC), parr. 18 e 19.

© Wolters Kluwer Italia

mento iniziale, da parte della società appaltatrice, fosse stato comunque eseguito in favore del subappaltatore.

In tale contesto si discuteva, nel giudizio innanzi alla *High Court of Justice*, se l'eccezione della banca sud-coreana (che rifiutava di onorare la garanzia al rilievo che il pagamento da parte dell'appaltatrice fosse stato effettuato alla SABB e non alla HSBC) fosse proponibile e avesse un qualche fondamento nell'ambito della disciplina delle garanzie autonome delineate dalle norme uniformi dell'ICC.

Dopo aver richiamato la natura di *lex mercatoria* delle URDG 758, non riconducibili dunque alle condizioni standard di contratto, la Corte si interroga sulla rilevanza della "condizione" apposta dalle parti nella clausola di garanzia, tenendo conto della sua compatibilità o meno con l'art. 7 delle URDG, in tema di «*Non-documentary conditions*», ai sensi del quale, lo si ricorda, «*A guarantee should not contain a condition other than a date or the lapse of a period without specifying a document to indicate compliance with that condiction* (...)».

La *High Court of Justice* rimarca inizialmente che la *ratio* dell'art. 7 va indagato in relazione a quanto previsto nel precedente art. 6, ai sensi del quale i garanti devono considerare non i beni, i servizi o le prestazioni che entrano in rilievo nel rapporto sottostante, bensì i documenti che emergono dal contratto di garanzia: «*That is to say that banks do not deal with matters concerning the ins and outs of the underlying contract or performance thereunder*». Sicché l'art. 7 deve essere interpretato nel senso che è volto a proteggere le banche che effettuano i pagamenti, al fine di escludere che siano tenute a condurre indagini su contenuti diversi dal documento medesimo.

Sostiene inoltre che non vi siano ragioni per escludere la portata applicativa dell'art. 7 di fronte alla pattuizione privata: le URDG non costituiscono condizioni generali di contratto e pertanto non devono considerarsi automaticamente derogate dalle pattuizioni difformi dell'autonomia privata; per altro verso, il riferimento alle "condizioni" contenuto nell'art. 7 opererebbe anche con riguardo alle condizioni che "precedono" la costituzione della garanzia (ossia le c.d. "pre-condizioni", ovvero i "presupposti") e non solamente quelle successive ad essa ([205]).

([205]) In tal senso cfr. [2020] EWHC 968 (TCC), par. 55 e quanto riportato nella nota seguente.

© Wolters Kluwer Italia

Dall'accertamento effettuato in sede giudiziale, risulta tuttavia che la condizione sia stata soddisfatta e che il pagamento effettuato dall'appaltatore, quale precondizione per invocare la garanzia, sia stato correttamente posto in essere ([206]). Pertanto, conclude sul punto la Corte, «*Article 7 is engaged and does apply to remove the condition* (...)» ([207]) e «*what was particularly important* (...) *was that the sub-contractor was paid; that is what has happened here.* (...) *It was not suggested that Article 7 is an option for the Bank to exercise or not correctly, because the Bank must disregard that actual condition. Therefore, if I was wrong on the interpretation of the* (...) *condition and misnomer, Article 7 would remove the actual condition in any event*» ([208]).

La scelta di considerare le URDG 758 inderogabili ad opera delle parti – salvo che non sia espressamente previsto ([209]) – viene ricavata dalla Corte londinese anche dal tenore degli artt. 12 e 15(a).

Il primo, infatti, afferma che il garante è obbligato verso il beneficiario «*only in accordance with, first, the terms and conditions of the guarantee and, second, these rules so far as consistent with those terms and conditions, up to the guarantee amount*». Tuttavia, rileva la Corte, qualora si intendesse tale ar-

---

([206]) Nella pronuncia in esame, significative sono a tal riguardo le parole utilizzate dal Giudice nella motivazione, ove si legge che «(...) *the sub-contractor was paid, took no point on it and the guarantee was thereafter operative. Looking objectively at conduct of the parties, the parties would not be amending and dealing with different interactions of guarantee that was not operative. That, in my judgment, is sufficient to dispose of the pre-condition for any claim and payment under this guarantee and it is expressed to be the sort of condition which would have to be satisfied before demand could validly be made. Nor do I see anything in the language of Article 7 about conditions and preconditions*». Cfr. [2020] EWHC 968 (TCC), par. 55.

([207]) [2020] EWHC 968 (TCC), par. 62.

([208]) [2020] EWHC 968 (TCC), parr. 62 e 63. La sentenza, con riguardo alla contestazione concernente la non corretta individuazione della banca destinataria del pagamento iniziale da parte della società appaltatrice (TRS) al *sub-contractor*, ha inteso fare anche riferimento alla *doctrine of misnomer*, esplicitata da Kim Lewinson nella sesta edizione del suo volume intitolato *The Intepretation of Contract*, Sweet & Maxwell, 2015, ove si afferma che «*The court may correct an obvious misnomer as matter of interpretation*».

([209]) Cfr. ad esempio gli *incipit* degli artt. 34 e 35, in tema di legge applicabile e di giurisdizione (foro competente) – «*Unless otherwise provided in the guarantee* (...)» – la cui formulazione si impone per adeguare le URDG al contesto delle ulteriori fonti normative internazionali applicabili in tali ambiti.

© Wolters Kluwer Italia

ticolo come attributivo della facoltà di far prevalere l'autonomia privata in tutte le disposizioni delle URDG, l'art. 7 perderebbe ogni valenza, in quanto finirebbe con il non poter essere mai applicato e ciò, secondo la Corte, è da escludere: «*what Article 7 is doing deliberately is to create an override. I do not accept that one must dismiss Article 7 by reference to Article 12 by saying that there is an inconsistency*» ([210]). Il rapporto tra le due norme va risolto affermando l'inderogabilità dell'art. 7 e della tutela ivi prevista a favore del garante ([211]).

Quanto invece all'art. 15(a) delle URDG, va notato che la disposizione ivi prevista richiede al beneficiario non solo di allegare i documenti previsti dalla garanzia, per poterla far valere a richiesta, ma in ogni caso («*in any event*») dovrà anche allegare una sua dichiarazione in cui deve indicare sotto quale aspetto il debitore del rapporto sottostante (*applicant*) risulti inadempiente alle proprie obbligazioni. Qui il giudice della High Court of Justice enuncia un significativo *obiter dictum*: «*I should observe that this is an example of where 15A actually overrides whatever it is the parties have stipulated. It does not matter if the parties have only stipulated a document whereby the beneficiary says that the applicant is in breach of contract. Article 15A says it has got to go further and it has actually got to say in what respect the applicant is in breach of contract. That shows the importance and the overriding nature of these rules, in my judgment*».

La natura imperativa dell'art. 15(a), rispetto a quella dell'art. 7, lascia emergere il problema, non affrontato dalle URDG 758, dell'indifferibilità e della irrinunciabilità delle eccezioni concernenti il rapporto sottostante, ad opera del garante o del debitore principale, che l'articolo in esame lascia emergere nel suo necessario riferimento alla violazione del contratto. Vero è che tale violazione si pone come presupposto per la stessa operatività della garanzia, che altrimenti non potrebbe essere escussa, ma proprio per tale ragione si impone di considerare che alcune

---

([210]) [2020] EWHC 968 (TCC), par. 59.

([211]) Come riconosce *apertis verbis* la *High Court of Justice*, «*there is an inconsistency, but it is created by a deliberate override which is designed to protect the issuing bank and therefore one cannot get rid of Article 7 simply by saying that there is a conflict and the way to deal with the conflict effectively is to read out Article 7 altogether*». Cfr. [2020] EWHC 968 (TCC), par. 59.

© Wolters Kluwer Italia

azioni ed eccezioni non possono essere paralizzate né in caso di garanzia autonoma quale contratto rilevante sul piano nazionale (sia esso, ad esempio, contratto atipico nel diritto interno nostrano, ammesso dalle più volte richiamate sezioni unite della S.C., sia esso la *garantie autonome* francese di cui all'art. 2321 del *Code civil*, sia esso il Garantievertrag dell'ordinamento tedesco), né in caso di garanzia autonoma disciplinata nell'ambito dei contratti commerciali internazionali (con riguardo tanto ai casi in cui sia applicabile la Convenzione delle Nazioni Unite elaborata dall'Uncitral, quanto ai casi in cui trovino applicazione le URDG 758 dell'ICC).

Per quanto già detto, le norme del diritto dei contratti internazionali, nella specifica materia delle garanzie autonome qui considerate, richiedono di essere coordinate con il diritto interno e rimane l'ineliminabile esigenza, già evidenziata sia dalla Corte costituzionale nella sentenza del 1974, sia dalla Corte di Cassazione nella sentenza a Sezioni Unite del 2010, di preservare la validità delle clausole limitative della proponibilità delle eccezioni – la cui disciplina è applicabile anche ai contratti autonomi di garanzia – di preservare sia l'esperibilità delle eccezioni già sopra evidenziate (tra cui quelle di nullità, inesistenza del rapporto sottostante e del credito garantito, oltre all'*exceptio doli*), sia l'intervento del giudice per gravi motivi, *ex* art. 1462, comma 2, c.c., nell'interpretazione che s'è sopra proposta.

