

NUMERO 2 - 2018

# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA  
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



**ESTRATTO:**

ENRICO GABRIELLI

I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino



GIUFFRÈ EDITORE

# Indice

---

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i> . . . . .	264
<b>ENRICO GABRIELLI</b>	
<i>I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino</i> . . . . .	267
<b>ENRICO QUADRI</b>	
<i>In margine ad una recente iniziativa parlamentare in materia di “accordi prematrimoniali”</i> . . . . .	291
<b>GIUSEPPE VALDITARA</b>	
<i>Alle radici del danno ingiusto.</i> . . . . .	317
<b>UBALDO PERFETTI</b>	
<i>La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato</i> . . . . .	359
<b>ROBERTO POLI</b>	
<i>Diritto alla prova scientifica, obbligo di motivazione e sindacato in sede di legittimità</i> . . . . .	417
<b>FEDERICO ROSELLI</b>	
<i>La dottrina del secondo dopoguerra sull’interpretazione giudiziale. Il contributo della giurisprudenza in materia di rapporto di lavoro</i> . . . . .	483

## I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino

---

Il nuovo Codice civile della nazione Argentina introduce per la prima volta la categoria dei contratti di durata. Appare un'occasione favorevole per svolgere alcune riflessioni comparatistiche tra la relativa configurazione e disciplina presente nel diritto italiano e in quello argentino.

267

*The new Argentine Civil Code introduces, for the first time, the category of long-term contracts. It gives us an excellent opportunity to make some comparative remarks upon the features and regulations of this particular category of contracts under Italian law and Argentine law.*

Sommario: 1. La categoria e la sua storia. – 2. La struttura del contratto. – 3. La regola di irretroattività delle prestazioni già eseguite e il concetto di “coppie di prestazioni”. – 4. L’ambito di applicazione della regola di irretroattività. – 5. Le prestazioni già eseguite. – 6. Patologie e rimedi. – 7. Gli effetti della “regola di irretroattività” nel diritto fallimentare. Il rimedio della trascrizione della domanda giudiziale di risoluzione.

## 1. - La categoria e la sua storia.

Nel codice civile italiano, diversamente dal Nuovo codice civile della Nazione Argentina, non esiste una nozione legislativa dei “contratti di durata”.

Le norme che possono essere ricondotte al concetto, ed alla categoria dogmatica che sotto quel *nomen* viene solitamente ricompresa, sono quelle che attengono per lo più ai contratti nei quali la esecuzione della prestazione dovuta dall’una all’altra parte si distende e protrae nel corso del tempo.

Tali schemi negoziali, nella parte generale del diritto dei contratti, trovano il proprio fondamento anzitutto nella categoria dei contratti a prestazioni corrispettive, i quali, a loro volta, non ricevono dal legislatore una propria ed autonoma definizione, ma vengono richiamati nel capo XIV del titolo terzo del libro quarto del codice civile, che si intitola “Della risoluzione del contratto”, all’interno del quale i numerosi articoli, che ai contratti di durata fanno espresso richiamo (artt. 1453, 1460, 1463, 1467), attengono, in coerenza con l’intitolazione del capo XIV, però tutti ad ipotesi di patologia del contratto.

L’iniziale elaborazione concettuale della categoria dei contratti di durata si deve, nella dottrina italiana, a Giuseppe Osti <sup>1</sup>, il quale agli inizi dello scorso secolo, anche sulla scia di contemporanee indagini svolte da autori

---

Il presente scritto è la relazione presentata alle *Jornadas Nacionales de Derecho Civil* svoltesi, dal 27 al 29 settembre 2017, in Argentina presso l’*Universidad Nacional de La Plata*. L’occasione rende ragione del tono discorsivo del testo.

<sup>1</sup> G. OSTI, *Contratto*, in *Nss. D.I.*, vol. IV, Torino, 1959, 496 ss.; ID., *Clausola rebus sic stantibus*, in *Nss. D.I.*, III, Torino, 1959; ID., *Appunti per una teoria della “soppravvenienza” (La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel diritto contrattuale odierno)*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 471 ss.; ID., *La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel suo sviluppo storico*, *ivi*, 1912, 1 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1973.

Sul tema si v. anche G. STOLFI, *Appunti sui contratti di durata*, in *Studi in onore di B. Scorza*, Roma, 1940; L. DEVOTO, *L’obbligazione ad esecuzione continuata*, Padova, 1943; G. OPPO, *I*

tedeschi, ne operò un primo tentativo di costruzione dogmatica, ma la sua evoluzione e più compiuta definizione appartiene al successivo studio di Giorgio Oppo specificamente intitolato “*I contratti di durata*”.

L'illustre giurista indicò che la fortuna dell'espressione “contratti di durata” è dovuta «più alla concisione che alla proprietà della formula. In senso proprio non è il contratto ma il rapporto che è di durata»<sup>2</sup>, poiché in questa tipologia di contratti il carattere della “durata” non riguarda il momento della formazione, ma quello dell'esecuzione, e quindi «non attiene al negozio come fonte del rapporto ma al rapporto come effetto del negozio. Dovrebbe dunque parlarsi non di contratti ma di *rapporti di durata*», ed anzi con maggior precisione terminologica di «*rapporti obbligatori di durata*»<sup>3</sup>.

Essi assurgono ad autonoma considerazione soprattutto alla luce dello specifico richiamo che il codice civile italiano ne opera quando disciplina i contratti ad esecuzione continuata e i contratti ad esecuzione periodica, soprattutto, per quanto attiene alla parte generale del diritto dei contratti, negli artt. 1360 (sulla retroattività della condizione), 1373 (sul recesso unilaterale), 1458 (sugli effetti della risoluzione per inadempimento), 1467 (sulla risoluzione per eccessiva onerosità) c.c.

Il contratto di durata rinviene, peraltro, una sua particolare forza espansiva e presenza sintomatica nella parte speciale del diritto dei contratti, sia tra quelli nominati nel codice civile, sia tra quelli contemplati nelle leggi cd. collegate al codice civile, come in questa seconda ipotesi, per limitarci ad un solo e significativo esempio, nel Testo unico bancario (d.lgs. 15 settembre 1993, n. 385) nell'art. 118 ove si parla di “contratti a tempo indeterminato” e di “contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato”, e nell'art. 119 ove la categoria viene riconosciuta secondo il proprio e tradizionale *nomen*: “contratti di durata”.

Lo studio dei contratti di durata nella letteratura italiana, dopo l'interesse suscitato nella prima metà del secolo scorso, si è però sostanzialmente

---

*contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 143 ss., 227 ss., e 1944, I, 17 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. III, *Obbligazioni e contratti*, Padova, 1992, 203.

<sup>2</sup> G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., 203.

<sup>3</sup> G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., 204.

affievolito <sup>4</sup>, assorbito forse dallo studio della più larga e comprensiva categoria dei contratti a prestazioni corrispettive nella quale i contratti di durata vengono ricompresi sul piano delle classificazioni.

Nel contesto del presente lavoro, segnatamente in ragione delle sue finalità, ci limiteremo però a qualche sintetica notazione relativa unicamente all'inquadramento della categoria nel diritto generale dei contratti, dove il tratto caratterizzante il "contratto di durata" viene individuato con riferimento al momento temporale dell'esecuzione del contratto, e quindi va collocato sul piano degli effetti dell'atto di autonomia privata.

