

NUMERO 2 - 2014

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

Fabio Padovini

SCIOGLIMENTO UNILATERALE DEL VINCOLO FRA RECESSO E
IMPUGNAZIONE DEL CONTRATTO NELLA PROPOSTA DI DIRITTO
COMUNE EUROPEO DELLA VENDITA



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

GUIDO ALPA

I “principi generali del diritto civile” nella giurisprudenza della Corte di Giustizia . p.325

FABRIZIO DI MARZIO

Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali p.339

ENRICO DEL PRATO

Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato p.381

GIOVANNI DORIA

Pluralismo e verità della legge p.393

MARIO LIBERTINI

Contratto di rete e concorrenza p.405

MICHELE PERRINO

La “crisi” delle procedure di rimedio al sovraindebitamento (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti) p.435

ANTONIO JANNARELLI

La disciplina delle distanze tra costruzioni tra interessi generali “deboli” ed interessi privati “forti” p.469

FABIO PADOVINI

Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europeo della vendita p.495

ANDREA FUSARO

Linee evolutive del diritto successorio europeo p.509

FEDERICO ROSELLI

La salvaguardia delle ragioni del creditore. Bilanciamento di interessi p.565

ANDREA PANZAROLA

L'interruzione della prescrizione nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa irrogata da Autorità amministrative indipendenti p.589

Gli Autori di questo fascicolo p.322

Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europeo della vendita

Il contributo muove dal rilievo che nell'ordinamento italiano lo strumento tradizionale per lo scioglimento del contratto nel caso di inadempimento o di sopravvenienze rilevanti è rappresentato dalla sentenza e dalla constatazione che questa soluzione non è ritenuta soddisfacente dal mercato.

Il lavoro sottolinea che la CESL preferisce la diversa strada della dichiarazione di volontà stragiudiziale, la cui applicazione è estesa ai vizi della volontà. Di questo strumento è analizzata la compatibilità con l'ordinamento italiano e viene segnalata l'utilità interpretativa per orientare già oggi il giurista (italiano) anche nella prospettiva dell'armonizzazione in ambito europeo.

The article begins from the idea that Italian law foresees a judicial decision as the main tool for the termination of a contract, both in the case of non performance and in the case of hardship, in addition to an acknowledgment that this solution is not appreciated by the market. The article underlines that CESL prefers a different tool, which is a unilateral declaration of one of the

parties that applies also to mistake, fraud etc. The author then verifies to what extent this solution is coherent with Italian law and then stresses how it may be useful in interpreting actual Italian law in the perspective of harmonization within the European framework.

Sommario: 1. La divaricazione tra disciplina dettata dal codice civile italiano e prassi operativa: ad esempio, in tema di sopravvenienze del rapporto o mezzi di risoluzione stragiudiziale del contratto (per inadempimento). – 2. La proposta di un diritto comune europeo della vendita: generale applicazione del recesso unilaterale quale rimedio nei confronti di vizi originari e sopravvenuti del contratto. – 3. (*Segue*): perdurante previsione delle figure del recesso penitenziale (dai contratti dei consumatori) e del recesso determinativo (dai contratti di durata senza termine). – 4. (*Segue*): pregi dello strumento negoziale (recesso) rispetto allo strumento giudiziale (sentenza) di scioglimento del vincolo. – 5 (*Segue*): compatibilità della dichiarazione unilaterale anche con la disciplina sui vizi originari. – 6. (*Segue*): profili di criticità; modestia dei termini di decadenza, assenza di un regime delle eccezioni, tendenziale abbandono degli effetti restitutori reali. – 7. Considerazioni conclusive: crescente rilievo delle forme di scioglimento unilaterale del vincolo ed opportunità di circolazione del modello.

1. - La divaricazione tra disciplina dettata dal codice civile italiano e prassi operativa: ad esempio, in tema di sopravvenienze del rapporto o mezzi di risoluzione stragiudiziale del contratto (per inadempimento).

La proposta di diritto comune europeo della vendita ha sin qui suscitato, fra gli interpreti italiani, un dibattito vivace ma concentrato su questioni generali, anzitutto di metodo, mentre sono rimasti nell'ombra i contenuti specifici della disciplina ¹.