Si tratta di limiti all'autonomia privata che vanno però verificati di volta in volta tenendo conto dell'ordinamento nazionale che entra in rilievo sulla base dell'individuazione della legge applicabile (art. 34 delle URDG), che, almeno nei principali Paesi europei, tendono ad allinearsi a fattor comune (si pensi ancora una volta, nella *garantie autonome*, all'art. 2321-2 sull'*exceptio doli* ivi espressamente contemplata).

7.2. *Il caso* Leonardo Spa v. Doha Bank Assurance Company LCC, *presso la* Qatar International Court (*QIC), 5 settembre 2019 (in primo grado) e 16 marzo 2020 (in appello)*

Altro caso che ha riguardato l'applicazione delle URDG 758, *Leonardo Spa v. Doha Bank Assurance Company LLC*, è stato invece sollevato innanzi alla *Qatar International Court* (QIC) – *Civil and Commercial Court of the Quatar Financial Centre* – e si è concluso in primo grado con provvedimento

© Wolters Kluwer Italia

(*judgment*) del 5 settembre 2019 ([212]) e in appello con provvedimento (*judgment*) del 16 marzo 2020 ([213]).

La fattispecie vede contrapposta la società italiana Leonardo Spa (già Finmeccanica Spa) con la *Doha Bank Assurance Company LLC* (di seguito indicata anche come DBAC), in relazione ad una richiesta di escussione di una garanzia autonoma per *advanced payment* e per *performand bond* rimasta inevasa dalla DBAC. Quanto al rapporto sottostante va brevemente ricordato che la Leonardo ha intrattenuto rapporti contrattuali con la Qatar Armed Forced per la fornitura di un sistema radar *low-level* e con la PAT Engineering Enterprises Co WLL (di seguito anche PAT) per ottenere a propria volta la fornitura, in subappalto, di «*engineering, procurement and construction of infrastructure works and plants for the low-level radar systems installation*» ([214]).

Nell'ambito dei rapporti di subappalto, alla società subappaltatrice PAT veniva richiesto di fornire una garanzia per i pagamenti ricevuti in acconto dalla Leonardo e per l'adempimento corretto delle obbligazioni assunte, che venivano rilasciate dalla DBAC, di cui la subappaltatrice era cliente. Gli importi erano decisamente rilevanti: il valore del contratto di subappalto era stato stimato in 40,7 milioni di euro, in ragione di quali l'appaltatrice italiana eseguiva un primo acconto di 12.210.000 euro alla subappaltatrice. A seguito del lamentato inadempimento di quest'ultima, la Leonardo domandava l'escussione delle garanzie, sia per l'importo conferito in acconto (per l'*advanced payment guarantee*) sia per gli ulteriori importi di 10.549.440 e 4.070.00 euro a titolo di risarcimento del danno (per la *performance bond guarantee*)

La società garante DBAC rifiutava tuttavia di onorare le garanzie escusse, che per contratto erano soggette alle *Uniform Rules for Demand Guarantees* dell'ICC (URDG 758), rendendo necessario l'esperimento del giudizio innanzi alla Qatar International Court, giunto al secondo grado con pronuncia del 2020.

Le ragioni principali del rifiuto sono da ravvisare nella mancata richiesta in forma scritta, da parte della Leonardo, alla subappaltatrice, delle somme oggetto di garanzia, che, secondo

([212]) [2019] QIC (F) 6.
([213]) [2020] QIC (A) 1.
([214]) [2020] QIC (A) 1, par. 7.

© Wolters Kluwer Italia

la DBAC, si sarebbero dovute allegare alla domanda di escussione della garanzia medesima. Tale interpretazione è stata giustificata, da parte della società garante, mediante l'interpretazione dei contratti di garanzia che, in entrambi i casi, richiedevano che la Leonardo «*might have to claim* [*back*] *in writing from PAT*». In altre parole, la società garante declinava la garanzia al rilievo che sarebbe mancata nei confronti della debitrice principale la preventiva richiesta degli importi *de quibus* e ciò in forza degli impegni che le parti avrebbero assunto contrattualmente.

Tale tesi non è stata condivisa né all'esito del giudizio di prime cure, né all'esito del gravame. La pronuncia resa dalla Corte Internazionale del Qatar, al di là del tecnicismo che connota gli aspetti più puntuali del giudizio, si lascia apprezzare per le considerazioni, anche di carattere sistematico, espresse nei confronti delle URDG dell'ICC e per l'applicazione che ne è stata fatta sugli aspetti di maggior rilievo.

Nella pronuncia di appello la Corte avverte l'esigenza di dedicare ampio spazio nel delineare, innanzitutto, «*The approach to Uniform Rules for Demand Guarantiees (URDG 758)*» ([215]). Dopo un breve inquadramento di tali norme e del succedersi delle diverse versioni (in particolare le URDG 458 del 1992 e le URDG 758 del 2010), la Corte mette in risalto i tre principi cardine su cui si basano le URDG attualmente vigenti:

(i) il principio di indipendenza o autonomia (*the independence or autonomy principle*), che isola la garanzia dal rapporto sottostante e consente di affermare che «*conditions giving rise to the obligation to pay are to be found exclusively in the Guaratees*» ([216]);

(ii) il principio documentale (*the documents principle*), strettamente correlato a quello di autonomia, ha il suo riferimento principale nell'art. 6 delle URDG, e prevede che le parti basino il loro rapporto esclusivamente sui documenti rilevanti e non su beni, servizi o prestazioni eventualmente richiamati in detti documenti ([217]);

([215]) [2020] QIC (A) 1, sect. (6), parr. 29-46.

([216]) V., al riguardo, [2020] QIC (A) 1, par. 31, ove viene richiamato l'art. 5(a) delle URDG 758.

([217]) [2020] QIC (A) 1, par. 34.

© Wolters Kluwer Italia

(iii) il principio della "stretta osservanza" (*the strict compliance principle*), in base al quale «*the documents presented must strictly conform to the requirement of the guarantee*» ([218]), con la conseguenza che «*if the documents do not comply their presentation will be a non-complying presentation even if the discrepancy has no practical effect*» ([219]).

La Corte è consapevole dell'enorme rilevanza di tali principi per il commercio internazionale, in quanto sono idonei a conferire «*certainty and predictability*» ([220]), ed a maggior ragione con riguardo al sistema delle garanzie (autonome), dal momento che «*these instruments are the lifeblood of commerce*» ([221]), perseguendo il fine «*to provide security for payment which can be called on promptly*» ([222]).

Richiamando anche con riguardo alle URDG 758 dell'ICC quanto affermato altrove con riguardo alle *Uniform Commercial Practices* (UCP), la Corte ne ribadisce la natura internazionale, sottolineando che «*It was draft in English in a manner that it could be easily* (...) *applied by bankers and traders throughout the world. It is intended to be a self-contained code for those areas of practice which it covers and to reflect good practice and achieve consistency across the world* (...)» ([223]). Sicché, la particolare natura di tali "corpi" normative impone alle Corti di interpretarli «*in accordance with its underlying aims and purposes reflecting international practice and the expectations of international bankers and international trader so that it underpins the operation of letters of credit* [*demand guarentees*, n.d.a.] *in international trade. A literalistic and national approach must be avoided*» ([224]).

Uno dei punti più critici del ragionamento della Corte è proprio quest'ultimo aspetto, ribadito anche in altro passaggio argo-

---

([218]) [2020] QIC (A) 1, par. 37.
([219]) [2020] QIC (A) 1, par. 37.
([220]) [2020] QIC (A) 1, par. 38.
([221]) [2020] QIC (A) 1, par. 41.
([222]) [2020] QIC (A) 1, par. 41.
([223]) [2020] QIC (A) 1, par. 40, ove viene citata la *Court of Appeal of England and Wales* nel caso *Fortis Bank S.A. / N.V. Stemcor UK Limited v. Indian Overseas Bank* [2011] EWCA Civ 58, [2011] 2 All ER (Comm) 288, [2011] 1 C.L.C. 276 at [29], relativa alle UCP (*Uniform Commercial Practice*), con parole che la *Qatar International Court* intende estendere anche alle URDG 758.
([224]) *Ibidem*.

© Wolters Kluwer Italia

mentativo della pronuncia d'appello ora in esame, ove si legge che «*As URDG 758 is intended to be an instrument underpinning international trade and commerce and to harmonise international demand guarantee practice, it is important URDG 758 is not interpreted in a literalistic manner or by adoption of rules of national law*» ([225]).

Inteso quale corpo unitario di norme di diritto internazionale, delle URDG 758 ne viene proclamata una sorta di "autosufficienza" operante in due diverse direzione: una a livello interpretativo, perché s'è ritenuto che i criteri ermeneutici non debbano ricavati dal diritto nazionale, bensì devono risultare dallo stesso *corpus* di "Norme Uniformi" elaborate in *subjecta materia*, proteso a disciplinare i rapporti commerciali di rilievo internazionale; l'altra direzione concerne invece i rapporti tra norme collocate su piani diversi, in quanto, secondo l'opzione interpretativa che emerge dalla pronuncia in esame, l'interprete deve applicare le disposizioni contenute nelle "norme uniformi" senza sovrapporle con quelle dell'ordinamento nazionale, che rimarrebbe relegato in altra dimensione, che addirittura precederebbe quella di carattere internazionale, da cui comunque rimane distinta e non dialogante sul piano applicativo. Così infatti si legge nella decisione della Qatar International Court: «*URDG 758 expressly governs the Guarantees. It sets out in very clear terms the applicable legal principles and international practice. Those engaged in international trade, commerce and finance should be entitled to rely on terms of URDG 758 interpreted in the way we have explained without having to have in mind national case law which predates it* (...)» ([226]).

