

LA CLAUSOLA D'IRRESOLUBILITÀ NEL PRISMA DEL PRINCIPIO DELL'ADEGUATEZZA DEI RIMEDI CONTRATTUALI

FILIPPO MAISTO
Professore ordinario
nell'Università della Calabria

SOMMARIO: 1. Le clausole d'irrisolubilità nell'ordinamento italo-eurounitario in considerazione dell'analisi comparativa degli interessi in gioco. Il patto d'irrisolubilità nei contratti del consumatore. – 2. *Segue*. Le clausole d'irrisolubilità nei contratti tra imprese. – 3. Coordinamento sistematico delle soluzioni desunte dall'analisi degli interessi con gli obiettivi di politica del diritto perseguiti attraverso l'impianto valutativo della risoluzione del contratto per inadempimento. – 4. Questioni complementari: il problema dell'ammissibilità delle clausole di esclusione della risoluzione per impossibilità sopravvenuta e delle clausole di esclusione della risoluzione per eccessiva onerosità. – 5. Riflessi di teoria generale: contributo al superamento della dialettica fatto-valore (*rectius* interesse individuale-interesse generale) nello svolgimento dell'autonomia contrattuale.

1. – Nell'esperienza giuridica italiana, si ricorre alla qualifica di "clausola d'irrisolubilità", quando le parti manifestano la volontà di escludere, in caso d'inadempimento delle attribuzioni convenute, gli eventi pratico-economici individuati dalla formula della risoluzione del contratto. Detto sintagma sottolinea, soprattutto, la vicenda pianificata "in negativo" dalle parti. In mancanza di un'espressa previsione di legge, la *quæstio juris* è se operi il criterio di giudizio dell'ammissibilità di dette clausole. In termini gius-realistici, bisogna stabilire se, al cospetto di dette clausole, il giudice sia legittimato ad adottare la decisione della vincolatività della vicenda utilitaristica predisposta dalle parti (*i.e.* l'esclusione della risoluzione). Essendo necessaria l'analisi comparativa degli interessi coinvolti, rileva, potenzialmente, la distinzione tra talune caratteristiche strutturali delle clausole d'irrisolubilità¹.

¹ Diversamente, G. AMADIO, *Le deroghe convenzionali alla disciplina della risoluzione per inadempimento*, in *Studi CNN-Studio* n. 160-2020/C, https://www.notariato.it/it/ufficio_studi/studio-n-160-2020c-le-deroghe-convenzionali-alla-disciplina-della-risoluzione-inadempimento, 13 ss., prospetta l'operatività di una soluzione univoca senza considerare i diversi contesti in cui, virtualmente, ricorre la clausola.

In applicazione delle norme italo-eurounitarie, bisogna considerare, innanzitutto, la circostanza che la dichiarazione sia apposta ad un contratto diretto a programmare un'operazione economica in un rapporto tra un professionista e consumatore (c.d. contratto del consumatore). Essenzialmente, si delinea l'ipotesi che il potere di escludere la risoluzione, essendo disposto nell'interesse del professionista/contraente-forte, sia concepito per essere azionato nell'eventualità di un inadempimento di costui. Teoricamente, si potrebbe immaginare anche una clausola che programmi un simile evento pratico-economico nell'interesse del consumatore, per cui esso potrebbe essere preteso in caso d'inadempimento di quest'ultimo. Essendo, però, il consumatore contraente-debole, una simile ipotesi risulta affatto "platonica". È facile notare che una clausola d'irrisolubilità pensata nell'interesse del professionista rientra nella previsione dell'art. 33, comma 2, lett. b), cod. cons., la quale fissa il criterio di giudizio della presunta vessatorietà². In tal caso, poi, sembra affatto improbabile che il professionista possa fornire la prova dell'assenza di squilibrio normativo a carico del consumatore. Alla luce di tali rilievi, il giudice risulta legittimato ex art. 36 cod. cons. ad adottare la decisione dell'impegnatività di una vicenda con i caratteri della nullità di protezione. Evidentemente, una tale soluzione converge con l'assunto teorico dell'inammissibilità della clausola d'irrisolubilità.

Con riferimento alle clausole d'irrisolubilità sancite nei contratti del consumatore, occorre precisare che un'opposta valutazione non potrebbe essere desunta dall'applicazione diretta della *lex mercatoria*. Nella pratica mercantile, diffusamente, ai contratti per l'erogazione di beni o servizi verso il corrispettivo di una somma di danaro sono apposte delle dichiarazioni, le quali manifestano, in positivo, la volontà degli interessati di riconoscere, in caso d'inadempimento di una parte, all'altra parte il potere di azionare la sola pretesa al risarcimento del danno. In negativo, tali dichiarazioni implicano la volontà di escludere tanto la vicenda della risoluzione del contratto quanto il potere di chiedere l'esecuzione specifica delle attribuzioni promesse³. Dette clausole sono indicate nell'esperienza giuridica

² Puntualmente, G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*. Artt. 1453-1459, in *Cod. Civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2007, 393, rileva che la clausola d'irrisolubilità nei contratti B2C è nulla, in quanto "l'art. 33, comma 2, lett. b del codice del consumo considera vessatoria la clausola che limiti ed escluda "le azioni" del consumatore per l'inadempimento del professionista".

³ Su questo doppio ordine di conseguenze legali, v. G. AMADIO, *op. cit.*, 20. In vero, la maggior complessità della *sole remedy clause* rispetto alla semplice clausola d'irrisolubilità si apprezza, essenzialmente, nel caso d'inadempimento del fornitore: in tale evenienza, esclusa l'azionabilità della pretesa alla risoluzione, con l'esecuzione specifica l'acquirente avrebbe potuto ottenere i beni promessi oltre al risarcimento del danno, mentre col solo risarcimento del danno l'acquirente potrà ottenere

anglosassone con l'espressione "*exclusive/single/sole remedy clauses*"⁴, la quale richiama, sostanzialmente, il profilo di rilevanza "in positivo". Pertanto, poiché il più contiene il meno, le suddette clausole della prassi mercantile assorbono la clausola d'irrisolvibilità. Come si è detto, considerandone la diffusione nella pratica, appare corretto estrapolare dalla *lex mercatoria* l'assunto della validità di dette clausole⁵. Cionondimeno, in queste ipotesi non ricorrono le condizioni perché i precetti della *lex mercatoria* possano prevalere rispetto ai dettami contrari della legge. In conformità alla teoria della trasformazione della gerarchia delle fonti in gerarchia dei valori⁶, il principio di sussidiarietà autorizza il giudice a motivare la decisione della vincolatività di condotte personali e eventi pratico-economici stabiliti dalla *lex mercatoria* (fonte di grado inferiore) incompatibili con i criteri di giudizio fissati dalla legge (fonte di grado superiore), soltanto là dove ricorra un preciso presupposto⁷. In tal senso, rileva il dato che tali vicende siano in grado di attuare meglio l'obiettivo socioeconomico fissato dalle Carte dei

soltanto una somma di danaro. In caso d'inadempimento dell'acquirente, invece, esclusa la risoluzione, sia con l'esecuzione specifica e il risarcimento del danno che con il solo risarcimento, in definitiva, il fornitore ha l'opportunità di ricevere soltanto una somma di danaro.

⁴ Sulla varietà di denominazioni, E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali*. (Brevi spunti di riflessione sulla clausola di Exclusive Remedy), in *Riv. dir. comm.*, 2018, 215.

⁵ V. G. AMADIO, *op. cit.*, 19 ss., il quale individua nei testi del diritto uniforme i seguenti riferimenti specifici: art. 6 CISG; art. 1.5.1 Principi UNIDROIT; art. 8:109 PECL; art. 3:105 DCFR.

⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, 4ª ed., Napoli, 2020, 78 ss. e 249 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, 192 ss., spec. 194. Una simile ricostruzione scientifica non ha un semplice valore descrittivo, ma può essere richiamata anche per motivare la valenza di specifiche situazioni soggettive. Premesso che "la gerarchia tra norme cede, in ragione del principio di legalità, dinanzi alla gerarchia assiologica", è stato plasmato l'impianto valutativo secondo cui, a determinate condizioni, la disciplina proveniente da una fonte gerarchicamente inferiore può essere reputata efficace a preferenza delle soluzioni ordinarie predisposte da una fonte di grado superiore. In detta prospettiva, è corretto ritenere che, "se, ad esempio, un regolamento governativo garantisce la tutela della persona in misura maggiore rispetto ad una legge statale o regionale (gerarchicamente sovraordinate), è comunque il primo a dover trovare applicazione" (v. P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 195). Altra impostazione, invece, ritiene, da un lato, che la gerarchia delle fonti permanga in forma rigida nei conflitti tra fonti nazionali, dall'altro, che non si presenti più alcun vincolo gerarchico rispetto al ricorso a fonti "esterne" alla sovranità nazionale, i.e. sovranazionali, internazionali o *extra ordinem* (così, F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contr. impr.*, 2016, 1357, spec. nota 33).

⁷ F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, Padova, 2022, 81 ss.

diritti nazionali e sovranazionali (soprattutto) europee. Nel contesto considerato, invece, i criteri di giudizi stabiliti dalla legge (art. 33, comma 2, lett. b), cod. cons.), consistenti nell'escludere l'impegnatività della clausola d'irrisolubilità (predisposta dal professionista nel suo interesse), risultano in grado di promuovere l'obiettivo della tutela del contraente-debole senz'altro meglio delle opposte soluzioni estrapolate dalla *lex mercatoria*.