¹ Cfr. nella dottrina italiana: G. ALPA, *Cesl, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 147; M.R. MAUGERI, *Il controllo delle clausole abusive nei contratti fra imprese: dal modello delineato nei par. 305 ss. del BGB a quello della CESL*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 109; R. PELLEGGI, *Il futuro dritto comune europeo della vendita («CESL»): reale competitore o (mero) doppione della Convenzione di Vienna?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, 983; P. SIRENA, *Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 608; G. AJANI, *Un diritto comune europeo della vendita? Nuove complessità*, in *Contr. impr. EU*, 2012, 71; G. ALPA, *Cesl, Fundamental Rights, General Principles, Rules of Contract Law*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 837; M. BASILE, *Un diritto europeo della vendita come "secondo regime" a carattere facoltativo?*, in *Giust. civ.*, 2013,

Ora, tante sono le soluzioni tecniche che appaiono innovative per il giurista italiano e fra di esse spiccano quelle dedicate ai mezzi di impugnazione del contratto, dove il legislatore europeo predilige i modelli stragiudiziali assimilabili al recesso unilaterale, così consentendo di superare la distanza che separa, in questo ambito, il diritto interno dalla realtà economica.

Da tempo si registra, invero, nell'ambito delle regole su vincolatività e cause di scioglimento del contratto, una pluralità di divaricazioni fra disciplina positiva dettata dal codice civile italiano ed esperienza pratica nel mondo degli affari.

Un primo paradigma è rappresentato dallo iato che distingue il codice civile italiano rispetto alle soluzioni convenzionali quando il rapporto incontra sopravvenienze rilevanti. La soluzione legislativa è, in linea di principio, conformata sul modello della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), dove i presupposti rilevanti sono rappre-

75; C. BUSCH, *Scope and content of an optional European Contract Law*, in *Contr. impr. EU*, 2012, 193; C. CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Eu. e dir. priv.*, 2012, 289; G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contratti*, 2012, 611; G. DE CRISTOFARO, *Il (futuro) "Diritto comune europeo" della vendita mobiliare: profili problematici della Proposta di Regolamento presentata dalla Commissione UE*, in *Contr. impr. EU*, 2012, 358; E. FERRANTE, *Diritto privato europeo e Common European Sales Law (CESL). Aurora o crepuscolo del codice europeo dei contratti?*, in *Contr. impr. EU*, 2012, 461; M. FRANZONI, *Dal codice europeo dei contratti al regolamento sulla vendita*, in *Contr. impr. EU*, 350; F. GALGANO, *Dai Principi Unidroit al Regolamento europeo sulla vendita*, in *Contr. impr. EU*, 2012, 1; G. HOWELLS, *Cesl - a conscientious objector*, in *Contr. impr. EU*, 2012, 312; M. MELI, *Proposta di regolamento - Diritto comune europeo della vendita*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 183; F.P. PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Eu. e dir. priv.*, 2012, 1007; M. PIERS-C. VANLEENHOVE, *The Common European Sales Law. A critical assessment of a valuable initiative*, in *Contr. impr. EU*, 2012; G. PONGELLI, *La proposta di regolamento sulla vendita nel processo di creazione del diritto privato europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 665; R. ROLLI, *La proposta di regolamento europeo sulla vendita nel processo di codificazione europea*, in *Contr. impr. EU*, 2012, 373; P. SIRENA, *Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, in *Contratti*, 2012, 634; P. STANZIONE, *Il regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, in *Contratti*, 2012, 624; K. TONNER, *CESL [Common European Sales Law] and consumer contract law: integration or separation?*, in *Contr. impr. EU*, 2012, 316; F. TRUBIANI, *Proposta di un regolamento opzionale comune in tema di compravendita (CESL) e tutela delle PMI*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 894; A. ZACCARIA, *La Commissione sale in cattedra. Basta con i diritti nazionali, solo anticaglie: tutti a scuola di "diritto comune europeo della vendita"*, in *Contr. impr. EU*, 2012, 173; N. ZORZI GALGANO, *Dal Codice europeo dei contratti al Regolamento della vendita: la logica del sistema, anche con riferimento alla protezione del consumatore*, in *Contr. impr. EU*, 2012, 239; S. ZORZETTO, *The Common European Sales Law: a case Study on uniformity and feasibility in European Legal System*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 565; C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eu. e dir. priv.*, 2011, 837.

sentati da fatti gravi ed imprevedibili, cioè da fatti oggettivamente eccezionali, mentre la riconduzione del vincolo all'equità è rimessa all'iniziativa unilaterale di una sola parte e non ad un'iniziativa congiunta di entrambe le parti né all'intervento sostitutivo di un terzo, ad esempio ed anzitutto del giudice.