Emerge in tale ragionamento una forte criticità, che va a mio avviso corretta, essendo insostenibile la pretesa autosufficienza delle URDG 758 e il loro scollamento rispetto al diritto nazionale, nel quale invece inevitabilmente finiscono per "immergersi". Non si può dimenticare infatti, come già ho avuto modo di evidenziare *supra*, che le stesse URDG 758 contengono, all'art. 34, una disposizione volta ad individuare quale sia la «legge applicabile» ai rapporti, con ciò intendendo ricollegare evidentemente, sia sul piano applicativo, sia sul piano interpretativo, le norme uniformi al diritto nazionale applicabile. Che ci

([225]) [2020] QIC (A) 1, par. 39.
([226]) [2020] QIC (A) 1, par. 44.

© Wolters Kluwer Italia

si riferisca al diritto nazionale e non (necessariamente) ad altro sistema normativo di carattere internazionale (come ad esempio ai Principi Unidroit), per disciplinare le ulteriori questioni di diritto contrattuale (e delle obbligazioni) lo si comprende bene dal riferimento al diritto applicabile al luogo in cui si trova la filiale o la sede del garante («*...its governing law shall be that of the* location *of the guarantor's branch or office that issued the guarantee...*»). Pertanto, per scelta delle medesime URDG 758, gli articoli ivi contemplati devono di necessità interagire con il sistema normativo dell'ordinamento ritenuto applicabile *ex* art. 34.

V'è poi un'altra argomentazione di carattere sistematico: le URDG 758 non sono in grado di disciplinare tutti gli aspetti relativi ai rapporti complessi che sorgono tra le parti, avendo un ambito circoscritto per oggetto e per soggetti, sicché potrebbe sorgere la questione concernente l'individuazione delle norme applicabili a tale maggior livello di complessità (ad esempio quando sorgono questioni concernenti la trilateraltà o la quadrilateralità dei rapporti tra tutti i soggetti coinvolti nella fattispecie). Si tratta di questioni che non possono non essere considerate alla stregua della legge applicabile, *ex* art. 34 delle URDG 758, che va "armonizzata" e "coordinata" con le disposizioni delle citate norme uniformi dell'ICC.

Infine sorge il problema dei limiti all'autonomia privata in tema di garanzie autonome o a prima richiesta, che non può essere affrontato "fingendo" che il problema non sussista perché non disciplinato dalle URDG 758 a livello internazionale. Il richiamo alla legge applicabile svolge pertanto un ruolo delicato in tal senso, giacché i rapporti di "*demand guarantee*" implicano strutturalmente la presenza di una limitazione alla facoltà di proporre eccezioni ad opera delle parti, ancorché con riguardo al rapporto sottostante, e – come visto in tutti gli ordinamenti nazionali sopra considerati (italiano, francese e tedesco) – sia nel caso di garanzie automatiche atipiche (come in Italia) sia nel caso di garanzie automatiche tipiche (come in Francia), l'ordinamento nazionale non rinuncia mai ad una riemersione della proponibilità di eccezioni volte a considerare il rapporto sottostante (come le eccezioni di nullità del rapporto sottostante, inesistenza del credito garantito, escussione fraudolenta o abusiva della garanzia), che, unitamente ad altri limiti all'autonomia privata dei soggetti coinvolti nell'operazione trilaterale (o quadrilaterale),

© Wolters Kluwer Italia

vanno comunque preservati, trattandosi di disposizioni inderogabili richiamate in forza del citato art. 34.

Si comprende, ma non si condivide, il ragionamento della Corte, che mira a risolvere con speditezza i rapporti commerciali, senza il "fardello" di quegli sforzi interpretativi che in un sistema di *common law* possono apparire forse di maggiore complessità rispetto al sistema di *civil law*, tanto che la Corte giunge ad affermare che «(...) *moreover, if dispute arised, it is far more cost effective and speedy to proceed by reference to the principles set out in URDG 758 in the way we have described rather than by reference to case law*» ([227]). È chiaro però che le esigenze di speditezza e di contenimento dei costi non possono far venir meno quelle esigenze minime di tutela che gli ordinamenti nazionali, applicabili *ex* art. 34 delle URDG 758, hanno elaborato nel corso del tempo in materia di garanzie autonome ([228]).

Si tratta del resto di esigenza che traspare anche in un significativo *obiter dictum* della pronuncia in esame. La *Qatar International Court*, infatti, dopo aver risolto la principale questione interpretativa facendo applicazione dei tre *core principles* sopra richiamati ([229]), ricorda che, in aggiunta ai requisiti documentali, l'art. 15(a) delle URDG 758 stabilisce che, a prescindere se

---

([227]) [2020] QIC (A) 1, par. 44.

([228]) Cfr., nel presente capitolo, il par. 5.

([229]) La Corte, in appello, ha ritenuto di dover condividere l'orientamento di prime cure con il quale s'è stabilito che, nel caso di specie, le parti non abbiano voluto individuare la necessità di produrre un documento ulteriore, come una copia delle richieste delle somme dovute avanzate direttamente nei confronti del subappaltatore, prima ancora di poter escutere la garanzia presso la DBAC: «*no document was required which referred to the making of claims in writing. In our judgement the issue can and should be determined by reference only to the terms of the Guarantees and the URDG 758.* (...) *It is clear, in our judgment, from the Guarantees that no documents were required to be served beyond the demands for payment. They make no reference to anything other than a written demand being served. The essential inquiry, as Article 7 makes clear, is to determine whether there was a documentary requirement. It is clear from reading the Guarantees that the reference to claims in writing on PAT does not give rise to a documentary requirement, as it is not expressed as such in the Guarantees* (...). *As Articles 7 and 15 make clear, in considering the Guarantees provided by DBAC to Leonardo, the focus is on the documentary requirements. It would have been simple to have set out a documentary requirement, if one had been intended. This was not done. We therefore conclude that the words can be disregarded, as Article 7 contemplates, in considering what was required when a demand was made*». Cfr. [2020] QIC (A) 1, parr. 52 e 57.

© Wolters Kluwer Italia

sia stabilito o meno nella garanzia, ogni richiesta di escussione al garante (*demand*) deve essere accompagnata e sostenuta da una specifica dichiarazione del creditore beneficiario con cui indica sotto quale aspetto vi sarebbe stata violazione delle obbligazioni concernenti il rapporto sottostante.

Proprio a tal riguardo la Corte sottolinea con particolare significatività che «*this statement of breach provides a degree of protection against an unfair calling* (...)» ([230]). Si tratta di *obiter dictum* che porta a concludere, nella direzione che ho tracciato finora, per la necessità di recuperare le disposizioni nazionali – emergenti dalla legge applicabile *ex* art. 34 delle URDG – sui limiti dell'autonomia privata con riguardo all'escussione abusiva e fraudolenta della garanzia autonoma e, più in generale, sui limiti dell'autonomia privata con riguardo alle limitazioni in ordine alla proponibilità delle eccezioni, che da noi hanno il perno nel primo e nel secondo comma dell'art. 1462 c.c.

L'art. 15(a) non è autosufficiente nel costruire il regime di eccezioni esperibili in materia di *demand guarantee*, a fronte di richieste abusive o fraudolente, sicché risulta confermata la tesi del necessario coordinamento con il regime di eccezioni indifferibili previste negli ordinamenti nazionali di volta in volta applicabili in forza dell'art. 34.

Ove la legge applicabile risultasse quella italiana, le norme dell'URDG 758 andrebbero dunque coordinate con il regime delineato dall'art. 1462 c.c., avendo cura di non soffermarsi solamente sui limiti alla facoltà di proporre eccezioni, che portano alla riemersione di eccezioni (o azioni) sempre proponibili, a dispetto del rigoroso tenore letterale emergente dalle formule usate per la costituzione delle garanzie autonome, ma anche sulla rilevanza dell'art. 1462, comma 2, c.c., al fine di recuperare, anche *in subjecta materia*, un potere di intervento discrezionale del giudice per gravi motivi, al fine di sospendere la condanna che altrimenti si avrebbe al pagamento della garanzia e alla conseguente rivalsa del garante nei confronti del debitore principale. Si tratta di norma di chiusura che appare di grande rilevanza all'interno del sistema, nazionale e internazionale, consentendo,

---

([230]) [2020] QIC (A) 1, par. 53. La Corte, ancora, prosegue il suo discorso ammonendo che «*a beneficiary will be slow to make a demand for payment where it knows that there is no justification, because in intentionally false statement of breach will result in a fraudulent demand*».

© Wolters Kluwer Italia

nei contatti sinallagmatici come nelle garanzie tipiche ed atipiche, di apportare quei correttivi in termini di giustizia contrattuale che si rendessero necessari nella fattispecie concreta, soprattutto in tempi delicati come quelli che stiamo vivendo, in cui la pandemia ha segnato i rapporti contrattuali non solo a livello domestico, ma anche globale, con una pervasività destinata ad incidere, com'è ben facile prevedere, anche nel settore dei contratti commerciali internazionali.