2. – A questo punto, bisogna considerare le clausole d'irrisolubilità virtualmente ricorrenti nei contratti tra imprese (B2B). In tale prospettiva, sono concepibili diverse esplicazioni del fenomeno, soprattutto, a seconda che la transazione economica riguardi delle cose già nella disponibilità del fornitore ovvero, come spesso avviene, delle cose che debbano ancora essere prodotte dal fornitore/produttore o procurate dal fornitore/intermediario ovvero la fornitura di servizi professionali (*i.e.* prestazioni di fare effettuate con modalità seriali).

In primo luogo, viene in rilievo il caso che la vicenda dell'esclusione della risoluzione sia programmata in una vendita (più probabile) /somministrazione (meno probabile) di beni, i quali già siano nella disponibilità giuridica e materiale del fornitore (ad es., scorte o fondi di magazzino). Sono configurabili due profili (anche cumulabili): l'accordo sull'esclusione del potere del fornitore di chiedere la risoluzione nell'ipotesi d'inadempimento (e, pertanto, nell'interesse) dell'acquirente; il patto di esclusione del potere dell'acquirente di chiedere la risoluzione nell'eventualità dell'inadempimento (e, pertanto, nell'interesse) del fornitore⁸.

Analizziamo il primo profilo. Al cospetto di un accordo preventivo sull'inesistenza del potere del fornitore di chiedere la risoluzione nell'ipotesi dell'inadempimento dell'acquirente, il giudice sarebbe indotto ad adottare la decisione di costringere il fornitore a consegnare le cose nonostante il mancato ricevimento della somma di danaro pattuita⁹. In seconda battuta,

⁸ Sia pure con notazioni in parte diverse, soprattutto U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *Il contratto in generale. La risoluzione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, 8, Torino, 2011, 27 ss., si è avveduto dell'opportunità di distinguere l'interesse della parte non-inadempiente a seconda della natura della prestazione da lui dovuta o a lui spettante.

⁹ In proposito, merita di essere vagliata la contrapposta opinione di G. SICCHIERO, *op. cit.*, 402, il quale asserisce che: "Il divieto pattizio di domandare la risoluzione non implica automaticamente divieto di rifiutare la prestazione in caso di altrui inadempimento o anche di eccepire ad es. il mutamento della solvibilità *ex art.* 1461". Dal punto di vista strutturale, appare corretto il rilievo che altro è l'esclusione del potere di chiedere la risoluzione altro è l'esclusione del potere di rifiutare l'adempimento, per cui questa vicenda non rientra direttamente nel contenuto della

egli, azionando la pretesa all'esecuzione specifica e al risarcimento del danno, sarebbe in condizioni di ottenere, col sacrificio forzoso dell'acquirente, una somma pari a quella pattuita con l'aggiunta della compensazione dell'interesse pregiudicato dalla mancata realizzazione dell'affare. È facile notare che tali vicende non potrebbero essere valutate inique, se si constatasse la loro coincidenza con quelle comportate da una clausola d'improponibilità delle eccezioni (*solve et repete*)¹⁰ di cui all'art. 1462 c.c.¹¹. Spicca, però, una vistosa differenza: nell'apparato decisorio sopra delineato, dopo l'esecuzione della prestazione "caratteristica", il contraente adempiente, esclusa la risoluzione, avrebbe modo, mediante l'esecuzione specifica è il risarcimento, di pretendere non la restituzione delle cose date (secondo la dinamica del *solve et repete*), ma soltanto il pagamento di una somma di danaro pari al corrispettivo pattuito con l'aggiunta di una somma diretta a compensare la lesione subita per il mancato compimento dell'affare. In tal modo, il contraente inadempiente potrebbe giovare della propria insolvenza, pregiudicando l'interesse del contraente adempiente a ricevere la restituzione delle cose date ancora nel patrimonio dell'acquirente-inadempiente, piuttosto che una somma di danaro in concorso con gli altri

clausola d'irrisolubilità. Cionondimeno, dal punto di vista sostanziale, bisogna rimarcare che il patto d'irrisolubilità conduce surrettiziamente a questa soluzione ordinatoria. Innanzitutto, l'assunto dell'insussistenza di un potere di chiedere la risoluzione elide il principale argomento in grado di motivare la decisione giudiziale di riconoscere la liberazione del contraente non-inadempiente. In secondo luogo, bisogna considerare che la circostanza (fisiologica) della provvisoria mancanza di liquidità per l'impresa inadempiente diverge dalla previsione legale del pericolo d'insolvenza. Pertanto, visto che l'analisi comparativa degli interessi in gioco suggerisce di ricorrere alla formula della validità della clausola d'irrisolubilità proprio nell'ipotesi di mancanza di liquidità, in questi casi non sarebbe consentito desumere la determinazione di riconoscere l'esistenza di un potere di rifiutare l'esecuzione della prestazione da parte del contraente non-inadempiente dall'apparato decisorio apprestato dall'art. 1461 c.c. In sintesi, al cospetto di un patto di esclusione della risoluzione si attiva (virtualmente) un ragionamento applicativo, nel quale risulta corretta la decisione del giudice di riconoscere l'esistenza dell'obbligo del contraente non-inadempiente di eseguire l'attribuzione promessa con conseguenziale provvedimento di condanna all'adempimento.

¹⁰ Sull'adequazione degli assetti d'interessi attuati dal precetto dell'efficacia della clausola *solve et repete*, F. BRAVO, *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, Milano, 2021, 120 ss. Specificamente, sulla legittimità costituzionale della norma che ne ammette l'impiego, Corte cost., 12 novembre 1974, n. 256, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 1179.

¹¹ Per la potenziale attrazione della clausola d'irrisolubilità nell'orbita dell'art. 1462 c.c.: G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, 2ª ed., Torino, 2017, 216 ss.; F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, 85; ID., *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, 3ª ed., Torino, 2019, 292.

suoi creditori. In dette circostanze, dal momento che la tecnica rimediale della risoluzione si rivela necessaria per impedire abusi da parte del contraente non-inadempiente¹², si giustifica il ricorso alla formula della nullità del patto d'irrisolubilità per contrasto col principio di adeguatezza dei rimedi¹³. Bisogna rimarcare che le medesime considerazioni possono essere estese a tutte le ipotesi di contratti tra pari, vale a dire non soltanto B2B, ma anche C2C.

Una pari attenzione merita il secondo profilo di clausola d'irrisolubilità concernente la fornitura di cose già nella disponibilità del fornitore, consistente nell'accordo sulla non-azionabilità della pretesa dell'acquirente alla risoluzione del contratto nell'ipotesi di inadempimento del fornitore. Il rilievo dell'esistenza della clausola si attiva, potenzialmente, quando il fornitore, anche dolosamente, rifiuta l'adempimento richiesto dall'acquirente. In dette circostanze, assumendo il criterio di giudizio della validità della clausola, risulterebbe corretta l'emanazione di un provvedimento di condanna dell'acquirente a pagare la somma di danaro promessa o, quanto meno, la decisione di escludere la liberazione dell'acquirente dall'obbligo di effettuare una simile prestazione. In seconda battuta, attraverso l'esperimento delle azioni per l'esecuzione specifica e il risarcimento del danno, si determinerebbero in favore dell'acquirente il riconoscimento della titolarità dei beni convenuti e il ricevimento di una

¹² Similmente, E.M. CICONI, *Disponibilità ed esclusività dei rimedi contro l'inadempimento contrattuale*, Milano, 2020, 328, invoca l'esigenza di reprimere, sia pure attraverso la distinta tecnica del divieto di abuso del diritto, "un uso vistosamente opportunistico della clausola di rinuncia ad un mezzo di tutela contro l'inadempimento, quando, avuto riguardo alle circostanze del caso, esso si riveli un modo per sottrarsi affatto alle conseguenze del proprio inadempimento, magari lucrando sul valore di una controprestazione già ricevuta, e non ripetibile per la convenuta irrisolubilità".

¹³ Per la valutazione che i provvedimenti rimediali debbano "trovare modulazione in funzione degli interessi considerati dalla fattispecie concreta", v. P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 4 ss. Degna di nota è, soprattutto, l'identificazione di uno specifico vizio della statuizione di un rimedio inadeguato nella contrarietà al principio di effettività della tutela giudiziale estrapolato dall'art. 47 Carta dei diritti fondamentali UE (cfr. anche N. REICH, *The Principle of Effectiveness and EU Contract Law*, in *Osservatorio dir. civ. com.*, 2013, 337 ss.). Per taluni significativi impieghi del canone del "giusto rimedio": in tema di abusi del creditore concernenti l'esercizio dei mezzi di tutela della garanzia patrimoniale, cfr. F. LAZZARELLI, *Conservazione della garanzia patrimoniale e abusi del creditore*, Napoli, 2013, 158; con riferimento ai vizi concernenti l'attività di certificazione energetica, G. PERLINGIERI, *Alla ricerca del "giusto rimedio" in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 661 ss.; in materia di lesione del diritto all'immagine, cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto all'immagine e "giusto rimedio" civile. Tre esperienze di civil law a confronto: Italia, Spagna e Francia*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 859 ss.