Il mondo degli affari propone, invece, clausole di adeguamento o di rinegoziazione, che sono ben spesso articolate quanto a contenuti e nella disciplina, con la individuazione di una pluralità di presupposti e di meccanismi, non di rado destinati a sfociare nell'intervento di terzi, i quali provvedono, in difetto di accordo fra le parti, ad individuare il nuovo equilibrio fra le prestazioni ².

Un secondo paradigma è rappresentato dalla soluzione offerta dal codice civile italiano per l'inadempimento nei contratti a prestazioni corrispettive, dove lo strumento di generale applicazione è rappresentato dalla risoluzione giudiziale (art. 1453 c.c.), all'esito di un giudizio di cognizione, piuttosto che la diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), la quale esige in ogni caso l'assegnazione di un congruo termine, la cui ampiezza è suscettibile di verifica giudiziale.

Il mondo degli affari propone, invece, un uso intensivo delle clausole risolutive espresse (di cui all'art. 1456 c.c.), che oramai campeggiano in qualsiasi contratto e consentono lo scioglimento immediato del vincolo con la sola dichiarazione della parte che se ne avvale ³. Anzi, la pratica ha elaborato – trovando consensi – una specifica declinazione della condizione (risolutiva) in senso proprio (art. 1353 c.c.), là dove ha coniato la figura della condizione di inadempimento, la quale provoca lo scioglimento del rapporto al verificarsi del mero fatto oggettivo rappresentato dall'inadempimento, in modo automatico e con efficacia retroattiva, così cancellando il vincolo ⁴.

² Fra i tanti v.: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, 774 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, 667; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006.

³ Su questo tema v. già: C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, 1997; M. GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998.

⁴ Il riferimento è ad G. AMADIO, *La condizione di inadempimento: contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996.

La divaricazione appena segnalata non suscita, anzi, soltanto motivi di insoddisfazione per l'interprete, che deve registrare l'inadeguatezza dell'ordinamento italiano nel dettare soluzioni legislative coerenti rispetto alle esigenze della società e la necessità per gli operatori di un uso intensivo dell'autonomia privata: la stessa divaricazione porta con sé problemi ermeneutici ed applicativi.

Con riferimento al primo dei due profili appena segnalati – quello ermeneutico – è facile ricordare che è tuttora dibattuta la portata e la rilevanza dell'obbligo di rinegoziazione, anzitutto ove previsto dal contratto, nel caso di sopravvenienze rilevanti. Ci si chiede, cioè, se il rimedio, nel caso di ostruzionismo di una parte, sia risarcitorio – dubbio essendone anche il contenuto – o se possa giungersi ad un intervento sostitutivo del giudice, come il diritto positivo consente nel caso di inadempimento dell'obbligo di concludere un contratto (art. 2932 c.c.)⁵.

Con specifico riferimento al secondo dei due profili – quello applicativo – è noto che tuttora si discute circa la sfera di applicazione del recesso per giusta causa, senza il riconoscimento di alcun termine di preavviso. Esso è, invero, riconosciuto dal legislatore, ma soltanto in ipotesi determinate, come il rapporto di lavoro ed il contratto di apertura di credito, ma non con una regola di applicazione generale, anche se prevale l'idea che nei contratti di durata il recesso per giusta causa abbia pieno spazio, pur dove manchi una disposizione espressa, risultando così direttamente applicabile, ad esempio, nel contratto di somministrazione dove il codice conosce soltanto il cosiddetto recesso determinativo, cioè il recesso nei contratti a tempo indeterminato e senza termine finale (art. 1569 c.c.), con il necessario riconoscimento di un preavviso, a tutela della parte che subisce lo scioglimento del rapporto⁶.

⁵ Ad es. cfr.: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 419 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, cit., 181 ss.