Anche a tal proposito conservano tutta la loro attualità le parole di Francesco Galgano, contenute nel suo memorabile lavoro monografico dedicato alla *Lex mercatoria*, là dove ha detto, con la grande efficacia ed acutezza che l'hanno sempre contraddistinto, che «ciò che sta accadendo nell'organizzazione del mondo in questa sua fase di trasformazione evoca la formula, suggerita dai fisici, della pari dimensione dell'infinitamente grande e dell'infinitamente piccolo. L'infinitamente grande, nel nostro discorso, è la società globale, che supera i confini nazionali e riduce il pianeta ad unità; l'infinitamente piccolo è la moltitudine delle società nazionali, organizzate a Stato. È possibile cogliere i rapporti che si vanno stabilendo fra le due dimensioni: l'infinitamente piccolo, a volte inconsapevolmente, si sta trasformando per adeguarsi all'infinitamente grande» ([231]).

([231]) GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 240.

© Wolters Kluwer Italia

Bibliografia

Affaki e Goode, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. URDG 758* (edizione dell'*International Chamber of Commerce*, ICC), Parigi, 2011;

Affaki, *Introduction*, in ICC, *Norme Uniformi dalla ICC per le Garanzie a Prima Richiesta*, Parigi, 2010, p. 12 ss.;

Al Mureden, *Le sopravvenienze contrattuali. Tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004;

Alexy, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, 2005, X, p. 99 ss.;

Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1994 (trad. it. di Di Carlo, Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012);

Alpa, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Contratto e impresa*, 2015, 2, p. 245 ss.;

Alpa, *Comm. art. 1 c. cons.*, in Alpa e L. Rossi Carleo (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, p. 39 s.;

Alpa, *Corso di diritto contrattuale*, Padova, 2006;

Alpa, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1, p. 21 ss.;

Alpa, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali. Rassegna di giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ.*, 1997, 6, II, p. 415-426;

Alpa, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in Alpa e Conte (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018, p. 3 ss.

Alpa, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in *Riv. it. per le sc. giur.*, 2017, 8, p. 152 ss.;

Alpa, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, 1, p. 5 ss.;

© Wolters Kluwer Italia

ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1, p. 1 ss.;
ALPA, *I diritti fondamentali e la loro efficacia "diretta"*, in *Rass. forense*, 2005, 3-4, p. 761 ss.;
ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2006;
ALPA, *Il contratto in generale. Principi e problemi*, Miano, 2014;
ALPA, *Il contratto nel terzo millennio: intervento conclusivo*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 7-8, p. 1158 ss.;
ALPA, *L'ermeneutica della dignità*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 2, p. 480 ss.;
ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006;
ALPA, *La clausola di* hardship, in ALPA e ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, p. 344 ss.;
ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, 2, I, p. 611 ss.;
ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000;
ALPA, *La dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita: riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura*, in *Contratto e impresa*, 2015, 3, pp. 646-655;
ALPA, *La giustizia contrattuale*, in ALPA, *Il contratto in generale. Principi e problemi*, Milano, 2014, p. 336 ss.;
ALPA, *Le tariffe forensi*, in *Econ. e dir. terz.*, 2006, 3, pt. 2, p. 759 ss.;
ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 35 ss.;
ALPA, *Note a margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 3, suppl., p. 57 ss.;
ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 2, p. 177 ss.;
ALPA, *Per la revisione del codice civile*, in *Giur. it.*, 1992, 3;
ALPA, *Ruolo attuale della costituzione e modelli interpretativi. una nota bibliografica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 2, p. 781 ss.;
ALPA, *Trattato di diritto civile*, I, *Storia, fonti, interpretazione*, Milano, 2000;
ALPA, *Tutela del risparmio. Note introduttive*, in *Giur. it.*, 1990, 12;
ALPA e ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in

© Wolters Kluwer Italia

Tratt. dir. priv., a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2005, p. 344 ss.;

ALPA, CHINE`, GAZZONI, REALMONTE e ROVELLI (a cura di), *Il contratto in generale*, II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2000;

ALPA e CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018;

ALPA, GRAZIADEI, MATTEI, MONATERI e SACCO, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2001;

ALPA e ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005;

ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1985;

ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli, 1991;

ASCARELLI, *Diritto sostanziale e diritto processuale nel patto contrattuale del* solve et repete, in *Riv. dir. comm.*, 1933, p. 711 ss.

ASCARELLI, *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952;

ASCARELLI, *Sulla clausola "solve et repete" nei contratti*, in *Foro it.*, 1929, I, c. 290 ss.;

AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942;

AULETTA, *Valore ed efficacia della clausola* "solve et repete" *nei suoi vari tipi*, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, p. 423 ss.;

BALDINI, *Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 2, p. 165 ss.;

BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1946;

BARCELLONA M., *Su sistema e metodo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 1-2, p. 27 ss.;

BARENGHI, *Il dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, 1, I, p. 101 ss.;

BARILLÀ, *I presupposti per l'esercizio dell'*exceptio doli *nell'escussione delle garanzie bancarie autonome: obblighi del garante e diritti del beneficiario*, in *Corriere giur.*, 2020, 6, p. 773 ss.;

© Wolters Kluwer Italia

BARILLÀ, *Il* Garantievertrag *da prassi a legge: il caso francese*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, 2, p. 217 ss.;

BARTOLO DI SASSOFERRATO, *Commentarius de summaria cognitione*, a cura di Briegleb, Erlangen, 1943, p. 31, nn. 1-3;

BELLISARIO, *Affitto d'azienda,* lockdown *e allocazione del rischio: prime risposte della giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 6, I, p. 1318, ss.;

BENATTI, *Il contratto di garanzia*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1982, I, p. 172 ss.;

BENDETTI A.M., *Autodifese contrattuali (artt. 1460-1462)*, in *Comm.c.c. Schlesinger*, Milano, 2011;

BENEDUCE, voce *Gabba, Carlo Francesco*, in *Dizionario Biografico degli italiani*, Treccani, 1998, vol. 50;

BETTI, *Autotutela*, in *Enc. dir.,* IV, Milano, 1959, p. 532 ss.;

BIANCA C.M., *Diritto civile, 3. Il contratto*, 2ª edizione, Milano, 2000;

BIANCA C.M., *Diritto civile, 5. La responsabilità*, Milano, 2012;

BIANCA C.M., *La vendita e la permuta,* Torino, 1972;

BIGIAVI, *La delegazione*, Padova, 1940;

BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI e NATOLI, *Diritto civile, III, Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989;

BIGLIAZZI GERI, *Brevi note sui «gravi motivi» di cui al 2° comma dell'art. 1462 del codice civile*, in BIGLIAZZI GERI, *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 767 ss.

BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Artt. 1460-1462, Bologna, 1988, p. 104;

BIONDI, *Cognitio summaria*, in *Nuoviss. dig. it.*, Torino, 1959, III, p. 436 ss.;

BIONDI, *Summatim cognoscere*, in *Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano (Vittorio Scialoja)*, 1921, 30, p. 220-258;

BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991;

BOUDOT, *La giustizia contrattuale in Francia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 3, p. 635 ss.;

BRECCIA (a cura di), *Immagini del diritto privato, I. Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013;

BRECCIA, *Che cosa è "giusto" nella prospettiva del diritto privato?*, in BRECCIA (a cura di), *Immagini del diritto privato, I. Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, p. 285 ss.;

CAIANIELLO, POLITO e SGROI (a cura di), *Delle obbligazioni (artt.*

© Wolters Kluwer Italia

1425-1469 bis c.c.), in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, diretta da C. Ruperto, Milano, 2011;

CALVO, *Contratti e mercato*, Torino, 2011;

CAMEDDA, *Brevi note in tema di polizza fideiussoria ed escussione abusiva delle garanzie autonome*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2013, 1, p. 113 ss.;

CAMPIONE, *Il Covid-19 nei contratti commerciali internazionali tra* Force Majeure, Material Adverse Change/Effect *e* Hardship, in *Contratti*, 2021, 1, p. 75 ss.;

CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contratto e impresa*, 2017, 2, p. 364 ss.;

CAPRIGLIONE, *Globalizzazione intelligente. Riflessioni e spunti tratti dall'opera di Dani Rodrik*, in *Contratto e impresa*, 2019, 2, p. 813 ss.;

CARAPEZZA FIGLIA, *Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell'attivismo giudiziale nell'emergenza Covid-19*, in *Contratti*, 2020, 6, p. 712 ss.;

CARAVELLI, *La clausola "solve et repete" nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1930, I, c. 629 ss.;

CARAVITA, *I valori europei all'epoca del "Coronavirus"*, in *federalismi.it*, 2020, 19/5, p. 430 ss.;

CARBONE, *La tutela del consumatore. Le clausole abusive*, in *Corriere giur.*, 1996, 3, p. 248 ss.;

CARNELUTTI, *Clausola* "solve et repete", in *Riv. dir. proc.*, 1936, 1, p. 87 ss.

CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946,;

CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 6, II, p. 771 ss.;

CHINÈ, *Garanzie bancarie «a prima richiesta» e tutela cautelare atipica*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, p. 553 ss.;

CHINÉ, *La contrattazione standardizzata*, in ALPA, CHINE`, GAZZONI, REALMONTE e ROVELLI (a cura di), *Il contratto in generale*, II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2000, p. 509 ss.;

CHIODI, *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra otto e novecento*, Milano, 2009;

CONTE, *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato. Notazioni sull'efficacia precettiva e sulle modalità applicative dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Giust. civ.*, 2018, 1, p. 147 ss.;

© Wolters Kluwer Italia

CORETTI, *Del summatim cognoscere al proceso de plano: la sumariedad en el derecho romano y en la edadmedia*, in *Vergentis. Revistade Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, N° 8, enero-junio 2019, p. 45 ss.

CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 2, p. 345 ss.;

CORRIAS, *La valenza delle clausole "a richiesta" e "senza eccezioni" nella qualificazione dei negozi di garanzia personale del credito*, in *Vita not.*, 2014, 2, p. 577 ss.;

COSTANZA, *La vendita dei beni di consumo, i diritti del consumatore stabiliti all'art. 130, comma 7°, del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, in *Nuove leggi civ.*, 2006, 2, p. 458 ss.;

CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia in Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, p. 233 ss., in *giustiziacivile.com*;

D'AMICO, *"Giustizia contrattuale" nella prospettiva del civilista*, in *Diritti lavori mercati*, 2017, 2, p. 253 ss.;

D'AMICO, *Recesso* ad nutum, *buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 5 ss.;

D'AMICO e PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, 2ª ed., Torino, 2015;

D'ANGELO, A., *Commento all'art. 1469-bis, comma 3°, n. 16 c.c.*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. Cesaro, Padova, 1996, I, 260;

DALLA MASSARA, *Gli effetti della pandemia sul regime dei pagamenti*, in *Giur. it.*, 2020, 8-9, p. 1884 ss.;

DALMARTELLO, *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 847 ss.;

DE NOVA, *La giurisprudenza fonte del diritto?*, in *Jus civile*, 2016, 5, p. 412 ss.;

DE SANCTIS, *Riflessioni sull'*«homo dignus», in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 9 ss.;

DI MAJO A., *La riduzione della penale* ex officio, in *Corriere giur.*, 2005, p. 1538 ss.;

DI MEO, *Le nuove norme sulle garanzie a richiesta (le URDG 758) della Camera di Commercio Internazionale*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2010, 2, p. 872 ss.;

DI PIET ABAS, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riferimento alla sopravvenienza contrattuale*, in *Persona e mercato*, 2018, 1, p. 27 ss.;

DI SABATO D., *La formazione dell'accordo nell'ordinamento francese rinnovato*, in *Riv. dir. dell'impr.*, 2019, 2, p. 405 ss.;

© Wolters Kluwer Italia

DOLMETTA, *Periodo di* lockdown*, locazione di esercizio commerciale,* Garantievertrag, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2020, 5, p. 759 ss.;

EINAUDI, *La prima ragione fondamentale dell'intervento dello Stato. Lezioni di politica sociale*, Torino, 1975;

FERRARA F., *Sul concetto dei negozi astratti e sul loro riconoscimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 281;

FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902;

FORNASARI, *Sopravvenienze e contratto, dopo il Covid-19: problemi di contenuto e di metodo*, in *Contratto e impresa*, 2020, 4, p. 1661 ss.;

FRACCHIA, *Coronavirus, dignità umana e contratti pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2020, 3, p. 1559 ss.;

FRIGNANI, *La* hardship clause *nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di* civil *e di* common law, in *Riv. dir. civ.,* 1979, 6, p. 680 ss.;

FROSINI V., *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1994;

FUNAIOLI G.B., *Su di un caso apparente i inapplicabilità della clausola "solve et repete"* in *Riv. dir. comm.*, 1942, II, p. 317 ss.

GABRIELLI, *"Diritti senza soggetto" e "soggetti senza diritto" nell'epoca della pandemia da Coronavirus*, in *Giur. it.*, 2020, p. 2287 ss.;

GABRIELLI (a cura di), *I contatti in generale*, I, nel *Trattato dei contratti,* diretto da P. Rescigno, Torino, 1999;

GALGANO, *Comm. sub art. 41 Cost.*, in GALGANO e RODOTÀ, *Rapporti economici,* t. II, *artt. 41-44. Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 4 ss.;

GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 2009;

GALGANO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova, 2010, p. 73 ss.;

GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Politica del diritto*, 2009, 2, p. 177 ss.;

GALGANO, *Il contratto*, 3ª ed. a cura di Zorzi Galgano, Milano, 2020;

GALGANO, *L'equità degli arbitri*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 2, p. 409 ss.;

GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 919 ss.;

GALGANO, *La giurisprudenza fra* ars inveniendi *e* ars combinatoria, in *Contratto e impresa*, 2012, 1, p. 77 ss.;

© Wolters Kluwer Italia

GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 2006, 2, p. 313 ss.;

GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005;

GALGANO, *Lex mercatoria*, 5ª ed., Roma-Bari, 2010;

GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2005, 2, p. 509 ss.;

GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011, 2, p. 311 ss.;

GALGANO, Stare decisis *e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contratto e impresa*, 2004, n. 1, p. 12 ss.;

GALGANO, *Trattato di diritto civile*, 3ª ed. a cura di Zorzi Galgano, Milano, 2014, tomo II;

GALGANO e MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 3ª ed., Milano, 2011;

GALGANO e RODOTÀ, *Rapporti economici,* t. II, *artt. 41-44. Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1982;

GAMBARO, *Perché si vessa il cliente. Note e appunti di un itinerario tra i modelli occidentali*, in *Quadrimestre*, 1991, p. 386 ss.;

GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, 2ª ed., Napoli, 2019;

GELLI, *Emergenza sanitaria e rinegoziazione dei contratti di locazione commerciale e affitto d'azienda*, in *Contratti*, 2021, 1, p. 27 ss.;

GENICON, *La forza maggiore: alcuni insegnamenti tratti dalla crisi del Covid-19 nel diritto francese dei contratti*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, 1, p. 87 ss.;

GENTILI, *A proposito de "Il diritto soggettivo"*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 367 ss.;

GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, 2, p. 667 ss.;

GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020, 1 ss.;

GENTILI, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, in *Jus* civile, 2020, 2, p. 236 ss.;

GHEZZI e OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, 2013;

GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in LIPARI N. (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, p. 195 ss.;

© Wolters Kluwer Italia

GRECO, *La clausola "solve et repete": ragioni e limiti della sua efficacia*, *in Riv. dir. comm.*, 1931, 2, p. 142 ss.;

GRECO e COTINO, *Della vendita*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna, 1962;

GRIPPO, *La garanzia automatica in bilico tra «tecnica» e «politica»: tendenze della giurisprudenza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1985, II, p. 83 ss.;

GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2004;

GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005;

GROSSI P., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015;

GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, p. 142 ss.;

GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 302 ss.;

GUASTINI, *Principi del diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto pubblico*, 1998, 3, p. 651 ss.;

HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, 2ª ed., 2012;

ICC, *Norme Uniformi dalla ICC per le Garanzie a Prima Richiesta*, Parigi, 2010;

KRÜGER, *Das* summatim cognoscere *und das klassische Recht*, in *Zeitschrift der Savigny für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 1925, 45, p. 39 ss.;

LA CORTE, *Abrogazione dei minimi tariffari forensi: considerazioni e prospettive alla luce dell'ultimo provvedimento dell'AGCM*, in *Econ. e dir.*, 2015, 8, p. 1 ss.;

LA TORRE, *Sulla clausola "solve et repete" nei contratti ed in ispecie nelle locazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, 2, p. 494 ss.;

LAMORGESE, Garantievertrag *secondo le sezioni unite*, in *Giust. civ.*, 2010, 6, p. 1365 ss.;

LAPERTOSA, *La giurisprudenza tra passato e futuro dopo l'avvento della nuova disciplina sulle clausole vessatorie*, in *Foro it.*, 1997, 11, c. 357 ss.;

LATTES, *Studi di diritto statutario*, Milano 1886;

LECCESE, *La clausola* solve et repete, Milano, 1998, p. 33 ss. e 74 ss.;

LEFEBVRE, *Les origines romaines de la procédure sommaire aux XII et XIII s.*, in *Ephemerides iuris canonici*, 1956, 1, p. 170 ss.;

LIEBMAN, *Contro il patto* "solve et repete" *nei contratti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, p. 241 ss.;

© Wolters Kluwer Italia

LIEBMAN, *Variazioni intorno alla clausola* solve et repete *nei contratti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, II, p. 209 ss.;

LIPARI M.C., *Figure della dignità umana*, Milano, 2008;

LIPARI N., *Costituzione e diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 4, p. 1255 ss.;

LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017;

LIPARI N., *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Napoli, 1996

LIPARI N., *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, in LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 191 ss.;

LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013;

LIPARI N., *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 3, p. 755 ss.;

LIPARI N., *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 2, p. 530 ss.;

LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni unite*, in *Contratti*, 2020, p. 440 ss.;

LOJACONO, *La tutela cautelare dell'ordinante nelle garanzie bancarie autonome: recenti tendenze*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1986, II, p. 433 ss.;