somma diretta a compensare l'interesse leso dal ritardo nell'attuazione dell'operazione economica¹⁴. Un simile ordine delle pretese giudiziali favorisce dei comportamenti opportunistici del fornitore, il quale, ad esempio, consapevole che all'acquirente non è consentito in alcun caso di liberarsi per cercare alternative convenienti sul mercato, potrebbe cercare di lucrare un maggior prezzo in cambio di un'esecuzione dell'affare senza bisogno del ricorso alle vie giudiziarie (i.e. senza dover affrontare costi transattivi). Bisogna notare che dette condotte, non soltanto appaiono eticamente discutibili, ma, soprattutto, divergono anche dagli stessi dettami della teoria dell'inadempimento efficiente (*efficient breach*)¹⁵. Nei ragionamenti applicativi espressi da una simile teoria, operano delle determinazioni giudiziali dirette, nella sostanza, a consentire al fornitore di distrarre i beni dall'originaria operazione economica e riallocarli in un nuovo scambio più soddisfacente, purché l'acquirente sia tenuto indenne dalle perdite causate dall'inattuazione dello scambio programmato¹⁶. Diversamente, le vicende giudizialmente perseguibili al cospetto della clausola d'irrisolubilità implicano, in ogni caso, la conservazione dell'affare originario, escludendo la possibilità di riallocazione delle risorse in uno scambio più efficiente. In definitiva, si prospetta un assetto d'interessi, per cui il patto d'irrisolubilità, da un lato, favorisce comportamenti opportunistici incompatibili col principio di effettività della tutela dei contraenti (arg. ex art. 24 cost., art. 6 e 13 CEDU e art. 47 Carta dei diritti fondamentali UE); d'altro lato, non si realizzano delle utilità generali come quelle prospettate dalla teoria dell'inadempimento efficiente¹⁷. Anche in tali

¹⁴ Naturalmente, se non fosse azionabile la pretesa all'esecuzione specifica, il contraente non-inadempiente, mediante la sola azione di risarcimento, sarebbe titolato a ricevere soltanto una somma di denaro consistente nel valore della somma di denaro precedentemente pagata (*damnum emergens*) sommato alla misura utile a compensarlo per la mancata realizzazione dell'affare (*lucrum cessans*). Pertanto, a differenza della semplice clausola d'irrisolubilità (la quale, come detto alla nota 3, consente l'esercizio dell'azione di tutela specifica), in dette circostanze la *sole remedy clause* tende, effettivamente a coincidere con la clausola di inopponibilità delle eccezioni ex art. 1462 c.c. (v., retro, nota 11).

¹⁵ Per una riproposizione di detta teoria, M.A. EISENBERG, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, in 93 *Calif. L. Rev.*, 2005, 997 ss.

¹⁶ Un tale assetto d'interessi sembra, piuttosto, riflettersi nelle pretese azionabili al cospetto di una clausola di esclusione (non della risoluzione, ma) dell'esecuzione in forma specifica. Spunti in tal senso in G. AMADIO, *op. cit.*, 2, nota 3.

¹⁷ Alla luce di quest'ultimo rilievo, non ci sono i margini della speciale utilità sociale necessaria per desumere il criterio di giudizio della validità della clausola, richiamando il teorema dell'osmosi tra meritevolezza contrattuale e ragionevolezza delle pretese giudizialmente perseguibili. Su detta teoria, F. MAISTO, *Per una teoria dell'osmosi tra la clausola generale della meritevolezza contrattuale e il principio*

circostanze, appare corretto il ricorso alla formula della nullità per contrarietà al principio di effettività declinato come principio del giusto rimedio¹⁸.

Diverso è il caso che l'accordo di esclusione della risoluzione sia inserito in un contratto (vendita/somministrazione) preordinato alla fornitura di beni, i quali devono essere prodotti dal fornitore. Anche in tale ipotesi, è opportuno distinguere due profili: il patto d'irrisolubilità previsto in caso d'inadempimento dell'acquirente e, pertanto, nel suo interesse; l'accordo d'inibizione della risoluzione pianificato nell'eventualità dell'inadempimento del fornitore e, pertanto, nel suo interesse¹⁹.

Rispetto al primo profilo, valgono, in parte, le considerazioni già precedentemente svolte. In caso d'inadempimento dell'acquirente, la clausola d'irrisolubilità consente di delineare il criterio di giudizio consistente nell'assunto che il fornitore sia costretto ad eseguire la propria prestazione anche se non riceve immediatamente la somma di denaro pattuita. In seconda battuta, mediante le tecniche dell'esecuzione specifica e del risarcimento del danno, egli è in condizione di pretendere giudizialmente l'evento pratico-economico consistente nella dazione, a carico del patrimonio dell'acquirente, di una somma di denaro equivalente a quella pattuita con l'aggiunta di una somma diretta a ristorarlo della lesione subita. Vista una simile dinamica, si delinea l'idea che la clausola

costituzionale di ragionevolezza delle pretese giustiziabili, in *Ann. SISDiC*, 2018, 123 ss., spec. 134 ss.

¹⁸ V., *retro*, nota 13.

¹⁹ Diversamente, per B. SIRGIOVANNI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, Milano, 2019, 120 s., bisogna attenzionare i casi in cui vi sia un interesse comune di entrambi i contraenti, anche quello non-inadempiente, ad escludere la risoluzione. Una simile eventualità ricorrerebbe "laddove si preveda che importanti investimenti iniziali siano compiuti da entrambe le parti ovvero che una relazione di interdipendenza venga a crearsi tra le parti contrattuali". Similmente, A. GALLARATI, *Il contratto irrisolubile o quasi. Profili*, in *Contratto e impresa*, 2016, 1063, reputa opportuno considerare i "contratti in cui, anche laddove la parte adempiente avesse a propria disposizione il rimedio risolutorio, non ne farebbe uso". Bisogna, tuttavia, osservare che, nell'impianto valutativo predisposto dalla legge, la risoluzione, essendo configurata come diritto della parte non-inadempiente, non si attiva in mancanza di una sua richiesta. Pertanto, al cospetto di un interesse (anche) della parte non-inadempiente, la clausola d'irrisolubilità risulterebbe ultronea, dato che, in sua assenza, la risoluzione sarebbe, comunque, di fatto esclusa dalla mancata richiesta dell'avente diritto. Particolare è la posizione di G. DE NOVA, *op. cit.*, 218, secondo il quale la clausola d'irrisolubilità sarebbe stipulata, soprattutto, nell'interesse dei terzi e, specificamente, dei creditori delle parti. In vero, bisogna sottolineare che l'interesse dei creditori non può essere distinto da quello delle parti, visto che la volontà di favorire detti soggetti discende dall'esigenza della parte (virtualmente) inadempiente di far ricorso a finanziamenti esterni per il compimento dell'operazione economica programmata.

d'irrisolubilità sia simile (soprattutto, rispetto ai poteri e doveri riconosciuti alle parti nella prima fase), ma non del tutto assorbita dal paradigma della clausola d'improponibilità di eccezioni (*solve et repete*) ex art. 1462 c.c. Di là dal dato tecnico, però, occorre rilevare che, nel contesto degli scambi continuativi di beni "in produzione", queste soluzioni ordinatorie assolvono (potenzialmente) una significativa funzione economico-sociale. Le vicende giudizialmente perseguibili in conseguenza della clausola soddisfano, nella sostanza, l'esigenza dell'imprenditore-acquirente di non subire un'interruzione del flusso di acquisto di beni destinati alla propria attività produttiva o commerciale a causa di una provvisoria mancanza di liquidità che gli impedisca di pagare tempestivamente il corrispettivo pattuito. Essendo la condizione della mancanza di liquidità addirittura "fisiologica" rispetto all'attività d'impresa, la razionalizzazione di un simile rischio costituisce un assetto d'interessi particolarmente meritevole di apprezzamento²⁰. Da notare che, in detta prospettiva, le clausole d'irrisolubilità assumono la fisionomia di tecniche di amministrazione non del semplice rischio (d'inadempimento) contrattuale²¹, ma, addirittura, di razionalizzazione del rischio d'impresa. Visto che un simile assetto d'interessi ricorre soltanto nei contratti tra imprese, è corretto reputare che la soluzione della validità della clausola d'irrisolubilità non si estenda a tutti i contratti "tra pari" (in particolare, ai contratti C2C).

Inoltre, anche con riguardo alla vendita/somministrazione di beni in produzione, bisogna analizzare la figura dell'accordo di esclusione della risoluzione pianificata per l'eventualità di inadempimento/nell'interesse del fornitore. Preliminarmente, occorre osservare che l'accordo principale presenta, normalmente, i contorni della somministrazione, ma potrebbe assumere anche le sembianze della vendita di cosa futura. In tal caso, naturalmente, la clausola di esclusione della risoluzione ha senso, soltanto là dove, virtualmente, possa essere azionata la pretesa alla risoluzione. In vero, è sufficientemente acquisito l'assunto che le vicende speciali espressamente

²⁰ Secondo la ricostruzione prospettata, la vicenda programmata dalla clausola d'irrisolubilità potrebbe essere pretesa al cospetto di un inadempimento doloso del soggetto passivo. Pertanto, essa contrasta con il teorema che il patto d'irrisolubilità, anche se valido, sarebbe, comunque, privo di effetti nelle ipotesi di inadempimento dovuto a dolo o colpa grave, il quale è delineato dall'applicazione estensiva dell'art. 1229 c.c. (cfr. F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero dalla responsabilità*, Milano, 1971, 67; F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 23 ss.; ID., *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, cit., 270 ss.). D'altra parte, data la piena azionabilità del diritto al risarcimento del danno, non sembra che l'evento pratico-economico dell'esclusione della risoluzione presenti, effettivamente, la fisionomia di un'esclusione ovvero di una limitazione della responsabilità.