⁶ Anche per ulteriori rinvii v. F. PADOVINI, *Risoluzione e recesso*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 86.

2. - La proposta di un diritto comune europeo della vendita: generale applicazione del recesso unilaterale quale rimedio nei confronti di vizi originari e sopravvenuti del contratto.

Oggi la proposta di diritto comune europeo della vendita (CESL – Common European Sales Law) – sulla falsariga di quanto suggerivano il *Draft of Common Frame of Reference* e, da ultimo, il *Feasibility Study* della primavera 2011 – preferisce soluzioni radicalmente diverse.

La reazione nei confronti di vizi genetici o sopravvenuti è sempre affidata alla dichiarazione unilaterale di una parte, anche se lo strumento può assumere, volta per volta, denominazioni diverse. Quanto ai vizi della volontà, che consentono l'annullamento del contratto, la manifestazione di volontà è denominata “*notice of avoidance*” o “comunicazione dell'annullamento” (cfr. art. 52 CESL). Quanto all'inadempimento, la manifestazione di volontà è denominata “*notice of termination*” o “comunicazione della risoluzione” (cfr. artt. 118 e 138 CESL). Al di là delle varianti terminologiche, in entrambi i casi si tratta di atti recettizi, che provocano lo scioglimento del contratto una volta giunti a conoscenza o, quanto meno, giunti nella sfera di conoscibilità della parte destinataria, senza il decorso di alcun termine né lo svolgimento di alcuna attività ulteriore.

Così insegna, invero, la disciplina dettata dal precedente art. 10 CESL – dedicata a «qualunque dichiarazione destinata a produrre effetti giuridici» – secondo cui «la comunicazione ha efficacia dal momento in cui perviene al destinatario, salvo che ne sia prevista l'efficacia differita», precisando che «la conoscibilità è equiparata alla conoscenza (...) quando (la comunicazione) è altrimenti messa a disposizione del destinatario in un luogo e secondo modalità tali che questi vi possa ragionevolmente accedere senza ingiustificato ritardo».

3. - (*Segue*): perdurante previsione delle figure del recesso penitenziale (dai contratti dei consumatori) e del recesso determinativo (dai contratti di durata senza termine).

Questa ampia sfera di applicazione riservata all'atto unilaterale, quale mezzo di reazione avverso vizi, genetici e sopravvenuti, del contratto, non

toglie spazio al recesso nelle sue configurazioni classiche⁷. In primo luogo, è riconosciuta ad entrambe le parti del rapporto la facoltà di esercitare il recesso cosiddetto determinativo: nei contratti di durata, senza termine o perpetui, a ciascuna parte è consentito di recedere (*to terminate*) con un ragionevole termine di preavviso, la cui entità è – dal punto di vista del nostro ordinamento – contenuta, perché non deve essere superiore a due mesi (cfr. art. 77 CESL). In secondo luogo, è riconosciuto al consumatore il diritto (*right to withdraw*) di pentirsi del contratto già concluso, con la facoltà di recedere liberamente dal contratto appena stipulato (art. 40 CESL) ove si tratti di contratti a distanza o di contratti negoziati fuori dei locali commerciali. Di nuovo la declinazione terminologica è diversa nel testo inglese, ma lo scioglimento del vincolo è pur sempre affidato ad un atto negoziale, anche se mancano sia una nozione generale sia una disciplina analitica del recesso unilaterale quanto ad effetti e forme⁸.

Un limite all'impiego dello strumento unilaterale vi è soltanto nell'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta per mutamento – sopravvenuto, non prevedibile ed estraneo al rischio gravante sulle parti (art. 89, comma 3, CESL) – delle circostanze (cfr. art. 89 CESL), dove sorge, a carico delle parti, l'obbligo di avviare trattative intese a modificare o risolvere il contratto. In difetto di accordo è previsto un intervento giudiziale, con due sbocchi alternativi: la modificazione del contratto in modo da renderlo conforme a quanto le parti avrebbero ragionevolmente convenuto al momento della sua conclusione se avessero tenuto conto del mutamento di circostanze; oppure la risoluzione del contratto, fissandone la data di efficacia e le condizioni⁹.

⁷ Il riferimento è a G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985.