LOMBROSO, *Il valore della clausola pagamento contro documenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, II, p. 2 ss.;

LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Torino, 2011;

LUCCHI, voce *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVIII, Torino, 1998, p. 586 ss.;

LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, vol. I, *Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995;

MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996;

MACARIO, *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova giur. civ.*, suppl. n. 3, 2020, p. 80 ss.;

MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *GiustiziaCivile.com*, 17 marzo 2020, p. 1 ss.;

MACARIO, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2015, VIII, p. 61 ss.;

MANIACI, *La clausola di incontestabilità nei contratti di assicurazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 2, p. 440 ss.;

© Wolters Kluwer Italia

MANIACI, *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2002, 2, p. 47 ss.;

MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, 2, p. 539 ss.;

MARELLA M.R., *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 1, p. 67 ss.;

MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti all'opponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1990, II, p. 567 ss.;

MATTEI e A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *GiustiziaCivile.com*, 7 maggio 2020;

MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 4, pp. 1 ss.;

MELANDRI, *Del contratto di fideiussione con clausola "solve et repete"*, in *Foro pad.*, 1996, 3-4, I, p. 290 ss.;

MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss.;

MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 16 ss.;

MESSINETTI R., *Il "falso" problema normativo della giustizia contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 4, p. 615 ss.;

MICHELI, *In tema di costituzionalità del* «solve et repete», in *Riv. dir. fin. Sc. fin.*, 1960, II, p 169 ss.;

MICHELI, *Opere minori di diritto tributario*, vol. I, *Il processo tributario*, Milano, 1982;

MICHELI, *Presupposti costituzionali del* «solve et repete», in *Studi parmensi*, 1950, p. 231 ss.;

MICKLITZ, *De la nécessité d'ne nouvelle conception puor le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy,* Parigi, 2004, p. 725 ss.;

MIRAGLIA, voce *Solve et repete*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLII, 1255 ss.;

MOLLO, *Regole finali di interpretazione del contratto*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, Milano, 2021;

MONTANARI, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 4, p. 987;

© Wolters Kluwer Italia

MONTI, *Il Covid-19 e il revival dell'obbligo di rinegoziazione*, in *Danno e resp.*, 2020, 5, p. 587 ss.;

MONTICELLI, *La tutela* ex *art. 1957 codice civile tra fideiussione, clausola* solve et repete *e garanzia atipica*, in *Contratti*, 2004, 3, II, p. 273 ss.;

MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, Milano, 2017;

MORESO, *Conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion pratica*, 2002, 18, p. 16 ss.

MOTTA, *Sono valide le clausole di incontestabilità contenute nelle polizze dei contratti di assicurazione?*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, p. 4 ss.;

NAPPI, *Un tentativo (non convincente) di "definitivamente chiarire" la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, 4, II, p. 425 ss.;

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1984;

NATOLI, *L'impatto di covid-19 sui contratti di locazione commerciale*, in *Il caso*, 2020, 30 settembre, p. 1 ss.;

NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 422 ss.

NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ.*, 2020, 2, p. 243 ss.;

NAVARRETTA, *La causa e la "réforme du code civil" francese*, in *Persona e mercato*, 2018, 1, pp. 6 ss.;

NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 11, p. 415 ss.;

NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, Messina, 1932;

NUZZO, *Dei contratti del consumatore in generale (artt. 33-38 c. cons.)*, in ALPA e ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, p. 260 ss.;

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006;

PAGLIANTINI, *Contratto e* "contrat": *il modello italiano (artt. 1321 e 1325 c.c.) e quello francese riformato (artt. 1101 e 1128* "Code civil"*)*, in *Giustizia civile*, 2019, 2, p. 317 ss.;

PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010;

PALMIERI A., *Supervisione sistematica delle clausole penali: rie-*

© Wolters Kluwer Italia

quilibrio (coatto ed unidirezionale) a scapito dell'efficienza in *Foro it.*, 2006, 1, I, c. 106 ss.

PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014;

PATTI S., *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in GABRIELLI (a cura di), *I contatti in generale*, I, nel *Tratt. dei contratti,* diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 293 ss.;

PELLECCHIA E., *Il caso Omega: La dignità umana e il delicato rapporto tra diritti fondamentali e libertà (economiche) fondamentali nel diritto comunitario*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, 1-3, p. 181 ss.;

PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 6, II, p. 669;

PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015;

PERLINGIERI P., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979

PERTILE, *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, 2ª ed., Torino, 1897, II, 1;

PERTILE, *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, Torino, 1902, VI, 2;

PIAZZA, *Polizza fideiussoria e* «solve et repete», in *Contratti*, 1994, p. 409 ss.;

PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto,* in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 57 ss.

PINORI, *Riflessioni sugli effetti dello stato di emergenza da Coronavirus nell'esecuzione dei contratti*, in *Contratto e impresa*, 2020, 3, p. 1193 ss.;

PIRAINO, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2015, 2, p. 233 ss.;

PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 705 ss.;

POLETTI, *Clausola* solve et repete, in MARTUCCELLI e PESCATORE (a cura di), *Diritto civile*, Milano, 2011, p. 237 ss.;

POLETTI, *Comm. art. 1462 c.c.*, in NAVARRETTA e ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Comm. Gabrielli, artt. 1425-1469 bis c.c.*, Torino, 2011, p. 529 ss.;

POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1999, p. 1 ss.;

POLITO, *Comm. all'art. 1462 c.c.*, in CAIANIELLO, POLITO e SGROI

© Wolters Kluwer Italia

(a cura di), *Delle obbligazioni (artt. 1425-1469 bis c.c.)*, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, diretta da C. Ruperto, Milano, 2011, p. 527 ss.;

PORTALE, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, in PORTALE (a cura di), *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1978, p. 1043 ss.;

PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, I, p. 6 ss.;

PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989;

PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1985, I, p. 174;

PORTALE (a cura di), *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1978;

PRADO, *La theorie du hardship dans les principes de l'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (Une approche comparative des principes et les solutions adoptées par le droit français et par le droit américain)*, in *Dir. comm. internaz.*, 1997, 2, p. 323 ss.;

PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, p. 366 ss.;

PUGLIESE, SITZIA e VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012;

PUPPO, *La polizza fideiussoria al vaglio delle sezioni unite. Tra autonomia e accessorietà della garanzia*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, p. 904 ss.;

RATTI, *La caparra e la clausola penale tra autonomia privata e potere correttivo del giudice*, 2020, Pisa, p. 154 ss.

RENNA, *Gli indici denotativi della garanzia autonoma nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2016, 2, p. 135 ss.;

RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998;

RESCIGNO P., *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 304 ss.;

RESCIGNO P., *Rilettura del codice civile (per i cinquant' anni della codificazione)*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. delle obblig.*, 1993, 1-2, pp. 1 ss.;

RESCIGNO P., *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967, p. 3 ss.;

RESCIGNO P., *Sul cosiddetto principio costituzionale d'uguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1966, I c. 1 ss.;

RESCIGNO P., voce *Contratto*, in *Enc. giud. Treccani,* III, Roma, 1988;

© Wolters Kluwer Italia

RESTA G., *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014;

RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 2, 341 ss.;

RICCI A., *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007;

RICCIO A., *La giurisprudenza fonte del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2017, 3, p. 857 ss.;

RODOTÀ, *Antropologia dell'*homo dignus, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 547 ss.;

RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012;

RODOTÀ, *In tema di iniziativa economica privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 1, p. 3 ss.

RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, 2ª ed., Milano, 2004;

RODOTÀ, *Un metodo tra i metodi*?, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 1-2, p. 282 ss.

ROLFI, Garantievertrag *e polizza fideiussoria: il* grand arret *delle Sezioni Unite tra massime ed* obiter dicta, in *Corriere giur.,* 2010, 8, p. 1022 ss.;

ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 4, p. 599 ss.;

ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011

ROSSELLO, *Sopravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in *Studi urbinati*, 1987, 38-40, p. 225 ss.;

ROZWADOWSKI, *Prefazione*, in ICC, *Norme Uniformi dalla ICC per le Garanzie a Prima Richiesta*, Parigi, 2010, p. 16 ss.;

RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, 2ª ed., Milano, 1971;

RUIZ MIGUEL, *Human Dignity: History of an Idea*, in *Jahrbuch öffent. Rechts*, 2002, 50, p. 281 ss.;

RUSSO, *Il contratto autonomo di garanzia negli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Dir. e giust.*, 2019, 1, p. 120 ss.;

SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in ALPA, GRAZIADEI, MATTEI, MONATERI e SACCO, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2001;

SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative*

© Wolters Kluwer Italia

Law, in *The American Journal of Comparative Law (Intallment I of II)*, 1991, 39, 1, p. 1 ss;

SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law (Intallment II of II)*, 1991, 39, 2, p. 343 ss.;

SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Sacco, 3ª ed., Torino, 2004;

SACERDOTI, *La tutela del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, 1, p. 19 ss.;

SALVI, *Globalizzazione e critica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, 1-2, p. 19 ss.;

SALVI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 5 ss.;

SANGIOVANNI, *Contratto di locazione commerciale, mancato pagamento dei canoni e inibitoria del pagamento della garanzia bancaria a causa del covid-19*, in *Condominoelocazione.it*, 10 settembre 2020;