²¹ Così E. GABRIELLI, *op. cit.*, 217.

predisposte dal legislatore *ex art.* 1472, comma 2, c.c. valgono, sostanzialmente, nell'ipotesi d'inesistenza fortuita della cosa²², mentre in caso d'inesistenza dipesa da negligenza del venditore si applicano i rimedi ordinari all'inadempimento di un'obbligazione contrattuale (naturalmente, l'esecuzione specifica è "ontologicamente" esclusa), vale a dire il risarcimento del danno e la stessa risoluzione del contratto²³. Fatta questa premessa, è dato osservare che, in considerazione della clausola, il giudice è legittimato ad adottare la decisione di escludere la liberazione dell'acquirente dall'obbligo di pagare la somma di danaro pattuita, nonostante egli non abbia ricevuto, nell'immediato, i beni promessi. Naturalmente, in séguito, il contraente non-inadempiente potrà tutelare giudizialmente il proprio interesse, azionando la tutela specifica e quella risarcitoria. Una simile soluzione ordinatoria, come si è visto, normalmente iniqua, in particolari contesti dei rapporti tra imprese potrebbe risultare in grado di attuare una funzione economico-sociale positiva. Bisogna considerare che taluni settori commerciali sono interessati da forti oscillazioni della domanda e dell'offerta. In tal caso, le vicende giudizialmente perseguibili in conseguenza della clausola d'irrisolubilità potrebbero soddisfare l'esigenza del fornitore di dilatare i tempi di consegna, qualora rispetto alla programmazione originaria si sia innestata improvvisamente un forte incremento della domanda (c.d. *overbidding*) dei propri prodotti sul mercato. Questi eventi pratico-economici, sintetizzati dalla metafora della razionalizzazione del rischio da improvvisa oscillazione della domanda, convergono con l'obiettivo generale dell'efficienza economica. Alla luce di un simile rilievo, in queste circostanze, appare corretto prospettare la valenza decisoria del criterio di giudizio dell'ammissibilità della clausola d'irrisolubilità²⁴.

²² Alquanto isolata appare, ormai, l'opinione di D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, XXIII, 2ª ed., Milano, 1971, 181, secondo il quale, in ottemperanza al tenore letterale dell'art. 1472, comma 2, c.c., non sia corretto distinguere tra inesistenza fortuita e inesistenza imputabile all'inerzia del venditore.

²³ Per la ricostruzione della vendita di cosa futura come vendita "obbligatoria" e l'operatività, in detto impianto valutativo, del rimedio della risoluzione, *ex multis*, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, VII, 1, 2ª ed., Torino, 1993, 379 ss. e 387 ss., il quale asserisce che: "Il venditore è obbligato al risultato traslativo e all'attività strumentale positiva necessaria per realizzarlo". È bene rimarcare che, anche per la teoria della vendita "condizionale", in caso d'inadempimento dell'obbligo "preliminare" del venditore di attivarsi per far venire ad esistenza la cosa, sarebbe azionabile la pretesa del compratore alla risoluzione per inadempimento (cfr. P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri. I. La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962, 219 ss.). Pertanto, anche aderendo a detta teoria, la clausola d'irrisolubilità non risulterebbe, *a priori*, affatto priva di conseguenze legali.

²⁴ Anche in tal caso, l'analisi comparativa degli interessi coinvolti dimostra l'opportunità di ricorrere alla formula della validità dell'accordo preventivo di

A completamento del quadro, bisogna rimarcare che le soluzioni ordinatorie concepite per il caso della fornitura di beni “in produzione” presentano le medesime caratteristiche funzionali, se applicate nel caso simile della fornitura periodica o continuativa di servizi. In tal caso, il contratto principale assume, essenzialmente, le vesti del contratto di appalto (art. 1667 c.c.).

Da ultimo, merita di essere attenzionata l’eventualità che le parti convengano preventivamente l’esclusione della risoluzione per inadempimento, quando una di essa si sia impegnata a far acquistare all’altra un bene di titolarità di un terzo. In tali circostanze, l’accordo principale presenta i caratteri della vendita di una cosa “dichiaratamente” altrui. La clausola d’irrisolubilità, virtualmente, consente al giudice di adottare, in prima battuta, il provvedimento di condannare il compratore al pagamento del prezzo o, quanto meno, la decisione di riconoscere l’esistenza di un tale obbligo nonostante la negligenza del venditore nell’assolvere i suoi impegni. Successivamente, però, il creditore, azionando la tutela risarcitoria (essendo l’esecuzione specifica “ontologicamente esclusa” vista l’altruità della cosa), ha modo di pretendere una somma di danaro corrispondente al prezzo perduto (*damnum emergens*) con l’aggiunta di una somma diretta a compensare l’interesse leso dal mancato acquisto (*lucrum cessans*). Dato che queste vicende corrispondono, evidentemente, alla dinamica del *solve et repete*, la clausola d’irrisolubilità finisce per coincidere con la clausola d’imponibilità delle eccezioni di cui all’art. 1462 c.c.²⁵.

In conclusione, nel contesto dei contratti tra imprese, si delinea una valutazione piuttosto articolata delle clausole ‘irrisolubilità, ma, tendenzialmente, assume valenza decisoria il criterio di giudizio della loro ammissibilità. La correttezza di un simile impianto valutativo, come si è detto, appare confermata dai ragionamenti applicativi estrapolabili dalla *lex mercatoria*²⁶.

3. – In sintesi, dalla precedente analisi comparativa degli interessi coinvolti è emerso il costrutto che in taluni casi (soprattutto, nei rapporti B2C) opera il criterio di giudizio dell’inammissibilità di una clausola di irrisolubilità, mentre, in altri contesti (con discreti margini, nei rapporti B2B) si giustifica una valutazione positiva dell’efficacia di una simile clausola contrattuale. Questi ragionamenti applicativi si rivelano in contraddizione

esclusione della risoluzione, quando si valutino taluni comportamenti “opportunistici” del contraente inadempiente (*i.e.* al cospetto di un inadempimento doloso). Alla luce di un simile rilievo, si conferma la divaricazione rispetto alla teoria dell’applicazione estensiva dell’art. 1229 c.c. (v., *retro*, nota 20).

²⁵ V., *retro*, nota 11.

²⁶ V., *retro*, nota 5.

con le argomentazioni estrapolate dalle teorie tradizionali circa l'individuazione delle ragioni di politica del diritto, le quali consentono il ricorso alla tecnica della risoluzione per inadempimento.

Bisogna considerare, innanzitutto, le concezioni più risalenti, le quali spiegano l'adozione della decisione giudiziale della risoluzione con una volontà implicita delle parti costituente una "condizione risolutiva tacita"²⁷. L'assunto che l'esistenza del potere di chiedere la risoluzione del contratto/la caducazione dell'operazione economica programmata dipenda dalla volontà implicita delle parti, a contrario, si traduce nel criterio di giudizio che tale vicenda non sia azionabile in presenza di una clausola attestante l'opposta volontà dei contraenti²⁸.

Le teorie oggettive del contratto, invece, si rispecchiano nella concezione dell'inerenza della vicenda della risoluzione alla causa e, specificamente, alla funzione corrispettiva dei contratti sinallagmatici²⁹. In presenza di una clausola d'irrisolubilità, il suddetto assioma decisorio autorizza, virtualmente, due ordini di valutazioni: stabilito che il contratto abbia necessariamente funzione corrispettiva (ad es., una vendita), appare corretta la statuizione dell'inefficacia della clausola; appurato che l'operazione economica programmata sia compatibile con l'assenza di corrispettività, si attivano i criteri di giudizio dell'efficacia della clausola e dell'esclusione degli eventi pratico-economici prescritti in considerazione di uno schema contrattuale tipico caratterizzato da una funzione corrispettiva (disapplicazione della disciplina del tipo legale corrispondente alle prestazioni reciproche programmate). Diversamente, l'analisi comparativa degli interessi in gioco, come si è detto, consente di sviluppare un concorrente apparato decisorio: in presenza di una clausola d'irrisolubilità, a certe condizioni, il giudice sarebbe legittimato ad adottare i criteri di giudizio consistenti nell'assunto della validità della clausola/dell'esclusione della risoluzione per inadempimento, da un lato, e, dall'altro lato, della giustiziabilità delle ulteriori vicende prescritte per un tipo contrattuale legale a prestazioni corrispettive corrispondenti alle attribuzioni programmate.

Di sovente, è usato anche l'argomento simmetrico che la risoluzione non sia connaturata alla funzione corrispettiva dei contratti sinallagmatici³⁰.

²⁷ Cfr. G. GALLAVRESI, *La condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali*, Milano, 1878, *passim*, spec. 30 ss. Questa teoria è segnalata anche da M. ALLARA, *La vendita*, Torino, 1958, 47.

²⁸ Su questa linea, Cass., 9 marzo 1942, n. 643, in *Foro it.*, 1942, 485, ha affermato che "la giurisprudenza riconosce la validità di stipulazioni che escludano o riducano l'applicazione della clausola risolutiva tacita, tra l'altro nel senso di restringerne gli effetti al risarcimento del danno".

²⁹ *Ex multis*, M. ALLARA, *op. cit.*, 67.

³⁰ G. AMADIO, *op. cit.*, 5 ss.

Di per sé, un simile assioma conduce, univocamente, alla soluzione ordinatoria del riconoscimento della validità della clausola. Pertanto, un tale costruito risulta incompatibile con l'articolato ordine di valutazioni desumibile dall'analisi comparativa degli interessi. D'altra parte, bisogna segnalare che il medesimo argomento è usato anche nei ragionamenti applicativi focalizzati sull'assunto dell'operatività della risoluzione anche rispetto ai contratti non-corrispettivi³¹. In simili apparati decisorii, esso finisce con oscurare il dato che diverse sono le condizioni per la giustiziabilità della vicenda della risoluzione: nei contratti corrispettivi essa opera *by default* (salvo patto contrario, quando ammesso); nei contratti non-corrispettivi, all'opposto, il potere di chiedere la risoluzione è riconosciuto soltanto se espressamente pattuito (arg. *ex art.* 793 c.c.). Alla luce di un simile rilievo, appare corretto l'assunto che, pur non essendo la tecnica della risoluzione connaturata alla funzione di scambio dei contratti corrispettivi né incompatibile con gli assetti d'interessi sottesi ai contratti non-corrispettivi³², essa non è affatto indifferente rispetto alla causa del contratto: una simile vicenda risulta maggiormente adeguata all'operazione economica dello scambio caratteristica dei contratti corrispettivi rispetto agli assetti d'interessi identificati dalle categorie della liberalità e della gratuità in senso stretto.