L'opportunità di tale inquadramento sul piano sistematico non risolve, tuttavia, il duplice dubbio se il tempo <sup>5</sup>, e quindi il protrarsi del momento esecutivo della vicenda contrattuale costituisca il carattere fondamentale ed esaustivo della categoria, ovvero ne individui solo un aspetto di particolare rilievo, senza tuttavia coglierne per intero la nota di distinzione, e se ad ogni ipotesi di contratto ad esecuzione continuata e periodica corrisponda simmetricamente un unitario contratto di durata <sup>6</sup>, come viceversa sembrerebbe che accada nel Codice della Nazione Argentina, laddove nel primo comma dell'art. 1011 espressamente si dice che «*el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar*».

Il codice argentino, in tal senso, sembra infatti esplicitamente richiamare l'insegnamento della dottrina tedesca in tema di *Fixgeschäft*, laddove il tempo rappresenta un *Identitätsmerkmal* della prestazione dovuta <sup>7</sup>.

## 2. - La struttura del contratto.

La caratteristica essenziale dei contratti di durata consiste nel fatto che

---

<sup>4</sup> Vi fanno eccezione due studi abbastanza recenti, S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006; F. LONGOBUCCO, *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, Napoli, 2012.

<sup>5</sup> L'indubbia incidenza dell'elemento temporale nella struttura del contratto ha peraltro indotto una parte della dottrina a pensare che nella categoria vi possano rientrare anche quei contratti in cui il tempo, o meglio la modalità temporale di esecuzione della prestazione sia la nota distintiva dei contratti di durata (cfr. G. OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, cit., 251).

<sup>6</sup> G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., 205.

<sup>7</sup> Così J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, Tübingen, 1983, 81; nella letteratura italiana cfr. per tutti, A. DI MAJO, *Le modalità dell'obbligazione*, Bologna-Roma, 1986, 655.

essa obbedisce ad un principio generale e costante (art. 1458, comma 1, c.c.), secondo cui «la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite».

L'inefficacia sopravvenuta del contratto (verificatasi per una delle cause in tal senso previste dalla legge: avverarsi di una condizione risolutiva; recesso di una delle parti; risoluzione del contratto) pertanto non incide sulle prestazioni già eseguite, che quindi non devono essere restituite da chi le ha ricevute in adempimento dell'obbligazione altrui.

Il principio della irretroattività degli effetti della risoluzione – secondo cui essi non operano per le prestazioni già eseguite – si applica nei contratti a prestazioni corrispettive, soprattutto nel caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, che sono quelli che fanno sorgere obbligazioni di durata per entrambe le parti, ossia quelli in cui l'intera esecuzione del contratto avviene attraverso una serie di prestazioni da realizzarsi contestualmente nel tempo <sup>8</sup>.

Questa regola, che si deve anche alla riflessione di Osti <sup>9</sup>, diverge infatti da

---

<sup>8</sup> Per la delimitazione della loro nozione, cfr. di recente, G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in P. SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2007, 766.

<sup>9</sup> G. OSTI, *Contratto*, cit., 496 ss., secondo il quale «non cessa di essere ad esecuzione istantanea un contratto solo perché la prestazione di una delle parti, od eventualmente anche di entrambe, sia ripartita in più scadenze rateali, quando tale ripartizione sia pattuita per mera agevolazione dell'adempimento o per altra ragione di opportunità, come, ad es., nella ipotesi di una vendita in cui la consegna della merce o il pagamento del prezzo siano frazionati in esecuzioni parziali da aver luogo in successivi momenti di tempo: in tale ipotesi il termine apposto alla obbligazione di una o di entrambe le parti, come anche l'eventuale pluralità dei termini, ha natura di elemento accidentale in senso tecnico, non solo, ma ha anche carattere accessorio rispetto alle prestazioni *hinc inde* dovute, e non determina alcuna modificazione essenziale della disciplina del contratto (...). Ma vi sono prestazioni che per loro natura sono continuative, e di cui il tempo costituisce la misura quantitativa (uso di una cosa, *operae*): il tempo, o meglio la durata, in tale ipotesi è elemento essenziale di determinazione della prestazione, per la natura propria di questa. Inoltre vi sono prestazioni che in sé e per sé non sono per nulla continuative, che anzi si eseguono in modo istantaneo, ma che per contratto debbono essere ripetute periodicamente, o perché corrispettive di corrispondenti periodi singoli di controprestazioni continuative (canoni di affitto, mercedi), o perché dirette a soddisfare un bisogno che dal punto di vista economico presenta esso stesso il carattere della periodicità (forniture periodiche di beni di consumo, in relazione alla necessità di periodica provvista dei medesimi da parte del consumatore). (...) In tali contratti, il sinallagma, il rapporto di corrispettività che costituisce la causa del contratto, sussiste così tra il complesso delle prestazioni, cui le parti sono rispettivamente tenute l'una verso l'altra, quanto tra le singole prestazioni reciprocamente dovute per ogni singolo periodo; e ne è (...)

quella generale del diritto dei contratti che (salvo il caso del recesso nei contratti che ancora non abbiano avuto nemmeno un principio di esecuzione: art. 1373, comma 1, c.c.) stabilisce l'efficacia retroattiva di quelle cause e di quei fatti, e di conseguenza fa sorgere un effetto restitutorio in capo all'*accipiens* della prestazione in caso di dichiarata inefficacia del contratto e del rapporto.

Lo scioglimento dei contratti ad esecuzione continuata o periodica fa dunque salvo nel contratto quanto è accaduto "nel passato", cioè prima della pronuncia di risoluzione, la quale incide quindi solo sul futuro di quel rapporto e la regola si giustifica perché nei contratti di durata l'obiettivo da perseguire, nelle intenzioni del legislatore, è quello della tutela del sinallagma, cioè del nesso di corrispettività tra le contrapposte prestazioni, ed esso rappresenta il profilo di fondo del tema, soprattutto nella prospettiva delle regole che disciplinano la fase dell'inadempimento o in ogni caso del mancato raggiungimento del fine ultimo perseguito dai contraenti.

Il problema della struttura dei contratti di durata è stato affrontato attraverso molteplici piani di osservazione, che possono raggrupparsi in due teorie di fondo: quella monistica e quella pluralistica, la cui differenza – sul piano applicativo – risiede nella circostanza che a seconda della unicità o pluralità di obbligazioni di cui si ritiene che il contratto di durata sia composto, ne discendono differenti conseguenze in termini di disciplina applicabile, ad esempio, in ordine alla decorrenza dei termini di prescrizione e di adempimento delle singole obbligazioni, ovvero di sospensione del contratto per l'ipotesi della forza maggiore ovvero di altre cause.