SANTILLI, *La revisione delle Norme Uniformi della Camera di Commercio Internazionale per le Garanzie e Prima Richiesta*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1716 ss.;

SCADUTO, *L'*exceptio non adimpleti contractus *nel diritto civile italiano*, in *Ann. Sem, Giur. Un. Palermo*, 1922, p. 224;

SCARANO, *Riflessioni sulla giustizia contrattuale fra redistribuzione sociale ed efficienza economica*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 1, p. 61 ss.;

SCOGNAMIGLIO C., *Contratti in generale, artt. 1321-1352 c.c.*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 275 ss.;

SCOGNAMIGLIO C., *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corriere giur.*, 2020, 5, p. 581 ss.;

SENIN, *La clausola "solve et repete" nei contratti fra privati*, in *Riv. dir. civ.*, 1936, p. 26 ss.;

SESTA, *Le garanzie atipiche*, I. *Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia, contratto autonomo di garanzia*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretti da Galgano, Padova, 1988;

SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, in *Contratto e impresa,* 1985, p. 940 ss.;

SICARI, *La clausola* solve et repete *nel sistema delle obbligazioni negoziali*, Padova, 2008;

© Wolters Kluwer Italia

SICCHIERO, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?*, in *Giur. it.*, 2020, 11, p. 2435 ss.;

SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, p. 776 ss.;

SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 100 ss.;

SIMONCELLI SCIALOJA, *Il c.d. contratto per adesione e gli art. 1341 e 1342 cod. civile*, in *Foro it.*, 1949, 72, IV, p. 33 ss.;

TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962;

TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, 1973, p. 71;

TARELLO, voce *Realismo giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959;

THOBANI, *Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare*, in *Corriere giuridico*, 2020, 5, p. 631 ss.;

TRIMARCHI G., *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle "clausole generali"*, in *Contratti*, 2020, 4, p. 433 ss.;

TROIANO S., *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005;

VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *Jus civile*, 2017, 1, 21 ss.;

VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *Persona e mercato*, 2016, 4, p. 137 ss.;

VIOLA F., *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990;

VIOLA F., *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, in *Ragion pratica*, 2010, p. 4 ss.

VISENTIN, *Forza maggiore ed eccessiva onerosità sopravvenuta nel diritto francese, italiano e tedesco*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2020, 1, p. 177 ss.;

VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016;

VITUCCI, *Clausola* «solve et repete»*, principio d'uguaglianza (ed autonomia contrattuale) nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 1462 cod. civ.*, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, p. 783 ss.;

VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (*Gross disparity*)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 1, p. 40 ss.;

ZORZI GALGANO, *Impatti del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, 1, p. 53 ss.

© Wolters Kluwer Italia

Volumi pubblicati:

1 Massimo Franzoni, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*. 1986.
2 Sergio Alagna, *Regime patrimoniale della famiglia e operazioni bancarie*. 1988.
3 Massimo Franzoni, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*. 1988.
4 Mauro Bernardini, *La prelazione urbana fra diritto comune e leggi speciali*. 1988.
5 *La collaborazione fra imprese nell'appalto per l'esecuzione di opere pubbliche*. (A cura di Franco Mastragostino). 1988.
6 Aldo Pellicanò, *Il problema della simulazione nei contratti*. 1988.
7 *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*. (A cura di Giovanna Visintini). 1988.
8 *Maria Vita De Giorgi, Sponsorizzazione e mecenatismo. I. Le sponsorizzazioni. 1988.*
9 Vincenzo Zeno-Zencovich, *La responsabilità civile da reato. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*. 1989.
10 Luca Nivarra, *L'obbligo a contrarre e il mercato*. 1989.
11 Giovanni Zaccarelli, *La revoca dell'omologazione nel sistema dei controlli sulla legittimità degli atti societari*. 1990.
12 Pasquale Gianniti, *Causa lucrativa, causa mutualistica e cambiamento del tipo sociale*. 1991.
13 Clara Enrico Lucifredi, *Il contratto di arruolamento*. 1990.
14 Carlo Rossello, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*. 1990.
15 Daniela Memmo, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*. 1990.
16 Luca Nanni, *L'interposizione di persona*. 1990.
17 Fabrizio Devescovi, *Titolo di credito e informatica*. 1991.
18 Raffaella De Matteis, *La contrattazione preliminare ad effetti anti- cipati*. 1991.
19 Maurizio Irrera, *I «prestiti» dei soci alla società*. 1992.
20 Luciano Pontiroli, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*. 1992.
21 Mauro Bussani, *La colpa soggettiva. Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*. 1991.
22 *Rappresentanza e gestione*. A cura di Giovanna Visintini. 1992.
23 Rossella Cavallo Borgia, *Il contratto di Engineering*. 1992.
24 Gianluca Sicchiero, *Adempimento delle obbligazioni pecuniarie di rilevante importo*. 1992.
25 Mauro Bernardini, *La convivenza fuori del matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*. 1992.
26 Alessandro Savini, *Segni distintivi e televisione*. 1992.
27 Luca Nanni, *La revoca del mandato*. 1992.

28 Giusella Finocchiaro, *I contratti ad oggetto informatico*. 1993.
29 Leonardo Lenti, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*. 1993.
30 Margherita Pittalis, *Credito all'esportazione e forfaiting*. 1994.
31 Flavio Peccenini, *La finzione di avveramento della condizione*. 1994.
32 Rafael Verdera Server, *Inadempimento e risoluzione del contratto*. 1994.
33 Anna Maria Bernini, *L'arbitrato amministrato. Il modello della Camera di Commercio Internazionale*. 1996.
34 Franco Angeloni, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato*. 1994.
35 Rita Rolli, *L'espromissione e la liberazione del debitore originario*. 1995.
36 Gianluca Sicchiero, *Il contratto con causa mista*. 1995.
37 Nadia Zorzi, *Il marchio come valore di scambio*. 1995.
38 Laura Valle, *Il contratto future*. 1996.
39 Roberto Calvo, *La proprietà del mandatario*. 1996.
40 Giacomo Oberto, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*. 1996.
41 Silverio Annibale, *La tutela ambientale in campo internazionale*. 1996.
42 Anna Maria Bernini, *Intervento statale e privatizzazioni. Un panorama comparativo*. 1996.
43 Valentina Di Gregorio, *La rappresentanza apparente*. 1996.
44 Paolo Gaggero, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*. 1999.
45 Franco Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*. 1997.
46 Pasquale Gianniti, *Responsabilità civile e penale a confronto*. 1998.
47 Silvia Magelli, *L'estetica nel diritto della proprietà intellettuale*.1998.
48 Daniela Cenni, *La formazione del contratto tra realità e consensualità*. 1998.
49 *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*. (A cura di Luciana Cabella Pisu e Luca Nanni). 1998.
50 Matteo Tonello, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*. 1999.
51 Nadia Zorzi, *L'abuso della personalità giuridica. Tecniche sanzionatorie a confronto*. 2002.
52 Francesco Scaglione, *Possesso dell'etere e tutela del canale televisivo*. 2000.
53 Giorgia Tassoni, *I diritti a tempo parziale su beni immobili. Un contributo allo studio delle multiproprietà*. 1999.
54 Rita Rolli, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*. 2000.
55 Antonio Albanese, *L'omologazione degli atti societari*. 2000.

56 Alberto Pizzoferrato, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*. 2000.
57 Luigi Balestra, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*. 2000.
58 Lucia Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*. 2000.
59 Armando Plaia, *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*. 2000.
60 Giovanna Savorani, *La notorietà della persona da interesse protetto a bene giuridico*. 2000.
61 Paola Manes, *Il consenso al trattamento dei dati personali*. 2001.
62 Elena Poddighe, «Diritti *televisivi*» *e teoria dei beni*. 2001.
63 Chiara Alvisi, *Subfornitura e autonomia collettiva*. 2002.
64 Giovanni Meruzzi, *La trattativa maliziosa*. 2002.
65 Lisia Carota, *Della cartolarizzazione dei crediti*. 2002.
66 Alessandro Ciatti, *Responsabilità medica e decisione sul fatto incerto*. 2002.
67 Laura Valle, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*. 2004.
68 Angelo Riccio, *Il contratto usurario nel diritto civile*. 2002.
69 Vincenzo Maurini, *L'incapacità naturale*. 2002.
70 Marco Capecchi, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie" fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*. 2002.
71 Gianluca Riolfo, *I patti parasociali*. 2003.
72 Pasquale Gianniti, *Processo civile e penale a confronto*. 2003.
73 Giacomo Oberto, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*. 2003.
74 Paola Morandi, *Le associazioni di azionisti nelle società quotate*. 2003.
75 Patrizia Petrelli, *Interessi collettivi e responsabilità civile*. 2003.
76 Giovanni Zampini, *La previdenza complementare*. 2004.
77 Massimo Bianca, *La rappresentanza dell'azionista nelle società a capitale diffuso*. 2003.
78 Stefano Faillace, *La responsabilità da contatto sociale*. 2004.
79 Enrico Al Mureden, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti.* 2004.
80 Luca Sgarbi, *Mansioni e inquadramento dei dipendenti pubblici*. 2004.
81 Elisabetta Bertacchini, *Le ragioni del credito nelle società riformate*. 2004.
82 Alessandro Mantelero, *Attività di impresa in Internet e tutela della persona*. 2004.
83 Pieralberto Mengozzi, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*. 2004.
84 Pablo Fernández Carballo-Calero, *Pubblicità occulta e* product placement. 2004.
85 Paola Manes, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*. 2005.
86 Alberto Donati, *Danno non patrimoniale e solidarietà*. 2004.
87 Antonio Albanese, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*. 2005.