Esaurita la *pars destruens* della riflessione, è doveroso passare alla *pars construens*. L'articolato apparato decisorio, ricavato considerando gli obiettivi di politica del diritto coinvolti in presenza di una clausola d'irrisolubilità, si rivela informato al principio di adeguatezza dei rimedi. Una simile ricostruzione si delinea, qualora sia acquisita la natura rimediale della risoluzione per inadempimento³³. In vero, la nozione di rimedio è

³¹ B. MARUCCI, *Risoluzione per inadempimento dei contratti non corrispettivi*, Napoli, 2000, 49 ss.

³² Alla luce di un tale concetto, bisogna respingere l'insegnamento di M. ALLARA, *La compravendita*, cit., 70, il quale ritiene che, là dove l'onere abbia costituito il motivo determinante dell'attribuzione principale, "la donazione modale assuma, in questa estrema ipotesi, la struttura del contratto bilaterale o con prestazioni corrispettive". Ai fini della qualificazione, rileva, essenzialmente, il dato che i sacrifici reciproci non siano concepiti per arrecare un'utilità marginale a ciascun contraente in modo da massimizzarne gli interessi (*i.e.* per attuare una causa di scambio in senso economicistico). In detta prospettiva, ad esempio, è dato considerare che il trasferimento da uno zio ad un nipote di un castello, il quale sia stata la residenza storica della loro famiglia, è, in talune circostanze, idoneo ad assolvere una funzione di liberalità, anche se l'onere (ad esempio, di assumere le ingenti spese per la ristrutturazione) assorba o addirittura sorpassi il valore del bene e sia stato la ragione determinante dell'attribuzione principale (cfr. F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, Padova, 2022, 153 s.).

³³ La ricostruzione della vicenda della risoluzione basata sugli aspetti funzionali è evidentemente alternativa rispetto ad altri inquadramenti, i quali ne considerano le

alquanto incerta³⁴. Ciononostante, appare corretto definire il rimedio contrattuale come una restrizione della sfera personale o patrimoniale di un contraente, eseguibile a carico (esclusivamente) del suo patrimonio anche con l'ausilio della forza pubblica, la quale sia preposta a prevenire, reintegrare o compensare la lesione dell'interesse dell'altro contraente causata dall'inattuazione dell'operazione economica programmata (c.d. rischio contrattuale). È facile notare che simili caratteri si presentano senz'altro negli eventi pratico-economici sintetizzati dalla categoria della risoluzione del contratto per inadempimento. In base ad una tale rappresentazione, la risoluzione non si limita a tutelare l'interesse del contraente non-inadempiente, ma attua anche delle esigenze di civile convivenza identificate, soprattutto, dal principio di effettività della tutela/adequazione dei rimedi di cui agli artt. 24 cost., 6 e 13 CEDU e 47 Carta dei diritti fondamentali UE. Specularmente, gli accordi di esclusione della risoluzione, quando non soddisfano degli interessi individuali convergenti con l'utilità collettiva, si rivelano semplicemente contrari al principio di effettività della tutela/adequazione dei rimedi³⁵.

La surrichiamata definizione di rimedio consente di distinguere la nozione di rimedio rispetto a quella di sanzione, la quale indica delle restrizioni personali o patrimoniali con carattere "afflittivo", vale a dire in grado di cagionare delle perdite per un contraente ultronee rispetto al valore della lesione dell'interesse altrui con il fine principale di impedirgli o scoraggiarne un determinato comportamento. La distinzione è fondamentale, dal momento che i rimedi sono ammessi in via generale, mentre le sanzioni (pene civilistiche) sono azionabili entro precisi limiti in

caratteristiche strutturali. In tal senso, merita di essere attenzionata, soprattutto, la teoria che la risoluzione sarebbe espressione del potere dispositivo-novativo inerente al credito a ricevere la prestazione inadempita, il quale consiste nel sostituire quest'ultima con la liberazione dall'obbligo di pagare il corrispettivo promesso (B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973, 64). È facile notare che, formalmente, l'assunto che il contraente abbia l'opportunità di scegliere tra il ricevimento della prestazione a lui spettante e la liberazione dalla prestazione da lui dovuta contrasta col principio di vincolatività del contratto *ex art. 1372 c.c. (sanctity of contract)*. In sostanza, bisogna notare che, nel contesto della risoluzione, a differenza della novazione, l'evento pratico-economico della liberazione dall'obbligo di pagare il corrispettivo non è diretto a sostituire la prestazione inadempita in modo da massimizzare l'interesse del creditore, ma a minimizzare le perdite causate dall'inadempimento del debitore.

³⁴ Circa la non-univocità della nozione di rimedio, E. GABRIELLI, *op. cit.*, 209 s.

³⁵ La considerazione di questa utilità sociale porta l'analisi comparativa degli interessi in gioco a divergere dalla raffinata analisi gius-economi(sti)ca, focalizzata sull'efficientamento dell'attuazione degli interessi mercantilistici coinvolti, la quale è prospettata da A. GALLARATI, *op. cit.*, 1059 ss.

considerazione del potenziale contrasto con gli artt. 23 e 25, comma 2 cost.³⁶. Fissata questa distinzione, bisogna segnalare che, al pari di altri rimedi (in primis, lo stesso risarcimento del danno), la risoluzione per inadempimento assolve (soltanto) indirettamente anche una funzione sanzionatoria³⁷: è un dato di comune esperienza il fatto che, sovente, il soggetto passivo si convince ad adempiere la prestazione dovuta, soprattutto, per la minaccia di perdere l'utilità marginale assicurategli dalla prestazione corrispettiva pianificata dal contratto³⁸. Una simile coercizione, essendo attuata soltanto in via surrettizia dalla vicenda della risoluzione per inadempimento, non ne implica alcuna limitazione a livello costituzionale. La funzione latamente sanzionatoria, inoltre, spiega la differente operatività della risoluzione per inadempimento nei contratti corrispettivi rispetto ai contratti onerosi non-corrispettivi. Bisogna rilevare che, normalmente, dato il carattere accessorio del *modus*, sussiste un interesse all'adempimento dell'attribuzione principale indipendentemente dall'esecuzione della prestazione accessoria. Pertanto, salvo diversa pattuizione delle parti, non è opportuno costringere l'onerato ad adempiere, minacciandolo di perdere il diritto a ricevere l'attribuzione principale.

In conclusione, una volta acquisita la rappresentazione della natura rimediale della risoluzione per inadempimento, il principio dell'adeguatezza dei rimedi legittima il giudice ad impiegare, selettivamente, il criterio di giudizio dell'ammissibilità dei patti d'irrisolubilità soltanto a precise condizioni: è necessario il rilievo che l'esclusione di questo rimedio soddisfi, in concreto, l'esigenza di tutelare interessi particolarmente meritevoli. Quest'ordine di valutazioni converge con l'articolata gamma di soluzioni ordinatorie desunte dall'analisi degli obiettivi di politica del diritto coinvolti al cospetto della volontà delle parti di escludere preventivamente la risoluzione per inadempimento.

³⁶ Cfr. F. MAISTO, *Punitive Damages Under the Lens of Constitutionality: the Role of the Hierarchy of Values*, in *ItaLJ*, 2020, 167 ss.; ID., *I risarcimenti punitivi nella responsabilità da atto illecito e nella responsabilità per inadempimento*, in AA.VV., *Sui mobili confini del diritto* a cura di E. BIVONA, F. ROMEO, M. CAVALLARO e M. LAZZARA, 2, Torino, 2022, 122 ss.

³⁷ Cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 137 ss., 147 ss. e 159. Egli osserva che nella risoluzione "ritroviamo il carattere fondamentale d'ogni sanzione, il sacrificio cioè di un interesse della parte inadempiente, il quale era tutelato dall'ordinamento mediante l'attribuzione del corrispondente diritto, e al quale viene tolta la tutela stessa a causa dell'inadempimento".

³⁸ Per approfondimenti, v. G.F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempimento*, Milano, 2001, 187 ss., il quale sottolinea il carattere "indiretto" della funzione di coercizione assolta dalla tecnica della risoluzione per inadempimento.

4. – In prospettiva gius-realistica, i ragionamenti applicativi, i quali potenzialmente si attivano al cospetto di una clausola di esclusione della risoluzione per inadempimento, sono stati delineati in linea con gli obiettivi di politica del diritto (*ratio juris*) sottesi ad una tale tecnica rimediale. Stante la diversità della *ratio juris*³⁹, i medesimi criteri di giudizio non sono automaticamente estensibili alle ipotesi di accordi sull'esclusione della risoluzione per impossibilità sopravvenuta ovvero per eccessiva onerosità. Cionondimeno, anche detta *quæstio juris* deve essere approfondita nella prospettiva metodologica gius-realistica. In tale ottica, meritano di essere distinte diverse figure a seconda del contesto, nel quale la vicenda programmata (*i.e.* l'esclusione della risoluzione) è destinata ad operare.