Una parte della dottrina, agli inizi dello scorso secolo <sup>10</sup>, sosteneva infatti che in tali contratti non fosse rinvenibile una pluralità di obbligazioni corrispondenti alle singole prestazioni ovvero ai singoli periodi di esecuzione delle prestazioni continuative, così da creare il frazionamento del-

---

stata tratta la conseguenza (...) che ogni singolo periodo di prestazioni continuative, così come ogni singola prestazione periodica, costituisce oggetto di una distinta obbligazione, mentre nella opposta categoria dei contratti ad esecuzione istantanea la prestazione, anche se frazionata nel tempo, è giuridicamente unica, e costituisce nel suo complesso l'oggetto di una unica obbligazione; certo però è in ogni caso da escludere (...) che, ammessa la pluralità delle obbligazioni derivanti dal contratto ad esecuzione continuata o periodica, si possa ritenere che vi corrisponda una pluralità di contratti».

<sup>10</sup> Il richiamo è prevalentemente a G. OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, cit., 255; L. DEVOTO, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, cit., 87 ss.

l'obbligazione di durata in tante singole obbligazioni quante sono le singole prestazioni o le singole fasi all'interno delle quali le prestazioni devono essere effettuate o ripetute.

Una diversa teoria <sup>11</sup> sostiene, invece, che l'obbligazione fondamentale è unica e comprende ed include al suo interno il dovere di ripetere quell'unica obbligazione nel corso del tempo, mediante la reiterazione del suo contenuto e non fa capo alla somma di una pluralità di obbligazioni semplici.

La durata infatti attiene sia alla causa del singolo contratto, sia alla obbligazione da essa prodotta, così che «la parte non si obbliga più volte ma si obbliga in continuità, per una certa durata; le più prestazioni non sono dovute l'una indipendentemente dall'altra, ma sono dovute continuativamente: non si devono quindi soltanto più cose, *si deve continuativamente*» <sup>12</sup>. Tale conclusione comporta, inoltre, che anche la corrispettività del contratto non è soggetta a frazionamento o a scomposizione, poiché essa – così come esiste tra le due obbligazioni durature del contratto – così esiste tra i loro singoli momenti esecutivi, poiché «il rapporto sinallagmatico dei secondi è implicito nel rapporto sinallagmatico delle prime» <sup>13</sup>, e quindi, nei contratti ad adempimento reiterato, anche il rapporto di corrispettività tra le prestazioni permane unico.

Unico è infatti il contratto e unica è l'obbligazione di ciascuna parte, di modo che la corrispettività delle due contrapposte obbligazioni di durata genera un "solo sinallagma genetico", la cui attuazione, proprio per le caratteristiche di durata nel corso del tempo del contratto, si sviluppa in una pluralità di momenti esecutivi nei quali le singole prestazioni delle parti trovano una corrispondenza e corrispettività unica ed unitaria, anche se, sotto l'aspetto funzionale, essa si manifesta mediante una pluralità di sinallagmi, la cui attuazione avviene in più volte nel corso del tempo <sup>14</sup>.

Nei contratti di durata, a maggior ragione quando le obbligazioni corrispettive siano ad esecuzione ripetuta, ad un sinallagma genetico unico corrispondono quindi più sinallagmi funzionali, poiché in questi contratti

---

<sup>11</sup> G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., 327.

<sup>12</sup> G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., 328.

<sup>13</sup> G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., 329.

<sup>14</sup> G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., 331.

si assiste ad una netta scissione tra vicende dell'atto (cioè del contratto) e vicende del rapporto (cioè dell'obbligazione).

Il più volte ricordato carattere della sinallagmaticità del rapporto – che il codice argentino sembra valorizzare espressamente quando nel secondo comma dell'art. 1011 puntualizza che le parti «*deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total*» – fa sì che questi contratti si collochino nell'ambito della più ampia categoria dei contratti a prestazioni corrispettive.

Il fondamento di tali ultimi contratti viene rinvenuto nella circostanza che i contraenti si spingono a concludere un contratto poiché il loro intento è quello di realizzare un determinato assetto di interessi attraverso lo scambio tra le prestazioni, che trovano così, ciascuna di loro, la propria ragione di essere l'una nell'altra, indipendentemente da qualsiasi valutazione che tenga conto di una proporzione oggettiva tra i sacrifici affrontati dai contraenti, ovvero di una equivalenza soggettiva delle prestazioni scambiate, di modo che quello che li caratterizza è la libera determinazione, ad opera dei contraenti, della fissazione della misura dello scambio, che del contratto costituisce la base causale.

In questa direzione trova una logica spiegazione l'esistenza di regole e di rimedi predisposti dalla legge a presidio dell'eventuale alterazione di quella funzione di scambio e di reciprocità delle prestazioni.

Tali regole infatti intervengono, al di fuori delle ipotesi normali nelle quali il contratto tende a realizzare il reciproco scambio delle prestazioni, quando l'originaria fissazione del metro di scambio voluta dalle parti risulti successivamente alterata e viziata a causa di fatti, circostanze ed avvenimenti di varia natura e altrettanto variamente imputabili e quindi la funzione di scambio, cioè la causa del contratto, debba essere sottoposta agli effetti dell'azione di risoluzione ovvero, in senso alternativo, debba essere assoggettata ai rimedi di manutenzione, di conservazione del rapporto ovvero volti a produrne la caducazione<sup>15</sup>.

È dunque sul piano della concreta disciplina da applicare ai contratti di durata che la categoria svela le sue ontologiche caratteristiche e peculia-

---

<sup>15</sup> E. GABRIELLI, *Contribución a la teoría de la imprevisión contractual*, Buenos Aires, 2016, 124 ss.

rità, che si concretizzano nella circostanza che in questi contratti l'efficacia del vincolo si protrae nel tempo e le singole prestazioni si rinnovano continuamente, senza intervalli o interruzioni.

Sicché – piuttosto che proseguire nella ricostruzione teorica delle dottrine e delle opinioni che sulla figura dei contratti di durata si sono nel corso del tempo andate formando <sup>16</sup> – è su questo piano che appare opportuno muovere alcune riflessioni, prescindendo dall'esame delle singole questioni connesse, di volta in volta, con singoli tipi contrattuali ascrivibili a quelli di durata, ma prendendo spunto dalla disciplina delle ipotesi di patologia del contratto di durata, così come esse sono regolate nella parte generale del diritto dei contratti.

### 3. - La regola di irretroattività delle prestazioni già eseguite e il concetto di “coppie di prestazioni”.

Nel delineare il principio di irretroattività degli effetti della risoluzione, occorre precisare che nell'ambito dell'art. 1458 c.c. debbono esservi compresi quei contratti in cui ad una prestazione continuativa se ne contrappone un'altra periodica, poiché in tal caso la corrispettività si riflette su tutte le prestazioni attraverso le quali il contratto riceve esecuzione <sup>17</sup>, mentre ne sono esclusi quei contratti in cui ad una prestazione periodica o continuativa si contrappone una prestazione istantanea dell'altra parte. La irretroattività dell'effetto restitutorio, conseguente alla pronuncia di risoluzione del contratto, infatti può operare – senza ledere l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni stabilito dalla volontà delle parti – solo in questi casi, giacché unicamente il meccanismo di esecuzione del contratto, di volta in volta, per ciascuna coppia di prestazioni è in grado di realizzare l'interesse delle due parti del contratto.

---

<sup>16</sup> Per un esame delle varie opinioni, cfr. S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, 17 ss.; e da ultimo F. LONGOBUCCO, *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, cit., 22 ss.

