ANNO CXVI, 2018 N. 2

Estratto da

RIVISTA DEL DIRITTO COMMERCIALE

E DEL DIRITTO GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI

FONDATORI

ANGELO SRAFFA E CESARE VIVANTE

DIRETTORI

C. ANGELICI
Ord. dell'Univ. di Roma

G. B. FERRI
Emerito dell'Univ. di Roma

A. GAMBINO
Emerito dell'Univ. di Roma

G. GUIZZI
Ord. dell'Univ. di Napoli

G.B. PORTALE
Emerito dell'Univ. Cattolica di Milano

P. RESCIGNO
Emerito dell'Univ. di Roma

ANNO CXVI (2018)

PICCIN

SOMMARIO
del fascicolo 2, 2018

PARTE PRIMA

C. ANGELICI, *Note sul «contrattualismo societario»: a proposito del pensiero di Francesco Denozza* 191
E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali. (Brevi spunti di riflessione sulla clausola di* exclusive remedy*)* 209
A. PACIELLO, *La revocatoria della scissione* 225
V. CARIELLO, *A favore di un riequilibrio tra tutela (diritti) dei soci non di controllo e tutela (diritti) dei soci di controllo (nelle sole società controllate c.d. di diritto)* 249
M. MAUGERI, *Offerta pubblica di acquisto e informazioni privilegiate* 267
L. DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali della collettività, tra la tutela del mercato da parte della corte di giustizia e dei diritti fondamentali dell'uomo da parte della corte di Strasburgo* 305
A. SANTONI, *Gli azionisti e i detentori di strumenti di capitale nella proposta di direttiva in materia di crisi d'impresa* 335

PARTE SECONDA – OSSERVATORIO – VARIETÀ

M.R. MAUGERI, G. STRAMPELLI, *Sull'invalidità di operazioni di finanziamento strumentali all'acquisto di azioni della banca finanziatrice* 189
P. PISCITELLO, Corruptissima Re Publica Plurimae Leges: *le garanzie sui beni dell'impresa tra evoluzione storica e prospettive future* 219
G. ALFANO, *Miti e realtà dei fenomeni associativi virtuali (il caso del Movimento 5 Stelle)* 233
G. RACUGNO, *La nota integrativa* 267
M.S. AVI, *Lacune nella chiarezza del bilancio: dalla nullità civilistica della delibera approvativa del bilancio al falso qualitativo penale* 303

Giurisprudenza commentata

A. TUCCI, *La forma dimidiata nei contratti bancari e di investimento* (nota a Corte di Cassazione, 18 gennaio 2018, n. 898) ... 337
M. SAGLIOCCA, *La pericolosa configurazione del c.d. insider di se stesso* (nota a Corte di Cassazione, del 16 ottobre 2017, n. 24310) 361

ISSN 0035-5887

AUTONOMIA PRIVATA ED ESCLUSIONE DEI RIMEDI CONTRATTUALI. (BREVI SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLA CLAUSOLA DI *EXCLUSIVE REMEDY*) (*)

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Il tema e il suo ambito. – 3. La clausola di "exclusive remedy" come tecnica di amministrazione del rischio contrattuale. 4. Autonomia privata e potere dispositivo dei rimedi risolutivi.

1. *"Ubi jus ibi remedium"* e *"ubi remedium ibi jus: where there's a remedy there's a right"*: così F.H. Lawson [1], uno dei più eminenti studiosi anglosassoni, introduce un tema – quello dei rimedi e delle tecniche rimediali – il quale ha suscitato negli ultimi decenni un intenso interesse nella dottrina italiana, anche grazie all'impegno scientifico di Salvatore (Savino) Mazzamuto, che ne ha fatto oggetto, in più occasioni [2], di meditato esame.

L'ampiezza dell'argomento, e la pluralità di piani di incidenza sui quali lo stesso può manifestarsi, è tuttavia tale che certamente c'è ancora molta strada da percorrere nella relativa riflessione e ricerca, poiché è la stessa nozione di rimedio, come insegna la dottrina di *common law*, a non essere suscettibile né di una agevole definizione [3]; né tanto meno di un facile inquadramento teorico, dato che numerose e variabili sono le ipotesi [4] che potrebbero essere ricondotte all'interno del suo nucleo concettuale, nel tentativo di comporle in un'ordinata sistemazione e classificazione [5].

(*) Lo scritto è per Salvatore Mazzamuto.

(1) F.H. LAWSON, *Remedies of English Law*, 2nd edn., London, 1980, p. 1.

(2) Per limitare ad alcune le citazioni sul punto, cfr. S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 585 ss; Id., *Il contratto di diritto europeo*, 2ª ed., Torino, 2012, p. 170; S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012.

(3) F.H. LAWSON, *Remedies of English Law*, cit., p. V.