Innanzitutto, viene in rilievo l'ipotesi che le parti manifestino la volontà di escludere preventivamente la risoluzione per impossibilità di una fornitura di beni già esistenti e presenti nel patrimonio del fornitore. È alquanto agevole riconoscere che l'accordo principale presenti i caratteri della vendita. In tale contesto, l'impossibilità sopravvenuta assume i caratteri del perimento fortuito delle merci. Visto che il perimento anteriore alla conclusione del contratto giustifica il ricorso alla formula della nullità per mancanza di oggetto (comb. disp. artt. 1325, n. 3, c.c. e 1418, comma 2, c.c.), rileva, essenzialmente, la circostanza del perimento fortuito della cosa nel periodo di tempo dopo l'emissione delle dichiarazioni contrattuali e prima della consegna all'acquirente. In tale caso, la determinazione giudiziale dell'esclusione della risoluzione opera, in base all'enunciato dell'art. 1465 c.c., indipendentemente dal preventivo accordo tra le parti. Pertanto, la presenza della clausola si rivela del tutto priva di effetto, in quanto la pretesa alla vicenda programmata si attiva allo stesso modo anche in sua assenza.

È plausibile anche il caso che le parti convengano di negare il potere di chiedere la risoluzione per impossibilità sopravvenuta in occasione della stipula di un contratto di fornitura di merci "in produzione" (*i.e.*, non ancora esistenti). In dette circostanze, l'accordo principale presenterebbe i connotati della vendita di cosa futura o (più probabilmente) della somministrazione.

Là dove l'accordo principale presentasse i connotati della vendita di cose future, l'impossibilità coinciderebbe, sostanzialmente, col fenomeno dell'inesistenza fortuita delle merci (dovuta, ad esempio, alla distruzione degli impianti di produzione). In tali circostanze, è pacifico che si attivi l'impianto valutativo dettato dall'art. 1472 c.c.⁴⁰, il quale contempla, in

³⁹ Cfr. G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, 3ª ed., Padova, 2018, 4.

⁴⁰ Alquanto acquisita è l'interpretazione (antiletterale) dell'art. 1472, comma 2, c.c. secondo cui la previsione legale non si estende all'ipotesi di inesistenza dovuta a negligenza del venditore. In tale evenienza, in conformità al precetto dell'esistenza di un obbligo d'impegnarsi per far venire la cosa ad esistenza, si ritengono azionabili i

alternativa, il criterio di giudizio della nullità dell'operazione, se la vendita è commutativa (*emptio rei speratae*), ovvero della piena validità ed efficacia delle attribuzioni promesse, se la vendita è aleatoria (*emptio spei*). In ogni caso, essendo esclusa la vicenda della risoluzione per impossibilità, la clausola d'irrisolubilità risulta affatto priva di conseguenze legali.

Bisogna considerare, poi, il caso (più verosimile) che il contratto principale presenti i caratteri di una somministrazione. L'impianto valutativo della vendita di cosa futura è emblematico anche in relazione a questo ulteriore caso. Bisogna rimarcare che nei ragionamenti applicativi sulla vendita la vicenda della nullità della vendita commutativa si concreta, essenzialmente, nel precetto dell'inesistenza di un obbligo di pagare il corrispettivo e quella della piena vincolatività della vendita aleatoria si traduce nella regola dell'esistenza dell'obbligo di pagare il corrispettivo pattuito nonostante il mancato ricevimento della cosa. Pertanto, di là dalle tecniche utilizzate (nullità/piena efficacia), si delinea la logica che il riconoscimento di un obbligo di pagare il corrispettivo nonostante l'inesistenza fortuita della cosa trasforma la vendita commutativa in vendita aleatoria. A questo punto, è facile notare che, al cospetto di un contratto di somministrazione la vicenda della risoluzione per impossibilità si concreta, essenzialmente, nel precetto dell'inesistenza dell'obbligo di pagare il corrispettivo pattuito. Specularmente, la vicenda programmata dalla clausola di esclusione della risoluzione per impossibilità si sostanzierebbe nella regola dell'esistenza dell'obbligo di pagare il corrispettivo promesso nonostante il mancato ricevimento della fornitura. In base alla logica delineata per la vendita, è corretto reputare che, in caso di somministrazione, la clausola di esclusione della risoluzione per impossibilità, virtualmente, trasformerebbe il contratto da commutativo ad aleatorio. Per la proprietà transitiva, l'assunzione del criterio di giudizio dell'ammissibilità di una simile clausola è circoscritta nei limiti entro cui è consentito l'impiego dell'assunto della validità dei contratti aleatori. In detta prospettiva, bisogna rilevare che il sacrificio imposto al contraente svantaggiato è predeterminato nel quantum, dal momento che è circoscritto alla perdita del corrispettivo promesso. Se detta perdita fosse inquadrata in un sistema d'impresa di gestione collettiva dei rischi individuali, la distribuzione del rischio contrattuale presenterebbe i connotati dell'alea 'razionale'⁴¹. Alle condizioni predette, gli eventi pratico-economici

rimedi ordinari della risoluzione per inadempimento e del risarcimento del danno (v., *retro*, nota 23).

⁴¹ Cfr. Cass., 27 ottobre 2017, n. 25624, in *Giur. it.*, 2018, 2357 ss., con nota di D. MAFFEIS, *Alea razionale e scenari probabilistici nel vitalizio alimentare*. Cfr. anche D. MAFFEIS, *La scommessa razionale di swap e lo scopo di copertura*, in *Persona e mercato*, 2022, 189 ss.

conseguenziali all'esclusione della risoluzione sarebbero riconducibili ad una funzione latamente assicurativa⁴², la quale è in grado di fungere da giusta causa dell'accordo *ex art. 1325, n. 2, c.c.*

Verosimilmente, il patto di escludere preventivamente la risoluzione per impossibilità sopravvenuta potrebbe essere apposto anche ad un contratto di compravendita di una cosa esistente, ma nella titolarità di un soggetto diverso dal venditore. In tal caso, data la presenza della clausola, il contratto principale presenta le vesti della vendita di cosa "dichiaratamente" altrui. Rispetto ad un simile contesto, l'impossibilità sopravvenuta consisterebbe, essenzialmente, nel perimento della cosa prima che il compratore compia l'atto di acquisto dal titolare. Bisogna segnalare il dato che, in tali circostanze, essendo "ontologicamente" esclusi l'esecuzione specifica (perché il bene è perito) e il risarcimento (perché il perimento non è imputabile), la risoluzione rappresenta, virtualmente, l'unico rimedio azionabile. Pertanto, la vicenda dell'esclusione della risoluzione si tradurrebbe nel precetto dell'esistenza dell'obbligo per il compratore di pagare al venditore il corrispettivo promesso nonostante il mancato ricevimento della cosa. Considerando che il venditore si arricchisce del prezzo senza assumere alcun sacrificio per l'acquisto della cosa, un simile assetto d'interessi appare incompatibile con la funzione di scambio propria della vendita. In conclusione, la suesposta analisi consente il ricorso, in questa ipotesi, alla formula della nullità della clausola per incompatibilità con la causa (di scambio) della compravendita.

Da ultimo, bisogna considerare il caso che i contraenti manifestino la volontà di escludere la risoluzione per impossibilità sopravvenuta nell'evenienza di circostanze che, nei contratti "di durata", rendano temporaneamente impossibile l'attuazione dell'operazione economica programmata⁴³. Innanzitutto, bisogna rimarcare che, nelle ipotesi

⁴² Circa l'inerenza all'essenza del contratto di assicurazione degli eventi patrimoniali della ripartizione e compensazione delle effettive perdite economiche tra i soggetti esposti al medesimo tipo di rischio, A. DONATI – G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, 11^a ed., Milano, 2016, 3 s.

⁴³ Il caso è connotato da una stringente attualità, dal momento che esso si attaglia alle circostanze create dall'emergenza Covid '19. In vero, è questione pratica molto dibattuta la rappresentazione che possano essere considerate come *factum principis*, causa d'impossibilità delle obbligazioni programmate nell'affitto di locali commerciali, le restrizioni al commercio imposte dalle Autorità nelle fasi di *lockdown* durante l'emergenza Covid-19. Il dubbio è sorto, essenzialmente, perché si è focalizzata l'attenzione sul pagamento dei canoni concordati, che non risultava materialmente impedito da dette misure restrittive. Si tratta di un errore di prospettiva: le restrizioni legali rendevano temporaneamente impossibile (non l'obbligo di pagare i canoni concordati, ma) l'esecuzione dell'obbligazione corrispettiva, consistente nel concedere in godimento dei locali idonei a praticare l'attività commerciale (così, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali*.

d'impossibilità temporanea, in prima battuta non è riconosciuto un potere di chiedere la risoluzione del contratto⁴⁴. Cionondimeno, la vicenda della risoluzione può essere pretesa quando il perdurare dell'impossibilità comporti che o il creditore perda interesse a riceverla o il debitore non possa essere più ritenuto obbligato, nel senso che altrimenti si configurerebbe un'obbligazione a tempo indeterminato. Bisogna chiarire che questo secondo parametro non fa tanto riferimento a un'eccessiva onerosità, dato che bisogna distinguere tra la risoluzione per impossibilità temporanea dalla risoluzione per eccessiva onerosità. Piuttosto, esso è esplicazione dell'esigenza di civile convivenza che i vincoli di subordinazione giuridica non si protraggano a tempo indeterminato. Una tale limitazione temporale è fondamentale, perché distingue la moderna obbligazione civile rispetto ai superati vincoli di natura feudale o, addirittura, schiavistica. Alla luce dei seguenti rilievi, bisogna concludere che l'esclusione convenzionale della risoluzione in caso d'impossibilità temporanea sia affetta da nullità, in quanto contrasti con il principio dell'inammissibilità di vincoli di subordinazione a tempo indefinito.

A completamento del discorso sulle clausole d'irrisolubilità, bisogna considerare il caso che le parti manifestino la volontà di escludere preventivamente la risoluzione per eccessiva onerosità.