<sup>17</sup> Cfr. Cass. 2 aprile 1996, n. 3019, in *Foro it.*, 1996, *Contratto in genere*, n. 433, nel caso oggetto della sentenza, la Suprema corte, in applicazione del principio, ha affermato che la locazione ha natura di contratto ad esecuzione continuata, che si concreta nella corresponsione del canone integrata dal godimento del bene protrattosi nel tempo. In dottrina, cfr. L. NANNI, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007, 116.

Il richiamo che l'art. 1458, comma 1, opera ai "contratti ad esecuzione continuata o periodica", ha dunque una valenza limitata

Il principio di irretroattività dell'effetto restitutorio, infatti, deve essere circoscritto, nel suo ambito di applicazione, in ragione della connotazione temporale delle obbligazioni di durata che gravano su entrambe le parti, unicamente ai contratti che impongono ai due contraenti che l'intera esecuzione del contratto avvenga «mediante coppie di prestazioni in corrispondenza di tempo»<sup>18</sup>, e quindi con l'adempimento di prestazioni reciproche ad esecuzione continuata o periodica da eseguire *pari passu*<sup>19</sup>, così da attuare, in modo continuo nel tempo, l'equilibrio sinallagmatico fra prestazione e controprestazione.

Le "coppie di prestazioni" sono quelle prestazioni tali da poter essere giuridicamente ed economicamente separate dalle coppie precedenti e dalle coppie successive, e che le parti pongono in essere, nel corso del tempo durante il quale il contratto viene eseguito, sulla base del nesso di reciprocità che le vincola tra loro, in modo da attuare costantemente, mediante lo scambio tra prestazione e controprestazione, l'originario equilibrio sinallagmatico del contratto.

Il rapporto di corrispettività sul quale si svolge il rapporto obbligatorio, va pertanto considerato separatamente per ciascuna coppia di prestazioni.

In questo tipo di contratto ciascuna prestazione già eseguita costituisce un adempimento "integrale e completo", cui deve conseguire una corrispondente controprestazione.

L'articolazione del rapporto, così descritta, determina conseguenze significative in termini di disciplina, che variano a seconda, ed in ragione, delle singole fattispecie all'interno delle quali si manifesta la regola generale di "irretroattività degli effetti" già prodottisi con l'esecuzione delle singole prestazioni contrattuali, poiché nell'ipotesi, ad esempio, del contratto ad esecuzione continuata o periodica, in virtù dell'equilibrio esistente tra ogni singola prestazione e controprestazione, è nel contesto del rapporto di corrispettività tra le prestazioni che va esaminato se esiste uno squilibrio

---

<sup>18</sup> U. CARNEVALI, *L'inadempimento*, in U. CARNEVALI-E. GABRIELLI-M. TAMPONI, *La risoluzione*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2011, 209 ss.; in giurisprudenza cfr., fra le tante, Cass. 12 dicembre 1990, n. 11810; Cass. 15 maggio 2012, n. 7550.

<sup>19</sup> U. CARNEVALI, *L'inadempimento*, cit., 206.

sinallagmatico che debba essere oggetto dei relativi strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento.

La regola di irretroattività della risoluzione può valere infatti solo per i contratti di durata, poiché solo in questi casi la irretroattività può operare senza incidere negativamente sul nesso di corrispettività tra le prestazioni stabilito nel contratto *ab origine* dalle parti, dato che l'esecuzione di ciascuna coppia di prestazioni, di volta in volta, ha realizzato in modo completo l'interesse alla prestazione di ciascuno loro.

#### **4. - L'ambito di applicazione della regola di irretroattività.**

L'ambito di applicazione della regola di irretroattività, in ogni caso, non coincide interamente con la categoria dei contratti di durata, come in dottrina si è avuto modo di dimostrare<sup>20</sup>. Può infatti accadere che uno dei contraenti si sia obbligato ad eseguire una prestazione periodica o continuata, laddove l'altro contraente è tenuto ad effettuare solo un'unica controprestazione ma in via anticipata, cioè prima dell'esecuzione delle prestazioni periodiche dell'altro contraente. In questo caso, di fronte all'inadempimento del primo, non si potrebbe ammettere il principio di irretroattività della risoluzione per l'inadempimento parziale della prestazione di durata, poiché, così facendo, si favorirebbe proprio il contraente inadempiente, il quale, pur avendo eseguito solo una prestazione parziale, conserverebbe in ogni caso l'intera controprestazione ricevuta in via anticipata.

In una diversa prospettiva potrebbe verificarsi il caso in cui alla prestazione di durata di uno dei contraenti (quello inadempiente) corrisponda una controprestazione da eseguirsi per intero in via posticipata, cioè al momento finale della prestazione di durata ovvero oltre tale momento. In questi casi la risoluzione ha effetto retroattivo al momento della stipulazione, poiché se si applicasse la irretroattività della risoluzione per la prestazione di durata, il risultato sarebbe ingiusto, poiché il contraente che chiede la risoluzione potrebbe infatti avvalersi della parte di prestazione di durata regolarmente ricevuta dall'altro contraente e, al medesimo

---

<sup>20</sup> U. CARNEVALI, *L'inadempimento*, cit., 204.

tempo, verrebbe per contro liberato totalmente dall'obbligo di eseguire la sua controprestazione (posticipata), e quindi proprio il contraente che ha adempiuto per primo rimarrebbe svantaggiato dall'applicazione della regola di irretroattività.

In entrambi i casi peraltro il meccanismo delle reciproche restituzioni ristabilisce l'equità.

Nel primo caso colui che ha adempiuto in via anticipata potrà chiedere la restituzione dell'intera prestazione già eseguita in via anticipata, e la controparte chiederà semmai la restituzione, ovvero il pagamento dell'equivalente in denaro di essa, di quella parte di prestazione che avesse eseguito prima del proprio inadempimento.

Nel secondo caso, risolto retroattivamente il contratto, il contraente non inadempiente è liberato dall'eseguire la sua prestazione (posticipata), ma l'altro contraente potrà chiedere l'equivalente in denaro di quella parte della sua prestazione regolarmente eseguita e che non può essere ripetuta in natura <sup>21</sup>.

La dottrina si è posta anche il problema se la regola sancita dall'art. 1458, comma 1, ultima parte, sia applicabile, o no, ai contratti con prestazione unica ad esecuzione frazionata, in ragione del duplice dubbio offerto dal fatto che, pur trattandosi di contratti che si svolgono nel tempo, la prestazione è tuttavia una sola (in ragione dell'unicità della prestazione); e che, mentre il contratto ad esecuzione continuata o periodica soddisfa un interesse durevole del contraente, al contrario, nel contratto a esecuzione frazionata, il frazionamento dell'unica prestazione serve solo a facilitarne l'esecuzione o il ricevimento <sup>22</sup>.

Si è sostenuto al riguardo che la valutazione in ordine alla risoluzione deve comunque essere effettuata, caso per caso, sulla base dell'interesse del contraente che deve ricevere la prestazione unitaria, seppure frazionata <sup>23</sup>,

---

<sup>21</sup> U. CARNEVALI, *L'inadempimento*, cit., 205.

<sup>22</sup> Un caso emblematico è offerto dalla vendita a consegne ripartite, laddove la vendita verrebbe interamente travolta dalla risoluzione, anche per quanto concerne le consegne fatte e regolarmente pagate.