⁸ Ad esempio sull'attuazione della direttiva 2011/83/UE v.: G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui «diritti dei consumatori»: l'ambito di applicazione e la disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto*, 2011, Torino, 2012, 30; M. GRANDI, *Lo jus poenitendi nella direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*, in *Contr. impr. EU*, 2013, 45.

⁹ Da ultimo, sul tema v.: E. GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato. Il contratto in generale*, VIII, 2, *La risoluzione*, Torino, 2011, 341; P. GALLO, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Id.*, *Trattato del contratto*, 3, *I rimedi - La fiducia - L'apparenza*, Torino, 2010, 2277; A. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2010.

4. - (Segue): pregi dello strumento negoziale (recesso) rispetto allo strumento giudiziale (sentenza) di scioglimento del vincolo.

La proposta di diritto comune europeo della vendita punta, insomma, sul superamento del modello che postula la mediazione giudiziale, consacrata dalla natura costitutiva della sentenza, e preferisce l'impiego dello strumento stragiudiziale, rappresentato da una mera manifestazione di volontà.

La soluzione appare meritevole di valutazione positiva per una pluralità di ragioni.

Qui basti rilevare che la dichiarazione unilaterale costituisce strumento molto più agile nel suo esercizio materiale, concretandosi in una mera comunicazione, fra l'altro libera nella forma, purché il mezzo sia «appropriato alle circostanze» (art. 10, comma 2, CESL); consente il superamento dei tempi di un giudizio di cognizione, ma anche dei costi che esso genera; supera il problema del concorso fra azioni, di annullamento e di risoluzione, tant'è vero che è espressamente ammesso il cumulo dei rimedi (art. 57, CESL), fra i quali – in presenza delle circostanze necessarie – la parte legittimata può liberamente scegliere quale esperire. Per altro profilo, la dichiarazione unilaterale opera con efficacia immediata, spazzando via il binomio efficacia-definitività proprio alle sentenze costitutive, come sono quelle di annullamento e di risoluzione di un contratto, in relazione alle quali lo scioglimento del vincolo è efficace, sia pure retroattivamente, appena con il passaggio in giudicato del provvedimento giudiziale, e relega sullo sfondo la domanda, oggi assai sentita nell'esperienza italiana, circa l'ammissibilità o no di un'efficacia provvisoria – sul modello delle sentenze di condanna – per le sentenze costitutive dopo il primo grado del giudizio di merito ¹⁰.

In una parola, il passaggio dal diritto processuale – l'azione – al diritto sostanziale – il recesso – sposta il baricentro della disciplina e lo allontana

¹⁰ Ad es. cfr.: F. MARELLI, *L'esecutività della sentenza costitutiva è limitata ai soli capi di condanna accessori?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1100; L. ZAFFARONI, *La provvisoria esecutorietà dei capi condannatori delle sentenze costitutive di primo grado*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 649; G. IMPAGNATELLO, *Sentenze costitutive, condanne accessorie e provvisoria esecutorietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 751.

dalle strettoie del processo e dai confini del giudizio per riportarlo nella sfera di esercizio dell'autonomia privata.

Corollario coerente è il rilievo che la proposta di regolamento riconosce legittimità – fermi i limiti intrinseci propri ad alcuni vizi della volontà (come dolo, minacce ed iniquo sfruttamento), dove la natura estrinseca della causa di annullamento e la funzione di tutela per una parte del rapporto impongono una risposta negativa – alle clausole limitative delle impugnazioni (cfr. art. 56 CESL), che sono lecite nei rapporti tra professionisti non soltanto in relazione all'errore, ma anche quanto agli strumenti risolutivi ¹¹.

Una volta abbandonato il terreno dell'azione – dove lo Stato persegue la finalità di garantire l'applicazione del diritto oggettivo – è molto più facile, insomma, lasciare all'autonomia di riespandersi, fermi i limiti a tutela dei consumatori, in relazione ai quali il divieto delle clausole limitative è esteso (cfr. art. 56, comma 2, CESL) all'errore.

5. - (Segue): compatibilità della dichiarazione unilaterale anche con la disciplina sui vizi originari.