Nell'apparato decisorio predisposto dalla legge (c.d. regime legale), in caso di eccessiva onerosità di una prestazione/squilibrio sopravvenuto tra il valore delle prestazioni, il potere della parte svantaggiata di chiedere la risoluzione è escluso se ricorrono le condizioni indicate dalla previsione della *reductio ad aequitatem* di cui all'art. 1467, comma 3, c.c.: la volontà della parte avvantaggiata; la modifica/sostituzione/integrazione delle attribuzioni programmate con attribuzioni simili, ma di egual valore. Bisogna notare che la suddetta soluzione ordinatoria bilancia la perdita per la parte svantaggiata del potere di chiedere la risoluzione con il riconoscimento del suo diritto ad attuare un'operazione economica con minori sacrifici o con

Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Flamini* a cura di R. FAVALE e L. RUGGERI, Napoli, 2020, 201 ss., spec. 206 s.). In tal senso, è corretto ritenere che sussistessero gli estremi perché si attivassero le determinazioni concepite per l'impossibilità temporanea. In un simile apparato decisorio, si sarebbero potute pretendere giudizialmente le vicende della sospensione del pagamento dei canoni e, in caso d'indennità pagate dallo Stato al commerciante-affittuario, del reintegro della perdita subita dal locatore in base alla formula dell'ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c.

⁴⁴ Nell'immediato si attiva la regola che i contraenti sono esonerati dalla responsabilità in caso di rifiuto di eseguire la prestazione (anche quella possibile) richiesta dall'altra parte (c.d. inesigibilità delle prestazioni/inapplicabilità della disciplina della *mora debendi*). Sul punto, F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, cit., 360.

maggiori vantaggi patrimoniali rispetto a quelli comportati dalle attribuzioni originariamente convenute. Essendo preventivamente esclusa la risoluzione per volontà delle parti, invece, non avrebbe modo di operare la tecnica della *reductio ad æquitatem* e, surrettiziamente, il contraente svantaggiato sarebbe privato del diritto ad ottenere un riequilibrio dell'operazione economica. Nei contratti B2C, considerando l'idoneità a sottrarre al consumatore una tale tutela, sarebbe corretto riferire ad una siffatta clausola la qualifica di vessatorietà *ex art. 33, comma 1, cod. cons.*

Una valutazione più articolata si delinea, là dove il patto di escludere la risoluzione per eccessiva onerosità acceda ad un contratto B2B. Una simile clausola, si è detto, autorizza, virtualmente, il giudice ad adottare la decisione di riconoscere l'esistenza dell'obbligo di eseguire le attribuzioni promesse senza alcun riequilibrio. Nel contesto dei rapporti tra imprese, questo evento pratico-economico presenta i caratteri di un'allocatione del rischio contrattuale funzionale a una neutralizzazione del rischio dell'impresa, la quale (a seconda dei casi) fornisca ovvero acquisti per il futuro taluni prodotti suscettibili di grandi oscillazioni di valore sui mercati (ad es., forniture petrolifere). Bisogna notare, però, che, in questo contesto, i sacrifici per la parte svantaggiata sono virtualmente indefiniti. Se essi sono circoscritti attraverso l'impiego di modelli attuariali e inquadrati in un sistema d'impresa di gestione collettiva dei rischi individuali, la distribuzione del rischio presenta, comunque, i caratteri dell'alea 'razionale'⁴⁵. Pertanto, l'accordo risulterebbe supportato da un'idonea funzione assicurativa⁴⁶. La lettera dell'art. 1469 c.c., facendo riferimento alla "aleatorietà per volontà delle parti", tuttavia, sembrerebbe ammettere la clausola d'irrisolubilità indipendentemente dalla razionalità della distribuzione del rischio⁴⁷. In tali circostanze, però, stando all'evoluzione dell'esperienza giuridica, risulta alquanto arduo individuare una funzione (distinta dal gioco e dalla scommessa) in grado di soddisfare il requisito causale necessario ad escludere la nullità dell'accordo ai sensi del comb. disp. artt. 1322, n. 2, c.c. e 1418, comma 2, c.c.⁴⁸.

⁴⁵ V. *retro*, nota 41.

⁴⁶ V. *retro*, nota 42.

⁴⁷ Per il riferimento della previsione legale della "aleatorietà volontaria" alla circostanza concreta dell'esistenza di un accordo preventivo di esclusione della risoluzione per eccessiva onerosità, v. B. SIRGIOVANNI, *op. cit.*, 13. Specificamente, ella asserisce che: "Nella risoluzione per eccessiva onerosità è, infatti, lo stesso legislatore nazionale che, attraverso l'istituto dell'aleatorietà per volontà delle parti di cui all'art. 1469 c.c., contempla la possibilità per le stesse di escludere l'applicazione delle disposizioni sulla risoluzione entro la misura del rischio da queste assunto".

⁴⁸ Diversamente, R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* a cura di R. Sacco, 4^a ed., Torino, 2016, 1681 ss., reputa l'operatività del criterio di giudizio della validità dell'accordo di preventiva

5. – In sintesi, considerando gli obiettivi di politica del diritto da realizzare, a seconda dei contesti, si giustifica sia il ricorso al criterio di giudizio dell'ammissibilità di patti di esclusione preventiva della risoluzione per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità, sia l'adozione dell'opposta determinazione giudiziale di negare l'impegnatività di un simile accordo. Un così variegato ordine di valutazioni è, evidentemente, incompatibile con quello desumibile, ricorrendo ai contrapposti argomenti che le statuizioni legali sulla risoluzione abbiano natura di norme imperative (*mandatory rules*) ovvero che esse costituiscano delle norme derogabili (*default rules*)⁴⁹. Infatti, avanzando il (pre)concetto della natura di norme imperative delle disposizioni sulla risoluzione⁵⁰, si attiverebbe, in ogni caso, la soluzione della nullità delle clausole d'irrisolubilità. Simmetricamente, sollevando il rilievo della loro natura di norme dispositive/suppletive⁵¹, opererebbe, automaticamente, il canone della piena vincolatività delle clausole d'irrisolubilità.

Dal punto di vista della teoria generale, il sintagma che le disposizioni sulla risoluzione non costituiscano norme imperative sottende la rappresentazione che le vicende, le quali sono predisposte dalla legge per attivarsi al cospetto di un contratto, non muovono dall'esigenza di perseguire soltanto interessi superindividuali. Specularmente, il rilievo che

esclusione della risoluzione per eccessiva onerosità senza particolari limiti. Con riferimento all'art. 1467 c.c., egli afferma che: "Le regole in questione non sono norme di diritto pubblico. Le parti possono escluderne l'applicazione".

⁴⁹ All'opposto, B. SIRGIOVANNI, *op. cit.*, 19 ss., 78 ss., 95 ss. e 148 ss., ritiene che l'analisi degli interessi consenta di dirimere "il problema della imperatività o dispositività della disciplina della risoluzione del contratto per inadempimento". In particolare, ella (81) prospetta la tesi che "attribuire alle norme sulla risoluzione per inadempimento natura dispositiva sembra, quindi, la lettura preferibile, proprio perché coerente sia con l'istituto della risoluzione del contratto per inadempimento, quale rimedio che realizza l'interesse privato alla liberazione dal vincolo, sia con il sistema complessivo, ricostruito anche sulla base delle discipline particolari".

⁵⁰ Detta qualifica è evocata da G. AULETTA, *op. cit.*, 137 ss.

⁵¹ Un simile argomento è sollevato in maniera coerente, per ammettere la validità dei patti sull'irrisolubilità, da B. SIRGIOVANNI, *op. cit.*, 81. Sulla medesima linea argomentativa si pone anche E.M. CICONI, *op. cit.*, 323, secondo il quale "poiché l'opinione maggioritaria riconosce la natura disponibile del diritto alla risoluzione, una volontaria privazione di un tale potere non potrebbe dirsi in principio preclusa". Più sfuggente, invece, appare la ricostruzione di R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, 935 s., il quale, da un lato, avanza il rilievo che "la risoluzione è prevista per l'interesse privato del contraente", dall'altro, tende a negare la validità della clausola d'irrisolubilità perché reputata contraria all'esigenza di evitare ingiustificati arricchimenti a favore del contraente inadempiente. D'altra parte, lo stesso illustre Maestro, negli scritti più recenti, ha dichiarato di aver rimodulato il proprio orientamento (cfr. R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* a cura di R. Sacco, cit., 1589 ss.).

le disposizioni sulla risoluzione non siano semplici norme dispositive/suppletive dimostra il concetto che gli eventi pratico-economici, i quali sono stabiliti dalla legge per operare in considerazione di un contratto, non sono del tutto indifferenti all'opportunità di soddisfare degli obiettivi superiori di civile convivenza. Una simile rappresentazione diverge dal paradigma della dialettica fatto/valore come fondamento dell'autonomia contrattuale, il quale rispecchia la rigida contrapposizione tra teorie soggettive-volontaristiche e teorie oggettive-normativistiche dell'autonomia contrattuale⁵². Piuttosto, la considerazione dell'intreccio inestricabile tra interessi egoistici e utilità sociali riflette la logica della sussidiarietà orizzontale: le vicende predisposte dalle parti sono riconosciute vincolanti a preferenza di quelle designate da una volizione eteronoma, se in tal modo si realizza al meglio l'obiettivo di promuovere l'ordinato sviluppo della convivenza civile⁵³.