<sup>23</sup> U. CARNEVALI, *L'inadempimento*, cit., 207, secondo il quale occorre prendere le mosse dal riferimento all'interesse del contraente creditore della prestazione inadempita, anziché alla categoria del contratto (di durata ovvero a prestazione unica ma ripartita), poiché tale scelta sarebbe la più razionale.

poiché tale criterio sarebbe quello più coerente con la struttura dello schema contrattuale.

La regola viene applicata, seppure in via analogica, anche quando entrambe le prestazioni sono istantanee, ma si è in presenza di una pluralità di contratti ad esecuzione istantanea che si ricollegano tutti ad un unico e complesso rapporto <sup>24</sup>.

---

In tal senso bisognerebbe partire dal rilievo che, per ciascuna delle consegne ripartite, deve essere stato indicato dai contraenti un corrispettivo specifico, oppure, se si tratta di una vendita di una quantità di cose fungibili, deve essere stato convenuto un corrispettivo in ragione di unità di misura. Se al contrario il contratto indicasse un corrispettivo globale per tutte le varie consegne da frazionarsi nel tempo, la conseguenza allora sarebbe che il contratto si potrebbe risolvere interamente solo se la singola consegna non eseguita assumesse rilevanza ai sensi dell'art. 1455. In caso contrario, infatti, la risoluzione dovrebbe essere esclusa e resterebbe solo il risarcimento del danno. Una risoluzione parziale sarebbe invece da escludersi, perché imporrebbe al giudice di rapportare la consegna non eseguita ad una quota del corrispettivo globale, ma così facendo violerebbe il principio dispositivo, poiché tale operazione potrebbero essere posta in essere solo dai contraenti d'accordo tra loro.

Il caso più semplice, secondo l'a., sarebbe quello in cui «le consegne riguardino parte *di un bene unico*, la cui utilità si qualifica *nella sua interezza*: si pensi al caso in cui le varie parti di una complessa macchina da assemblare presso il compratore siano, per comodità di lui o del venditore, da consegnare in tempi successivi; oppure si pensi al caso di un'opera editoriale (enciclopedie, dizionari, ecc.) che viene pubblicata volume per volume. Qui l'inapplicabilità del principio sancito per i contratti di durata è ovvia: la risoluzione è retroattiva in pieno.

Diverso è il caso in cui la vendita ha per oggetto una quantità di cose fungibili determinata *ab origine* dai contraenti e da fornire mediante consegne succedentesi nel tempo, a fronte di corrispondenti pagamenti. In tale caso si tratta di valutare l'interesse dell'acquirente: se esso può essere soddisfatto solo con la consegna dell'intera quantità pattuita *ab origine*, oppure se esso può essere pienamente soddisfatto, sia pure *pro quota*, da ciascuna consegna parziale. Nella prima ipotesi l'interesse dell'acquirente è indivisibile, e pertanto la risoluzione esplicherà i suoi effetti retroattivi, travolgendo anche le consegne già effettuate; nella seconda ipotesi, posto che ciascuna consegna ha procurato all'acquirente una corrispondente utilità (anche se parziale rispetto a quella originariamente prevista), non vi sarebbe ragione di far retroagire gli effetti della risoluzione anche alle consegne effettuate e pagate. In questa seconda ipotesi si giustifica pertanto una applicazione analogica dell'art. 1458, comma 1, nella parte in cui fa salve le "coppie" di prestazioni già regolarmente eseguite».

Il riferimento all'interesse del contraente creditore consentirebbe dunque di superare le difficoltà (che spesso sorgono allorché nel caso concreto si deve decidere se inquadrare una determinata fattispecie nei contratti di durata ovvero nei contratti con prestazione unica ma ripetuta) che invece – se si fa riferimento all'obiettivo interesse dei contraenti – rimarrebbero influenti in ordine all'applicabilità del principio dettato dall'art. 1458 per i contratti di durata.

Sotto un ulteriore aspetto il riferimento all'interesse del creditore apparirebbe più coerente all'economia del rapporto con prestazione unica ma ripetuta», poiché la parte inadempiente avrebbe ovviamente interesse a che restino ferme le consegne da lui regolarmente eseguite e di cui ha ricevuto il corrispettivo, laddove, dall'altra parte del contratto, la parte che si avvale della risoluzione può trovarsi nella impossibilità di restituire le cose già regolarmente ricevute di modo che anche per lui una risoluzione retroattiva alla conclusione del contratto finirebbe col creare significativi problemi.

<sup>24</sup> Cass. 7 novembre 1984, n. 5626, in *Arch. civ.*, 1985, 584.

### 5. - Le prestazioni già eseguite.

La regola di irretroattività fa salve, come si è detto, le “prestazioni già eseguite”, cioè quelle in ragione delle quali il rapporto, seppure in parte, si è “esaurito”.

Per tali devono intendersi quelle mediante le quali – seppure secondo lo schema delle coppie di prestazioni – ogni parte abbia realizzato il proprio interesse a ricevere la prestazione altrui, per cui «il debitore abbia pienamente soddisfatto le ragioni del creditore»<sup>25</sup>.

Con la conseguenza che, se il contratto ha per oggetto coppie di prestazioni periodiche da eseguirsi *pari passu*, rimarrebbero fuori dall'effetto restitutorio solo quelle coppie di prestazioni che sono state completamente eseguite da entrambe le parti, in caso di contratto a prestazioni corrispettive; ovvero, in caso di contratti con prestazione unica frazionata nel tempo, rimarrebbero escluse dall'effetto restitutorio quelle frazioni dell'unica prestazione che siano state completamente eseguite da tutti e due i contraenti<sup>26</sup>.

La *ratio legis* della regola di irretroattività, come già detto, risponde, del resto, alla tutela del sinallagma, per cui il legislatore vuole che, attraverso lo scambio delle prestazioni, si sia realizzato l'interesse di ciascun creditore, proprio in attuazione del vincolo di corrispettività che corre tra l'una e l'altra prestazione, e quindi il rapporto si sia esaurito, con la conseguente non necessità di dar corso (come invece avviene per le altre ipotesi di risoluzione) all'effetto restitutorio conseguente all'avvenuta caducazione del contratto.

Per la parte di prestazioni già eseguite – secondo lo schema della coppia di prestazioni – il rapporto si è infatti “esaurito” e quindi, quanto meno per quella parte di contratto e soprattutto di rapporto, la funzione di scambio del contratto ha avuto la propria – seppur “parziale” – attuazione.

La regola di irretroattività rinviene, ovviamente, applicazioni variegata in ragione della singolarità dei concreti schemi contrattuali ai quali essa deve essere somministrata.

---

<sup>25</sup> L'orientamento della giurisprudenza in tal senso è antico: Cass. 21 ottobre 1961, n. 2278, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1740.

<sup>26</sup> U. CARNEVALI, *L'inadempimento*, cit., 209.

E così, se si tratta di contratti a prestazioni corrispettive nei quali alla prestazione continuata di una parte si contrappone quella periodica dell'altra, non sono soggette a restituzione le prestazioni già eseguite che risultino aver ricevuto il corrispondente adempimento dalla correlativa controprestazione periodica, poiché in questo caso la risoluzione non retroagisce al momento della conclusione del contratto, ma unicamente a quello in cui il contratto ha cessato di avere una regolare esecuzione.