(4) Cfr. P.S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 2nd ed., 1971, p. 247 ss.; G. TREITEL, *The law of contract*, 10th edn., London, 1999, p. 864 ss.;

(5) Per i possibili criteri di classificazione dei rimedi, cfr. tra i molti: nel diritto anglosassone, G. TREITEL, *An outline of the law of contract*, London, 3rd edn., 1984, p. 304; H. BEALE, *Remedies for breach of contract*, London, 1980, p. 2 ss.; H. COLLINS,

Ragionando anzitutto sulla valenza semantica del tema [6], viene alla mente la puntuale osservazione di quell'autorevole dottrina la quale ha precisato come il termine non debba essere inteso in senso restrittivo, perché i rimedi possono essere diretti anche a prevenire la lesione [7], oltre che a ripararla.

Prendendo le mosse dalla funzione "preventiva" del rimedio, ci si può allora chiedere, quasi volendo svolgere una riflessione che abbia il sapore e il significato del paradosso, se, nella costruzione del regolamento contrattuale, al fine di prevenire o mitigare il rischio dell'inadempimento, la preventiva esclusione convenzionale dei rimedi contrattuali possa costituire essa stessa un rimedio contrattuale: anzi l'unico rimedio.

2. Le cronache giurisprudenziali registrano di frequente il caso in cui una parte, al fine di non voler adempiere alla propria prestazione, strumentalmente sostenga che la controparte sia inadempiente, ovvero in ritardo nell'adempimento, ovvero che l'adempimento effettuato non sia conforme alla regola negoziale a sua tempo pattuita, e che pertanto si versi in un'ipotesi di inadempimento che legittimerebbe l'esercizio dell'*exceptio* e, quindi, il rifiuto di adempiere alla propria controprestazione.

Lo scontro tra tali domande ed eccezioni, ovvero controdomande, genera una serie complessa di problemi sostanziali e processuali, poiché, per un verso, l'ordine cronologico dell'esecuzione delle prestazioni, soprattutto quando esso sia disciplinato in termini di contemporaneità, assume un significativo rilievo, nel senso che la regola generale dovrebbe essere quella della successione cronologica dell'ordine delle prestazioni, per cui, in prima battuta, dovrebbe ritenersi che l'*exceptio* possa anzitutto essere fatta valere dal contraente tenuto ad adempiere per secondo, quando quello obbligato ad adempiere per primo non abbia provveduto; ma l'idea che l'ordine cronologico, dettato dalla regola della contemporaneità dell'esecuzione delle prestazioni, sia tassativo è stata da tempo abbandonata.

The law of contract, London, 1986, p. 178 ss.; A.S. Burrows, *Remedies for torts and breach of contract*, London, 1987, p. 1 ss.; D. Harris, *Remedies in contract and tort*, London, 1988, 15 ss.; nel diritto nord-americano, cfr., E.A. Farnsworth, *Contracts*, Boston-Toronto, 1982, p. 815 ss.; J. D. Calamari – J. M. Perillo, *The law of contracts*, St. Paul, 1987, 3rd edn., p. 660 ss.

(6) Cfr. G. Smorto, *Sul significato di "rimedi"*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 159 ss.

(7) G. De Nova, *Nuove tutele e nuovi rimedi in materia contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 45.

Si ammette pertanto che l'*exceptio* possa essere proposta sia dal contraente che deve adempiere per secondo, quando l'altro contraente obbligato ad adempiere per primo non abbia adempiuto, dato che l'art. 1460 cod. civ. stabilisce che termini diversi per l'adempimento possano essere fissati dalle parti o che possano risultare dalla natura del contratto; sia che l'*exceptio* possa essere attivata anche dal contraente tenuto ad adempiere per primo, nei confronti del contraente tenuto ad adempiere per secondo [8].

Una diversa possibile sequenza potrebbe rinvenirsi quando il contraente giustifica il rifiuto della propria prestazione con l'inadempimento dell'altro contraente o con la mancata offerta della prestazione da parte di quest'ultimo, laddove non sarebbe necessario che l'inadempimento altrui (fatto valere dall'*excipiens* per giustificare la sospensione del proprio adempimento) sia un inadempimento totale [9].

In tal caso infatti si sostiene che il contraente può respingere l'adempimento inesatto (sia sotto l'aspetto qualitativo, sia sotto quello quantitativo) e quindi rifiutare di eseguire la prestazione a proprio carico, entro il limite del principio della buona fede, in base all'antica regola dell'*exceptio non rite adimpleti contractus* che equipara l'inesatto adempimento all'inadempimento in senso stretto. Rimane però dubbio se, in presenza di un adempimento inesatto (sotto l'aspetto qualitativo o quantitativo), sia ammissibile un'eccezione parziale d'inadempimento, in ragione della quale il contraente potrebbe operare una riduzione della prestazione da lui dovuta, in misura proporzionale al difetto qualitativo o quantitativo della prestazione ricevuta dall'altro contraente.