Sotto il profilo sistematico, la suddetta impostazione gius-realistica diverge dall'idea che taluni aspetti dell'autonomia contrattuale (essenzialmente, il profilo del contenuto dell'operazione economica-assetto d'interessi da realizzare) siano, tendenzialmente, definiti dalla volontà dei contraenti, mentre altri aspetti (sostanzialmente, il profilo della vincolatività/non-vincolatività dell'operazione economica programmata) siano, quasi integralmente, rimessi ai comandi di una volizione eteronoma. Una simile rappresentazione è profondamente radicata nella tradizione dogmatica, anche se raramente esplicitata, e riceve eco, a livello legislativo, dalla lettera del disposto dell'art. 1322 c.c.⁵⁴. Nell'esperienza giuridica,

⁵² B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2016 [rist. anast., Napoli, 1958], *passim*, spec. 67 ss. e 73 s.

⁵³ F. MAISTO, *Subsidiarity and the New Frontiers of Freedom of Contract*, in *ItaLJ*, 2021, 731 ss.; ID., *Il (potenziale) ruolo del principio di sussidiarietà nell'espansione dell'autonomia contrattuale*, in *Dir. aff.*, 2021, 21 ss.

⁵⁴ In un'ottica di teoria generale, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corr. 2ª ed., Napoli, 1994 (rist. anast. Torino, 1950), 84 ss., spec. 85 s., sostiene che: "È di competenza dei singoli determinare, nei rapporti fra loro, gli scopi pratici da raggiungere e le vie da seguire nel dare assetto ai propri interessi. È di competenza dell'ordine giuridico sceverare e valutare alla stregua di finalità generali le categorie di interessi e scopi pratici che i singoli sogliono perseguire, prescrivendo ai loro atti le modalità e i requisiti di validità ed efficacia e ricollegandovi situazioni giuridiche congrue". Con riguardo a specifici apparati decisorii, significativo, innanzitutto, è il teorema prospettato da G. AULETTA, *op. cit.*, 172 s., secondo cui: "L'autonomia contrattuale ha il suo campo di maggiore esplicazione nel momento della costituzione dei rapporti giuridici [...]; la volontà dell'ordinamento diventa invece maggiormente, cogente nel momento della realizzazione degli stessi rapporti giuridici e della posizione delle sanzioni per assicurare la stessa osservanza del comando giuridico". Emblematica è anche la ricostruzione di G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 35, sul principio di tassatività dei

piuttosto, l'assunto che i dettagli dell'operazione economica (più in generale, dell'assetto d'interessi) da realizzare siano, tendenzialmente, riservati alle parti appare contraddetto dalla progressiva espansione delle tecniche d'integrazione e sostituzione degli effetti del contratto, le quali si attivano anche in casi non espressamente previsti dalla legge⁵⁵. Specularmente, il costruito che le vicende concernenti la vincolatività ovvero la non-vincolatività dell'operazione economica programmata siano stabilite da una volizione eteronoma risulta contraddetto, da un lato, dal criteri di giudizio dell'ammissibilità di procedimenti di formazione del contratto convenzionali

procedimenti di formazione del contratto predisposti dalla legge. In particolare, il suddetto a. asserisce che: "l'autonomia privata è essenzialmente potere di foggare tipi diversi. Non procedimenti. La possibilità di concludere contratti innominati non esclude, anzi suppone il rispetto dei presupposti di validità e delle tecniche che la legge richiede".

⁵⁵ Di recente, tali ragionamenti applicativi sono sollecitati, soprattutto, dal ricorso alla tecnica dell'equità in funzione conformativa dell'autoregolamento. Riguardo a tali fenomeni, R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, Milano, 2017, 27, evoca la categoria simile della "equità in funzione correttiva". Un'epifania di questo ragionamento applicativo è data dalle (discusse) decisioni di Corte cost., (ord.) 21 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, 382, e Corte cost., (ord.) 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, 2035, statuenti la regola dell'ammissibilità della riduzione officiosa della caparra manifestamente iniqua. La portata dirompente di queste decisioni (sia pure in senso critico) è sottolineata da C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 47 ss. Ad una valenza conformativa/correttiva dell'equità si potrebbe ricondurre anche la pronuncia di Cass., 25 febbraio 2021, n. 5259, in *Foro it.*, 2021, I, c. 1669, la quale prospetta l'azionabilità del criterio di giudizio del riconoscimento al giudice di un potere di sostituire una clausola *claims made* di un contratto di assicurazione della responsabilità civile effettivamente convenuta con altra clausola *claims made*, rinvenibile nell'ordinamento, in grado di assicurare un maggior equilibrio dell'assetto degli interessi predisposto dai contraenti. Altro campo virtuale di esplicazione della tecnica dell'equità conformativa è costituito dalle determinazioni precettive applicabili in caso di valutazione non veritiera del metodo creditizio. È stata specificamente presa in considerazione l'ipotesi che, nell'erogazione di un mutuo ipotecario per l'acquisto di un immobile, la banca, in maniera abusiva, abbia accordato al cliente una valutazione eccessivamente positiva (T.V. RUSSO, *Valutazione ingannevole del merito creditizio e intervento perequativo del giudice nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Contr. impr.*, 2020, 1487 ss.). In tali circostanze, il giudice sarebbe legittimato ad adottare la soluzione ordinatoria di costringere le parti a delle condotte, le quali consistono nella restituzione del prestito secondo un piano di ammortamento più conveniente (e quindi) effettivamente sostenibile dal consumatore (cfr. T.V. RUSSO, *op. cit.*, 1511 ss., il quale, tuttavia, riconduce simili determinazioni alla tecnica della nullità di protezione). In mancanza di un'espressa previsione di legge, una tale (potenziale) decisione giudiziale costituisce un'epifania dell'impianto valutativo sintetizzato dalla categoria dell'equità *in executivis* (i.e. in grado di conformare le attribuzioni patrimoniali poste alla base dell'operazione economica programmata).

anche in casi non previsti dalla legge⁵⁶, dall'altro, dall'assunto della validità di rimedi convenzionali anche in mancanza di un'espressa previsione di legge⁵⁷ o, come nel caso delle clausole d'irrisolubilità, dell'esclusione per volontà degli interessati di talune delle vicende rimediali espressamente previste dalla legge.

In conclusione, dai precedenti rilievi emerge il profondo impatto sul sistema dell'autonomia contrattuale potenzialmente esercitato da una ricostruzione gius-realistica, la quale risolva in modo selettivo la *quæstio juris* della valenza delle clausole d'irrisolubilità per mezzo di rilievi riconducibili alla logica della sussidiarietà "orizzontale".

Abstract

⁵⁶ Per la teoria che, in presenza di un accordo di configurazione compatibile con il principio di ordine pubblico economico della bilateralità dell'accordo, si attivi la determinazione della vincolatività delle attribuzioni programmate da manifestazioni di volontà divergenti dai procedimenti di formazione del contratto predisposti dalla legge (c.d. teoria dell'autonomia privata procedimentale), A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2002, 26 ss. Taluni snodi fondamentali risultano già prefigurati da SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 80 ss., il quale aveva, in tempi risalenti, formulato, con fermezza, l'assunto che "sussiste un principio di autonomia di configurazione del procedimento di formazione di un contratto". Nel medesimo filone, s'inseriscono anche le riflessioni più recenti di A. URSO, *Autonomia privata e procedimenti di formazione del contratto*, in *Pers. e Merc.*, 2010, 58 ss. A questo filone dottrinale va, sicuramente, riconosciuto il merito di aver concepito l'assioma della inesistenza/derogabilità del principio di tassatività dei procedimenti legali di formazione del contratto, anche se, personalmente, non condivido talune delle soluzioni prospettate dalla teoria dell'autonomia privata procedimentale. Sul piano sistematico, infatti, a mio modesto avviso, non appaiono altrettanto convincenti, soprattutto, due linee argomentative: l'eccessiva sovrapposizione tra il paradigma dei procedimenti "convenzionali" di formazione del contratto, i quali, in vero, possono essere anche tipizzati dal legislatore, e quello dei procedimenti "atipici" di formazione del contratto, i quali, in una prospettiva gius-realistica, possono anche essere desunti, in mancanza di un previo accordo tra le parti, dall'applicazione di principi e clausole generali (considerazioni in parte simili, sia pure in un'ottica affatto diversa, sono svolte da G. CONTE, *Sulla libertà dei privati di configurare il procedimento di formazione del contratto: rimeditando la lezione di Salvatore Romano*, in *Giust. civ.*, 2017, 591 e 599); l'attribuzione al principio dell'accordo dei crismi dell'inerenza all'"ordine pubblico economico", il quale preclude la determinazione della vincolatività delle attribuzioni programmate da negozi unilaterali "atipici" ovvero da atti autoregolamentari complessi non-contrattuali (per approfondimenti, F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016, 47 s.).

⁵⁷ F. MAISTO, *Punitive Damages under the Lens of Constitutionality: the Role of the Hierarchy of Values*, cit., 172 ss.; ID., *I risarcimenti punitivi nella responsabilità da atto illecito e nella responsabilità per inadempimento*, cit., 133 ss.

**“NON-TERMINATION CLAUSES” THROUGH THE PRISM OF THE
PRINCIPLE OF THE SUITABILITY OF CONTRACTUAL REMEDIES**

L’operatività della regola della validità di una clausola d’irrisolubilità dipende dagli obiettivi di politica del diritto perseguiti attraverso la tecnica rimediale della risoluzione del contratto. L’analisi comparativa degli interessi in gioco dimostra l’opportunità di ricorrere selettivamente alla formula dell’ammissibilità della clausola, quando essa acceda a un contratto tra professionisti o, più in generale, a un contratto tra pari.

The validity of “non-termination clauses” (approximately “sole remedy clauses”) depends on the public policy goals achieved through the termination of contracts. According to the analysis of interests, such a clause is valid in certain circumstances, when it concerns contracts created between business entities (B2B).