La scelta dell'atto unilaterale (al di fuori del processo) può forse suscitare dubbi nell'osservatore italiano circa la generalità della sua sfera di applicazione, soprattutto quanto ai vizi originari della volontà.

Ma il rilievo non merita di essere sopravvalutato. Anche nel sistema italiano, invero, la parte che ha subito il vizio può limitarsi ad eccepirne la sussistenza (art. 1442, comma 4, c.c.), senza chiedere la rimozione del vincolo, e affidarsi così ad un atto unilaterale ¹².

Anche nel sistema della proposta di diritto comune europeo lo scioglimento del vincolo per effetto dell'annullamento genera obblighi restitutori (cfr. art. 54, comma 3, CESL), in relazione ai quali la pretesa può essere fatta valere – ove contestata – soltanto in sede giudiziale.

¹¹ Per approfondimenti v. F. PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in G. VETTORI (a cura di), *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, 179.

¹² Anche per riferimenti v. G. GABRIELLI, *Temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 713.

La soluzione non espone, insomma, il soggetto legittimato ad impugnare – non meglio individuato: verosimilmente, la parte a cui tutela è costruito il rimedio – a pregiudizi di un qualche rilievo.

6. - (Segue): profili di criticità; modestia dei termini di decadenza, assenza di un regime delle eccezioni, tendenziale abbandono degli effetti restitutori reali.

Meno condivisibili appaiono alcune soluzioni sul piano della disciplina, anche in relazione alla compatibilità tra diritto comune europeo e regole di diritto interno italiano.

Un primo profilo è rappresentato dal regime per l'esercizio del diritto all'annullamento, che appare rigido nella proposta di diritto comune europeo, anzitutto quanto alle modalità temporali, giacché si parla di un termine esiguo, secondo i casi pari a sei mesi per l'errore e ad un anno per dolo, violenza ed iniquo sfruttamento (art. 52, comma 2, CESL), – pur se decorrente dalla conoscenza delle circostanze rilevanti – tra l'altro fissando così una soglia che, per la sua ristrettezza temporale, sembra avere natura decadenziale. Questa soluzione appare, per di più, incoerente rispetto alla disciplina dettata per la risoluzione (*termination*: artt. 119 e 139, CESL), dove la risoluzione deve essere dichiarata (non entro il termine di prescrizione del diritto, bensì) entro un termine ragionevole dal momento in cui il diritto è sorto o, se posteriore, da quello in cui il compratore o – secondo i casi – il venditore ha conosciuto od era ragionevolmente tenuto a conoscere l'inadempimento. Donde non soltanto un dubbio circa l'opportunità intrinseca delle scelte, divergenti – che contrappongono un termine fisso ad un termine mobile –, ma anche un dubbio quanto alla compatibilità fra regimi in caso di una pluralità di contratti collegati, di vendita e di altra natura, ad iniziare dalla locazione finanziaria.

Un secondo profilo è rappresentato dall'assenza di un regime generale dedicato alle eccezioni – di principio, non suscettibili di prescrizione nell'ordinamento italiano¹³ – che la proposta di diritto comune europeo della vendita non regola, ove sia prescritto il diritto all'annullamento: non

¹³ Cfr. ancora G. GABRIELLI, *Temporalia ad agendum*, cit.

è, invero, chiaro se esse possano invocarsi anche nell'ipotesi di decadenza dal diritto di sciogliere il vincolo. La parte che era legittimata a provocare l'annullamento del contratto mantiene, infatti, dopo il decorso del termine, espressamente soltanto il diritto ad ottenere il risarcimento del danno subito «a condizione che l'altra parte conoscesse o dovesse ragionevolmente conoscere le circostanze rilevanti» (art. 55 CESL). Con riguardo alla risoluzione, invece, la proposta di regolamento nella sostanza supera, invece, il problema grazie all'eccezione di inadempimento riconosciuta partitamente sia al venditore (art. 113 CESL) sia al compratore (art. 133 CESL).