Nel caso di un contratto complesso, ovvero di un'operazione economica articolata, che ad esempio ponga a carico dei contraenti, oltre a coppie di prestazioni di durata da eseguirsi da entrambi, anche prestazioni istantanee o di durata a carico dell'uno o dell'altro contraente o di ambedue, le quali si presentano mediante un intreccio di prestazioni di dare, di prestazioni di fare e di non fare, si pone il problema di quali prestazioni possano considerarsi "eseguite", e quindi ci chiede se, una volta che sia stato dichiarato l'inadempimento di un contraente durante l'esecuzione del contratto, la risoluzione operi retroattivamente per tutte le prestazioni, di durata o no; oppure se la retroattività della risoluzione valga solo per le prestazioni istantanee, mentre le "coppie" di prestazioni di durata già regolarmente eseguite restano salve.

La soluzione, da qualche autore<sup>27</sup>, viene fondata sul rilievo che, nell'ambito della singola "coppia" di prestazioni, il sinallagma contrattuale ha trovato la prevista e regolare attuazione, sia pure parziale: onde sarebbe antieconomico porre tutto nel nulla.

La risoluzione pertanto produrrà il suo normale effetto retroattivo *inter partes*, ma tale retroattività non riguarderà tutte le prestazioni previste in contratto e troverà il proprio limite in quelle "coppie" di prestazioni regolarmente eseguite e in quelle ad esse correlate.

La risoluzione avrà dunque un duplice e differente effetto sulla vicenda restitutoria.

La retroattività sarà infatti piena, e quindi la risoluzione avrà effetto al momento della stipulazione del contratto, per le prestazioni istantanee.

La retroattività sarà invece limitata, e quindi la risoluzione avrà effetto unicamente per le prestazioni continuate o periodiche, poiché resteranno

---

<sup>27</sup> U. CARNEVALI, cit., 206.

salve le coppie di prestazioni già eseguite, e quelle ulteriori alle stesse prestazioni collegate.

## 6. - Patologie e rimedi.

La connotazione strutturale del contratto – la quale vuole che ciascuna prestazione già eseguita costituisca un adempimento “integrale e completo”, e che il nesso di reciprocità debba essere valutato sulla base delle singole coppie di prestazioni, per cui ad ogni prestazione deve seguire una controprestazione corrispondente – non consente alla parte adempiente (di fronte all’inadempimento della controparte) di sollevare un’eccezione di inadempimento, che non esiste in relazione a quella coppia specifica di prestazione-controprestazione.

La regola è tale che si esclude addirittura un “interesse alla risoluzione” per le prestazioni già eseguite, rispetto alla domanda originaria (cfr. art. 1458, comma 1, c.c.), al punto che la giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione ad esempio ha esteso, dopo un’iniziale diverso orientamento<sup>28</sup>, questo principio anche ai contratti con consegne ripartite, in cui l’oggetto del contratto, diversamente dai contratti ad esecuzione continuata o periodica, è essenzialmente unitario<sup>29</sup>.

Il fondamento della regola è stato individuato nella circostanza che ove la prestazione sia economicamente scindibile, la eccezione “*inadimplenti non est adimplendum*”, di cui all’art. 1460 c.c., può paralizzare la richiesta della controprestazione relativa alla parte della prestazione non eseguita, ma non può paralizzare quella relativa alla parte della prestazione già eseguita, che non sia stata restituita, né che sia stata offerta in restituzione e che anzi sia stata utilizzata.

Nei contratti con prestazioni corrispettive, qualora una delle parti faccia valere l’eccezione di inadempimento della controparte al fine di giustificare il proprio inadempimento, secondo un orientamento costante della giurisprudenza, il giudice deve infatti procedere alla valutazione comparativa dei comportamenti, tenendo conto non solo dell’elemento cronolo-

---

<sup>28</sup> Cass. 9 maggio 1964, n. 1107.

<sup>29</sup> Cass. 28 ottobre 1991, n. 11469.

gico, ma anche e soprattutto dei rapporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempnite e della incidenza di queste sulla funzione economico-sociale del contratto <sup>30</sup>.

L'applicazione di tale principio ai contratti di durata, ed in particolare a quelli ad esecuzione continuata o periodica, comporta dunque che, per tali tipi di contratto, l'eccezione di inadempimento può essere utilmente fatta valere solo se, e quando, attenga alla prestazione di riferimento rispetto alla controprestazione richiesta all'eccepente, e quindi si svolga sul piano della cc.dd. coppie di prestazioni in corrispondenza temporale. La regola della irretroattività degli effetti infatti non significa che abbia diritto alla controprestazione la parte inadempnente, poiché l'irretroattività della risoluzione concerne le prestazioni «eseguite», non quelle «ineseguite» <sup>31</sup>.

Il principio che esclude gli effetti retroattivi per le prestazioni già eseguite nei contratti di durata esplica peraltro un significativo rilievo anche nell'ipotesi della impossibilità temporanea.

Laddove una delle prestazioni si protragga nel tempo fino al punto di esaurire l'interesse del creditore, il conseguente effetto sarà, infatti, quello di una sostanziale risoluzione parziale del contratto, dato che si determinerà una riduzione corrispettiva della prestazione dovuta in misura proporzionale alla frazione di *facere* che, a seguito dell'evento sopravvenuto, è divenuta impossibile, e quindi in definitiva una risoluzione per singole coppie di prestazioni per il prodursi di un'impossibilità parziale *ratione temporis*.

In tal senso si è sostenuto che l'idea di un'impossibilità parziale *ratione temporis*, originata dal combinato disposto degli artt. 1258 e 1464 c.c., nei rapporti di durata caratterizzati da un termine finale a data fissa non sarebbe altro che lo svolgimento logico di due dati fattuali: il primo sarebbe rappresentato dalla non recuperabilità delle prestazioni ineseguite; il secondo consisterebbe nella simmetrica decurtazione che si ha, rispetto alla intera prestazione dovuta (ad esempio dall'ammontare complessivo

---

<sup>30</sup> Cfr. sul punto mi permetto di rinviare a E. GABRIELLI, *Appunti sulle autotutele contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 499 ss.; ora anche in *Id.*, *Studi sulle tutele contrattuali*, Milano, 2017, 180 ss.

<sup>31</sup> Cass. 13 dicembre 2012, n. 22902.

del prezzo), della frazione relativa all'obbligo di fare che sia rimasto definitivamente inadempito <sup>32</sup>.

Il principio della non retroattività della risoluzione, comporta inoltre, rispetto ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, relativamente alle prestazioni già eseguite, la conservazione del diritto di ricevere la controprestazione, nonostante la risoluzione del vincolo negoziale, con la conseguenza che, per tali contratti, il valore abdicativo della domanda di risoluzione, rispetto alla domanda di adempimento, secondo le previsioni dell'art. 1453, comma 2, c.c., va circoscritto a quella sola parte del rapporto per la quale è logicamente configurabile una scelta, su un piano di alternative, fra risoluzione ed adempimento, mentre è inestensibile a quella parte che rimane *ope legis* insensibile alla vicenda risolutiva, poiché sia pure uno solo dei contraenti ha correttamente eseguito e adempiuto alla propria prestazione <sup>33</sup>.