Si determina in tal modo quella che è stata suggestivamente definita una "sfida processuale all'ultimo sangue" [10], all'interno della quale il giudice deve effettuare una non facile valutazione di proporzionalità e di comparazione tra i contrapposti e lamentati inadempimenti,

(8) Cfr. Addis, *Le eccezioni dilatorie*, nel *Trattato dei contratti* dir. da Roppo, Milano, 2006, V, p. 425 ss.; Cass., 14 marzo 2003, n. 3787, in *Contratti*, 2004, p. 446 ss., con nota di Sardo, secondo cui «l'*exceptio inadimpleti contractus* di cui all'art. 1460 c.c., benché, di regola, presupponga che le reciproche prestazioni siano contemporaneamente dovute, è tuttavia opponibile alla parte che debba adempiere entro un termine diverso e successivo, qualora questa abbia dichiarato di non volere adempiere, ovvero sia certo o altamente probabile che essa non sia in grado di adempiere, indipendentemente dall'imputabilità dell'inadempimento»; Cass., 28 novembre 1984, n. 6196.

(9) Sul punto mi permetto di rinviare a E. Gabrielli, *Studi sulle tutele contrattuali*, Milanofiori Assago, 2017, p. 180 ss.

(10) Cass., 17 luglio 2017, n. 17665, in *Giur. It.*, 2018, 51 con nota di E. Gabrielli, *Domanda di risoluzione del contratto per inadempimento e "sfida processuale all'ultimo sangue"*.

ed i criteri ai quali egli può ispirarsi, come insegna il percorso della giurisprudenza, mutano ed oscillano nel tempo, con il maturare negli osservatori di tali vicende di una progressiva incertezza circa il possibile esito finale della decisione.

L'attività di impresa, però, come è noto soffre delle situazioni che producono instabilità ed aleatorietà nella gestione degli affari, soprattutto quando si tratta di operazioni economiche complesse o di contratti diretti a disciplinare l'acquisizione di partecipazioni sociali di controllo, ovvero di comparti aziendali, oppure di rami di azienda, ovvero che riguardano appalti internazionali o contratti di fornitura di servizi, anche energetici, prevalentemente stipulati tra parti contraenti appartenenti a nazionalità diverse tra loro, rispetto ai quali la mancata esecuzione del contratto, ovvero il ritardo nell'adempimento di singole prestazioni, genera perdite economiche e finanziarie assai rilevanti e significative.

Le parti, avvertite di tali pericoli, cercano di correre ai ripari, proprio con lo strumento del contratto, mediante la predisposizione di adeguate clausole sia di gestione dei rischi di inadempimento, sia di restrizione del relativo potere di azione e di impugnazione del contratto al fine di circoscriverlo e di limitarlo.

Si tratta, per lo più, di clausole inserite in contratti redatti in lingua inglese, e provenienti dall'esperienza forense anglosassone o nord-americana, nei quali una delle parti contraenti, il più delle volte è di nazionalità italiana, ovvero, ad esito di un processo di selezione, potrebbe essere di nazionalità italiana, per cui sebbene il modello culturale e concettuale entro il quale si collochi e si plasmi lo schema contrattuale sia quello di *common law,* tuttavia esso espressamente è assoggettato al diritto italiano.

In tal modo si crea un contratto "ibrido", o meglio definito, secondo una suggestiva e felice formula, "alieno" [11]: clausole contrattuali di *common law*, ma sottoposte al diritto di *civil law*.

Il contratto alieno, come si è anticipato, viene infatti dalla combinazione di modelli stranieri e di clausole tratte dalla prassi dei contratti internazionali, e aspira all'autosufficienza, perché le parti, mediante la

(11) G. De Nova, *The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy: il contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 7; (ora anche in Id., *Il contratto alieno*, 2ª ed., Torino, p. 47 ss.; in Id., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 31 ss.); Id., voce *Contratto alieno*, in *Digesto. Disc. Priv. Sez. civ. Agg.* ****, Torino, 2009, p. 10 ss., al quale si deve l'enucleazione del modello, la sua definizione, la ricostruzione delle sue note caratterizzanti.

preventiva e minuziosa regolazione sia della definizione del significato dei termini in esso impiegati, sia di tutte le possibili situazioni nascenti dal contratto e dalla sua esecuzione, vogliono evitare tendenzialmente che su quel contratto si pronunci il giudice.