Ma soprattutto, dubbia appare la disciplina degli effetti, conseguenti al venir meno del contratto¹⁴. In primo luogo, la restituzione reale rappresenta regola assai mitigata (cfr. artt. 172 e 173 CESL), perché alla parte obbligata è consentito di pagare il mero valore monetario «qualora la restituzione sia possibile, ma implichi difficoltà o costi eccessivi», con il solo limite del divieto di pregiudicare gli interessi patrimoniali dell'altra parte. Ma soprattutto, è addirittura prevista una «deroga equitativa» quando (cfr. art. 176 CESL) l'adempimento degli «obblighi di restituzione o pagamento» sia «manifestamente iniquo, valutando in particolare se la causa di annullamento o risoluzione sia imputabile alla parte di cui trattasi o se questa ne fosse a conoscenza».

Per altro verso, manca una disciplina che regoli gli effetti nei confronti dei terzi e l'opponibilità ad essi dello scioglimento del rapporto. Invero, i terzi sono sempre tutelati, poiché l'obbligo restitutorio reale viene meno quando non ne è possibile l'esecuzione (art. 173 CESL) e l'obbligo restitutorio da indebito oggettivo si converte nell'obbligo, in capo alla parte destinataria della prestazione originaria, di pagare alla controparte una somma di danaro avente pari valore. Ora, questa soluzione appare molto lontana da quella predicata nel diritto italiano – non per la risoluzione, dove gli effetti non sono opponibili ai terzi aventi causa – per i vizi genetici, dove, in particolare, l'acquirente di mala fede non è mai tutelato, anche se

¹⁴ Anche per approfondimenti di diritto interno v.: B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato*, 2° ed., Napoli, 2013; E. MOSCATI, *Studi sull'indebito e sull'arricchimento ingiustificato*, Padova, 2012; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010; A. ALBANESE, *La ripetizione dell'indebito nei modelli di civil law*, in *Contr. impr. EU*, 2007, 833.

a titolo oneroso. È ben vero che la proposta di diritto comune europeo si occupa soltanto di beni mobili [cfr. art. 2, lett. *h*), del regolamento], dove le regole sugli acquisti *a non domino* (cfr. art. 1153 c.c.) hanno di solito un effetto prevalente, ma è altrettanto vero che la soluzione così prescelta può diventare paradigma generale, con un esito insoddisfacente.

Fin da ora, ad ogni modo, questa soluzione appare difficilmente conciliabile – ove applicabile anche a questi beni – con la disciplina attuale sui beni mobili registrati, in relazione alla quale l'ordinamento italiano tuttora prevede la trascrizione delle domande giudiziali e l'opponibilità dello scioglimento del contratto ai terzi; sia pure con modalità diverse secondo che si tratti di vizi originari o sopravvenuti.

7. - Considerazioni conclusive: crescente rilievo delle forme di scioglimento unilaterale del vincolo ed opportunità di circolazione del modello.

Conclusivamente, la configurazione, offerta dalla proposta per un diritto comune europeo della vendita, dello scioglimento unilaterale del contratto come frutto di una dichiarazione unilaterale sembra soluzione condivisibile, rappresentando una ragionevole espansione del recesso unilaterale, con la recezione di modelli provenienti anche dalla prassi. Meno convincente appare la disciplina degli effetti, anche per il disagiata coordinamento con le regole nazionali, qui italiane: pur se essa appare coerente con la crescente preferenza di cui gode, anche nell'esperienza pratica, lo strumento risarcitorio a scapito della tutela reale. Donde l'opportunità di un affinamento per le soluzioni così proposte, nella prospettiva di uno strumento destinato ad essere non solo opzionale, ma soprattutto parziale quanto ad ambito di applicazione.

Al contempo, la proposta di un diritto comune europeo della vendita appare, per certo, un indice che può già oggi orientare l'operatore italiano sia nella costruzione dei modelli contrattuali da impiegare nell'esperienza concreta sia nell'interpretazione ed applicazione delle regole positive di diritto interno dedicate agli strumenti unilaterali di scioglimento del contratto. L'esplicazione dell'autonomia privata va insomma incoraggiata, sì da consentire la costruzione di una ampia gamma di declinazioni per il

recesso, cui al contempo va lasciato il massimo spazio possibile di esercizio in presenza di fatti che possano integrare una giusta causa, conseguendo in ogni caso il risultato di avvicinare il nostro ordinamento a modelli prevalenti nell'esperienza europea e di favorire la circolazione di strumenti capaci di stimolare lo sviluppo dei commerci con beneficio delle economie nazionali.