## 7. - Gli effetti della “regola di irretroattività” nel diritto fallimentare. Il rimedio della trascrizione della domanda giudiziale di risoluzione.

---

284

Gli effetti della regola di irretroattività della risoluzione del contratto nei rapporti di durata trovano una loro particolare espressione ed applicazione anche nel diritto fallimentare (artt. 72 ss. l. fall.), ove le regole generali del diritto dei contratti vengono modellate in funzione della particolare situazione nella quale viene a trovarsi il contratto di durata ovvero ad esecuzione continuata o periodica (art. 74 l. fall.) quando, non essendo stato completamente eseguito, una delle parti dello stesso viene dichiarata fallita <sup>34</sup>.

Il principio generale che disciplina la materia si fonda anche in questo caso sulla tutela della funzionalità del sinallagma.

La regola che consente al curatore di scegliere fra subentro e scioglimento

---

<sup>32</sup> Cfr. S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, cit., 98; Id., *Sub art.* 1463, in E. GABRIELLI (diretto da), *Comm. del cod. civ.*, E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, IV, Torino, 2011, 564 ss.

<sup>33</sup> Cass. 6 dicembre 2011, n. 26199, in *I contratti*, 2012, 121, con nota di F.P. PATTI, *Autonomia privata ed effetti della risoluzione del contratto ad esecuzione continuata o periodica*.

<sup>34</sup> Sul punto mi permetto di rinviare a E. GABRIELLI, *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, 121 ss.

del rapporto (art. 72, comma 1, l. fall), nei contratti caratterizzati dalla corrispettività e non ancora eseguiti, e quindi di durata, trova il proprio fondamento sia nella disciplina di regolazione concorsuale dei crediti, che esclude il diritto del creditore di pretendere il pagamento integrale, sia nella disciplina di diritto privato del sinallagma, che non consente al curatore di far valere le pretese derivanti dai contratti corrispettivi ineseguiti se non si obbliga ad eseguire integralmente la controprestazione<sup>35</sup>. Il curatore, che voglia sostituirsi al fallito nell'esercizio dei diritti connessi al contratto corrispettivo pendente ed ineseguito, deve infatti subentrare nel contratto determinando in tal modo una trasformazione del credito del contraente adempiente da credito concorsuale in credito prededucibile, e quindi suscettibile di essere soddisfatto integralmente e non in moneta fallimentare.

Il curatore, per altro verso, non avendo il contraente *in bonis* diritto al soddisfacimento integrale della sua pretesa di credito, in ragione della natura sinallagmatica del rapporto ineseguito, può rinunciare a far valere la pretesa di adempimento che spettava al fallito, ma per far ciò deve sciogliersi dal contratto<sup>36</sup>.

Il creditore infatti potrebbe aver agito per la risoluzione del contratto verso l'altra parte resasi inadempiente alle proprie obbligazioni, prima che la stessa fosse stata dichiarata fallita, e quindi la disposizione normativa, in coerenza con i principi della trascrizione delle domande giudiziali, ed in conformità con quanto disposto dall'art. 45 l. fall.<sup>37</sup>, stabilisce che la domanda a suo tempo proposta nei confronti della parte inadempiente "spiega i suoi effetti nei confronti del curatore" a condizione che essa sia stata trascritta prima della sentenza dichiarativa di fallimento (art. 72, comma 5)<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> L. GUGLIELMUCCI, *La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti*, in *Scritti in onore di G. Lo Cascio, La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, 150; sul punto cfr. anche V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lgs. 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2008, 156.

<sup>36</sup> L. GUGLIELMUCCI, *La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti*, cit., 150.

<sup>37</sup> E. GABRIELLI, *Trascrizione delle domande giudiziali e fallimento*, in E. GABRIELLI-F. GAZZONI (diretto da), *Trattato della trascrizione*, II, Torino, 2014, 494 ss.

<sup>38</sup> Cfr. ad esempio, Cass. 15 febbraio 2011, n. 3728, in *Dir. fall.*, 2011, II, 185, con nota di F. MURINO, *Trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 cod. civ. e facoltà del curatore fallimentare di sciogliersi dal contratto preliminare immobiliare*.

La regola prevista nell'art. 72, comma 5, l. fall., costituisce dunque l'unico rimedio per il contraente che, in un contratto di durata, abbia eseguito la propria prestazione ma non abbia ricevuto quella della sua controparte, la quale sia poi stata dichiarata fallita <sup>39</sup>, a condizione, però, che il giudizio, dichiarato interrotto successivamente alla dichiarazione di fallimento, sia stato poi riassunto, poiché «se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al Capo V» (art. 72, comma 5).

Diversa sarà, tuttavia, la disciplina processuale che governerà il giudizio, proprio in ragione della diversità del titolo posto a fondamento della domanda introduttiva dello stesso.

L'azione diretta a far accertare e dichiarare unicamente la risoluzione del contratto proseguirà, se riassunta nei confronti del curatore o dallo stesso proseguita, dopo la dichiarazione di fallimento, innanzi al giudice della cognizione ordinaria.

Se invece la domanda avesse avuto ad oggetto anche una statuizione di condanna o restitutoria, ovvero di risarcimento del danno, essa allora dovrebbe, dopo la sua interruzione, necessariamente proseguire secondo le forme e il rito dell'accertamento del credito nel passivo del fallimento. La domanda di risoluzione per inadempimento, trascritta prima della dichiarazione di fallimento anche se la relativa e conseguente sentenza viene trascritta successivamente, rimane infatti insensibile all'intervenuta sentenza dichiarativa per la parte relativa all'accertamento delle condizioni di risolubilità del contratto, ed è pertanto opponibile alla massa dei creditori del fallimento in conseguenza della retroattività tra le parti della risoluzione del contratto, che si traduce nell'obbligo di restituzione della cosa acquistata dal contraente ancora *in bonis* prima della dichiarazione di fallimento, e che deve considerarsi come mai entrata a far parte della massa attiva del fallimento.

Tale domanda, però, rimane in ogni caso soggetta alle regole del concorso dei creditori per la parte relativa all'eventuale e connessa domanda di accertamento del diritto al risarcimento del danno.

---

<sup>39</sup> E. GABRIELLI, *Trascrizione delle domande giudiziali e fallimento*, cit., 494 ss.

Quest'ultimo capo di domanda ha ad oggetto una pretesa che per la sua natura è assoggettata al principio dettato dall'art. 52 l. fall. dell'obbligatorietà ed esclusività del procedimento di verifica del passivo, e quindi non può sopravvivere alla dichiarazione di fallimento nel giudizio ordinario di cognizione. Con la conseguenza che essa deve essere fatta autonomamente valere nel rito fallimentare, laddove la domanda di risoluzione prosegue invece con il rito ordinario fino alla completa definizione del relativo giudizio <sup>40</sup>.

La domanda di risoluzione proposta invece dopo che il patrimonio del fallito sia stato assoggettato alla esecuzione collettiva diviene inammissibile, poiché in conflitto con il principio di parità di trattamento dei creditori del concorso <sup>41</sup>.