88 Maria Carmela Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*. 2004.
89 Stefania Pellegrini, *Il processo civile e la civile giustizia*. 2005.
90 Giovanni Meruzzi, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*. 2005.
91 Marco Capecchi, *Evoluzione del terzo settore e disciplina civilistica*. 2005.
92 David Pérez Millán, *Documenti di legittimazione e titoli impropri*. 2005.
93 Massimo Tuozzo, *La fondazione ed i suoi organi*. 2005.
94 Guido Smorto, *Il danno da inadempimento*. 2005.
95 Francesco Gennari, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare.* 2005.
96 Riccardo Salomone, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale*. 2005.
97 Elisa Morelato, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*. In corso di stampa.
98 Susanna Palladini, *Il lavoro nelle cooperative oltre il rapporto mutualistico*. 2006.
99 Gerardo Marasco, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*. 2006.
100 Maria Paola Martines, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*. 2006.
101 Sergio Niger, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*. 2006.
102 Giacomo Oberto, *Il patto di famiglia*. 2006.
103 Pieralberto Mengozzi, *I ritardi di pagamento nelle transizioni commerciali e l'interpretazione delle norme nazionali di attuazione di direttive comunitarie*. 2006.
104 Massimo Aragiusto, *Dinamiche e regole della concorrenza*. 2006.
105 Caterina Debora Malagnino, *L'ambiente sistema complesso*. 2007.
106 Ilaria Riva, *La comunione legale*. 2007.
107 Giuliana Amore, *Appalto e* claim. 2007.
108 Annarita Ricci, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*. 2007.
109 Caterina Pasquariello, *Il recesso nei gruppi di società*. 2008.
110 Valeria De Lorenzi, *Contratto di assicurazione. Disciplina giuridica e analisi economica*. 2008.
111 Rita Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*. 2008.
112 Edoardo Ferrante, *Consensualismo e trascrizione.* 2008.
113 Lisa Carota, *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia.* 2008.
114 Antonio Tullio, *La postergazione.* 2009.
115 Andrea Caprara, *Le funzioni dei sindaci tra principi generali e disciplina.* 2008.
116 Alberto Donati, *I valori della codificazione civile.* 2009.
117 Giovanni Panzarini, *Il diritto naturale quale fonte del diritto.* In preparazione.

118 Federico Maria Giuliani, *La simulazione dal diritto civile all'imposizione sui redditi.* 2009.
119 Andrea Natale, *Autonomia privata e diritto ereditario.* 2009.
120 Riccardo Campione, *Attività sciistica e responsabilità civile tra disciplina codicistica, legislazione speciale e regole di diritto sportivo.* 2009.
121 Sergio Alagna, *Mercato globale e diritto dell'impresa.* 2009.
122 Daniele Corvi, *Causa e tipo del contratto di lavoro artistico.* 2009.
123 Concetta Maria Nanna, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice.* 2010.
124 Giovanni Tantini, *L'indipendenza dei sindaci.* 2010.
125 Pieralberto Mengozzi, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea.* 2010.
126 Maria Paola Martines, *La clausola di prelazione.* 2010.
127 Caterina Debora Malagnino, *Il terzo arbitratore nell'integrazione del negozio giuridico.* 2010.
128 Aldo Scarpello, *La modifica unilaterale del contratto.* 2010.
129 Rosario Franco, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche.* 2010.
130 Gian Vito Califano, *Il recesso nelle società di capitali.* 2010.
131 Maria Adalgisa Caruso, *Le pratiche commerciali aggressive.* 2010.
132 Rita Lolli, *Le riserve divisibili e indivisibili nelle società cooperative.* 2010.
133 Santa D'Innocenzo, *Il* merchandising *come contratto sportivo.* 2010.
134 Alessandra Zanardo, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni.* 2010.
135 Guido Corapi, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali.* 2010.
136 Silvia Miconi, *I contratti dei servizi pubblici.* 2010.
137 Giulia Rossi, *La prelazione ed il retratto.* 2011.
138 Cesare Miriello, *La nullità virtuale.* 2011.
139 Dario Scarpa, *Processi decisionali, controllo e tutela dei soci nella s.r.l.* 2011.
140 Giuseppe Fossati López, *L'incidenza del titolo cambiario sui rapporti sottostanti alla sua emissione e girata: ricostruzione di un sistema.* 2011.
141 Mario Baraldi, *Warrants e patto di opzione.* 2012.
142 Claudio Bolognesi, *Società di capitali amministratrici di società di persone.* 2012.
143 Emanuele Menegatti, *I limiti alla concorrenza del lavoratore subordinato.* 2012.
144 Eleonora Maria Pierazzi, *L'accordo parziale.* 2012.
145 Marco Leocata, *I diritti del socio di società di capitali all'acquisto delle partecipazioni sociali. Natura giuridica e strumenti di tutela.* 2012.
146 Riccardo Omodei Salè, *La detenzione e le detenzioni. Unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso.* 2012.

147 Edoardo Ferrante, *L'azione di classe nel diritto italiano. Profili sostanziali.* 2012.
148 Pietro Zanelli, *Reti e contratto di rete.* 2012.
149 Carlo Berti, *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza.* 2012.
150 Andrea Natale, *Il debitore ceduto.* 2012.
151 Ilaria Riva, *La transazione invalida.* 2012.
152 Marco Ticozzi, *Studio sulle obbligazioni solidali.* 2012.
153 Cristina Coppola, *L'ingratitudine nel diritto privato.* 2012.
154 Fabio Pantano, *Il rendimento e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa.* 2012.
155 Benedetto Farsaci, *Clausole abusive nel contratto di assicurazione e tutela dell'assicurato.* 2012.
156 Giovanni Meruzzi, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni.* 2012.
157 Tommaso Arrigo, *Il risarcimento del danno da uccisione e da lesioni personali. Formule interpretative e tecniche di tutela dei congiunti.* 2012.
158 Gianluca Riolfo, *Il sistema dualistico*. 2013.
159 Vincenzo Bancone, *Le fondazioni filantropiche nell'esperienza italiana*. 2014.
160 Dario Scarpa, *Studio della organizzazione societaria della s.p.a. e analisi economica del diritto*. 2014.
161 Silvio Pietro Cerri, *Negozi successori e trasmissione dell'impresa*. 2014.
162 Luca Ghidoni, *Le vicende del diritto di prelazione*. 2015.
163 Natalia Roldan Alzate, *Inadempimento e ripartizione dell'onere probatorio*. 2016.
164 Matilde Ratti, *Enabling electronic commerce*. 2016.
165 Adriana Addante (a cura di), *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita.* 2016.
166 Giulia Rossi, *Il credito al consumo: dal fenomeno socioeconomico alla fattispecie contrattuale.* 2017.
167 Mauro Tescaro, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi.* 2017.
168 Lorenzo Cavalaglio, *La fondazione fiduciaria: struttura e funzione della destinazione patrimoniale*. 2017.
169 Paolo Butturini, *I diritti del socio di s.r.l. e l'autonomia statutaria*. 2017.
170 Carolina Magli, *Il danno da alimenti tra responsabilità del produttore e stile di vita del consumatore*. 2018.
171 Fabio Bravo, *Il diritto a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*. 2018.
172 Alessandro Semprini, *Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobile (cd. rent to buy)*. 2018.
173 Giulia Rossi, *Le clausole claims made: dalla valutazione della giurisprudenza alla logica del mercato assicurativo.* 2018.
174 Giuliana Amore, *Appalto e claim* - Seconda edizione. 2018.
175 Nadia Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR.* 2019.

176 Andrea Montanari, *Il danno antitrust.* 2019
177 Francesca Mollo, *Protezione dei dati personali e profili assicurativi.* 2020
178 Giacomo Pongelli, *La transazione novativa.* 2020
179 Francesca Mollo, *Regole finali di interpretazione del contratto.* 2020
180 Fabio Bravo, *La clausola* solve et repete *tra autonomia privata e giustizia contrattuale.* 2021

Serie di Diritto comparato:

1 Paola Manes, *Il superamento della personalità giuridica. L'esperienza inglese*.1999.
2 Luca Bordignon, *La cessione del credito tra disciplina generale e disciplina speciale. L'esperienza francese*. 2003.
3 Marina Timoteo, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali.* 2004.
4 Ilaria Sannini, *L'applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale negli Stati Uniti.* 2006.
5 Paolo Matteo Caliaro, *Il* same-sex *marriage negli Stati Uniti d'America.* 2006.
6 Giacomo Oberto, *La formazione dei magistrati alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato.* 2008.
7 Francesca Ragno, *Convenzione di Vienna e Diritto europeo.* 2008.

5 000002 502460
9 788813 376536

€ 40,00 I.V.A. INCLUSA