Le eventuali ragioni del contraente *in bonis*, ed aventi ad oggetto pretese restitutorie ovvero risarcitorie, se accolte dopo la dichiarazione di fallimento violerebbero infatti il principio della indisponibilità fallimentare e della destinazione dei beni del fallito alla soddisfazione dei creditori anteriori <sup>42</sup>.

Se il contratto a prestazioni corrispettive alla data del fallimento risulta bilateralmente inadempito, l'esercizio del potere di chiederne la risoluzione è allora precluso ad entrambe le parti e l'ipotesi finisce per rientrare in quella oggetto della disciplina dettata dalla regola generale, così che il curatore può scegliere se subentrare nel rapporto e quindi assumere l'obbligo di adempiere all'obbligazione che gravava sul fallito, ed ottenere

---

<sup>40</sup> In questo senso cfr. Cass. 9 dicembre 1998, n. 12396, in *Foro it.*, 1998, *Fallimento*, n. 377; Cass. 3 febbraio 2006, n. 2439.

<sup>41</sup> Cfr. Cass. 26 marzo 2001, n. 4365, in *Fall.*, 2001, 1018, per la quale, dopo il fallimento del compratore, il venditore non può proporre domanda di risoluzione del contratto, anche se con riguardo a pregresso inadempimento del compratore, in ragione dell'indisponibilità dei beni già acquisiti al fallimento, a tutela della "par condicio". Il principio trova applicazione anche nell'ipotesi di domanda diretta a far accertare, sempre con riferimento ad un inadempimento anteriore, l'avveramento di una condizione risolutiva del contratto con la conseguenza che, anche in tal caso, la domanda è esperibile soltanto prima della dichiarazione di fallimento, poiché la pronuncia di risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive produrrebbe effetti restitutori lesivi del principio del paritario soddisfacimento di tutti i creditori e di cristallizzazione delle loro posizioni giuridiche. Ciò avviene anche nel caso in cui si intenda far valere, dopo l'apertura della procedura concorsuale, una clausola risolutiva espressa ostandovi la stessa ragione di fondo che impedisce la proponibilità della domanda di risoluzione contrattuale.

<sup>42</sup> L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, IV ed., Torino, 2011, 129.

specularmente quella del contraente *in bonis*, oppure se sciogliersi dal contratto, vanificando così gli effetti ancora pendenti del contratto a suo tempo concluso dal fallito.

Problemi particolari, in ragione della necessità di distinguere la disciplina applicabile alle diverse fattispecie normative, sorgono per le ipotesi di cd. risoluzione di diritto.

Se infatti la domanda di risoluzione per pregresso inadempimento del contraente *in bonis* (salva l'avvenuta, e anteriore rispetto al fallimento, trascrizione della domanda) prosegue anche nei confronti del curatore, è dubbia la sorte delle ipotesi di risoluzione cd. di diritto del contratto, seppure fondate su atti aventi data certa anteriore ed attivate prima della dichiarazione di fallimento.

Autorevole dottrina afferma che il riferimento legislativo all'azione di risoluzione non potrebbe escludere «l'acquisizione del diritto alla risoluzione» anche con gli strumenti della diffida ad adempiere, ovvero della dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa<sup>43</sup>.

Secondo una differente interpretazione, invece, l'altro contraente non potrebbe ottenere la risoluzione di diritto per effetto della diffida ad adempiere *ex art.* 1454 c.c., dato che se il termine assegnato alla parte poi dichiarata fallita non è scaduto al momento dell'apertura della procedura, questo deve ritenersi sospeso per effetto dell'applicazione dell'art. 72, comma 1, l. fall.

Diverso, per altro verso, sarebbe il caso in cui sia scaduto il termine per l'adempimento della prestazione e questo, ai sensi dell'art. 1457 c.c., debba considerarsi *essenziale*.

In tale ipotesi, la sua inosservanza produrrebbe automaticamente la risoluzione di diritto del contratto, senza necessità di alcuna comunicazione della parte interessata (come invece richiesto per l'operatività della clausola risolutiva espressa: art. 1456 c.c.). Inoltre se si considera l'importanza del termine essenziale nell'economia complessiva del rapporto negoziale si dovrebbe ritenere, in assenza di una determinazione degli organi della procedura, che operi la risoluzione anche nel caso in cui la scadenza fosse successiva alla dichiarazione di fallimento.

---

<sup>43</sup> L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 131, nota 12.

Al fine di dirimere i dubbi sorti in materia appare necessario far riferimento al dato normativo, dalla cui considerazione emerge che ciò che segna il discrimine tra l'opponibilità, e l'inopponibilità, di determinati effetti negoziali alla procedura fallimentare è soltanto, in coerenza con il sistema, il fatto dell'antiorità della trascrizione delle relative domande giudiziali (art. 72, comma 5).

Si deve pertanto concludere che – sebbene nel diritto comune dei contratti la risoluzione si produca per effetto della mera dichiarazione stragiudiziale della parte di volersi avvalere della diffida, della clausola o del termine, con la conseguenza che il contratto è reso immediatamente inefficace da quella dichiarazione – nel diritto delle procedure concorsuali, dopo la dichiarazione di fallimento, la caducazione di un rapporto che abbia come originaria parte il fallito (e che quindi sia entrato a far parte del patrimonio fallimentare) può essere data unicamente dalla sentenza, e quindi dalla prioritaria e provveduta trascrizione della relativa domanda giudiziale.

Unica eccezione a tale principio sembra essere quella in cui l'effetto risolutorio, conseguente alla dichiarazione stragiudiziale, non si sia completamente prodotto ed esaurito prima del fallimento, ma per alcuni momenti esecutivi di natura meramente materiale debba proseguire dopo.

Ipotesi che, ad esempio, ricorre anche quando il rapporto, al momento dell'apertura del concorso, si è estinto in ragione della anteriore dichiarazione stragiudiziale che abbia prodotto l'effetto risolutivo che le è proprio; ma per la natura del contratto e della prestazione possono residuare soltanto meri fatti materiali di esecuzione della restituzione che segue alla risoluzione.

Fatti che pertanto non attengono al contratto, ma, per la parte restitutoria, al completamento dell'effetto estintivo del rapporto, e che trovano il loro titolo, non più nel contratto oramai inesistente, ma unicamente in uno degli effetti legali conseguenti alla sua inefficacia, e quindi nel dover porre in essere, in punto di fatto, quanto ancora necessario per il completarsi e l'esaurirsi di un effetto (quello estintivo del rapporto) già prodottosi, a seguito della dichiarazione stragiudiziale, prima del fallimento.

Secondo la legge fallimentare, e le regole dell'indisponibilità fallimentare a tutela della parità di trattamento dei creditori, infatti, soltanto una pro-

nuncia giudiziale può incidere sulla destinazione di quel patrimonio alla loro soddisfazione, e quindi tale pronuncia deve essere fondata sull'antiorità *ex art. 45 l. fall.*, alla sentenza dichiarativa di fallimento, della trascrizione della domanda di accertamento della già avvenuta risoluzione <sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Tale conclusione è peraltro conforme ad un risalente orientamento (Cass. 17 gennaio 1998, n. 362, in *Fall.*, 1999, 39), secondo il quale la domanda di risoluzione, fondata su una clausola risolutiva espressa riferita ad un inadempimento verificatosi in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento, per produrre i suoi effetti deve essere stata proposta prima del fallimento.