Quel modello di contratto, anche se è assoggettato esplicitamente alla legge italiana, proprio perché le parti consapevolmente ad essa lo sottopongono, cerca tuttavia di precostituire pattuizioni, obblighi e clausole che tutto sommato la evitino, e che impediscano al massimo l'insorgere della controversia, sia essa relativa all'interpretazione, sia all'esecuzione del contratto, e quindi perseguono il primario obiettivo di prevenire la successiva possibile lite.

Vi si rinvengono allora clausole che (invece di formare oggetto di interpretazione, anche ai sensi dell'art. 1363 c.c.) sono dirette, anche per circoscrivere i possibili abusi nel momento del loro scrutinio ermeneutico, a stabilire i principi e criteri di interpretazione del contratto medesimo, come accade con le "*Entire Agreement Clauses*" o "*Merger Clauses*" [12]; sia disposizioni che, in alcuni contratti, escludono la proponibilità di eccezioni, ovvero che sono strutturate per travalicare il rigoroso baluardo segnato dalle norme imperative del diritto italiano.

Un ostacolo spesso impervio da superare per il contratto alieno, se non attraverso la previsione di apposite norme eccezionali, che di frequente derivano in questo caso dal diritto comunitario, come quella che esclude la disciplina del patto commissorio nella regolazione delle garanzie finanziarie [13].

Dalla ricognizione e dalla descrizione delle clausole di cui solitamente si compone, o può comporsi, un contratto alieno [14], infatti,

(12) Ad esempio una clausola in tal senso ricorrente è quella secondo cui: " *This agreement signed by both parties and so initialed by both parties in the margin opposite this paragraph constitutes a final written expression of all the terms of this agreement and is a complete and exclusive statement of those terms*"; sul tema, cfr., G. De Nova, Merger clause *e contratto alieno*, in Id., *Il contratto alieno*, cit., p. 95 ss.; M. Foglia, *Il contratto autoregolato: le* merger clauses, Torino, 2015, p. 14 ss.,

(13) Cfr. d.lgs. n. 170 del 24 maggio 2004 (poi modificato dalla direttiva 2009/44/CE, a sua volta in seguito recepita dal d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48), sul quale cfr. E. Gabrielli, *Le garanzie finanziarie. Profili generali*, in E. Gabrielli – R. Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, in *Trattato dei contratti* dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2ª ed., 2011, pp. 1751 ss.; F. Fiorentini, *Le garanzie finanziarie*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da Gambaro, Morello, V, Milano, 2014, p. 180 ss.; E. Gabrielli, *Del pegno*, in *Comm. del codice civile* dir. da E. Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, a cura di Bonilini e Chizzini, Torino, 2015, vol. 2, p. 92 ss.

(14) Per un ragionato censimento critico di tali clausole cfr. G. De Nova, *The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy: il contratto alieno*, cit., p. 56 ss.

emerge che alcune di loro (come quella di *severability* che serve a disciplinare le conseguenze di un eventuale nullità) sono spesso invalide, ovvero sono in aperto contrasto con norme imperative (come quelle che tendono a limitare la responsabilità dell'appaltatore ad una percentuale del corrispettivo contrattuale), ma ciò nonostante il contratto alieno riesce a superare le barriere del diritto italiano nella misura in cui riesce a far valere tali clausole come "scindibili".

Il contratto alieno infatti si confronta con il diritto italiano unicamente su singole clausole e a quindi a volte riesce a salvare l'intero contratto, poiché l'unico ostacolo che il contratto alieno incontra – e quindi il vero strumento di controllo della sua validità – sono le norme materiali, quelle che superando la dimensione della fattispecie, e dello strumento giuridico impiegato, hanno di mira l'effetto, il risultato in concreto dalle parti perseguito che l'ordinamento però vieta.

La qualificazione in termini di norme "materiali", individuata per alcune di quelle disposizioni – ferme restando quelle propriamente imperative e quindi assolutamente inderogabili dalle parti – si è in seguito, tuttavia, rivelata impropria, in ragione del fatto che il risultato economico, o comunque l'effetto giuridico che esse sono dirette a realizzare, si è manifestato, nel corso del tempo, e in ragione dei mutamenti del sistema economico e finanziario, vuoi per l'intervento del legislatore, vuoi alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale, compatibile con i valori ed i precetti del nostro ordinamento.

In tal modo, il costante e progressivo ricorso, nel diritto vivente assoggettato alla legge italiana, dei cc.dd. contratti alieni, ha fatto emergere alcuni rilevanti profili che toccano direttamente il tema delle clausole di *exclusive remedy*, delle quali quei contratti si nutrono.

L'analisi strutturale dei contratti alieni ci rivela che all'interno del loro contenuto "il diritto dispositivo perde ogni interesse, perché i contratti alieni si propongono come completi e non vogliono l'integrazione; rilevano le norme imperative di principio, le norme materiali, capaci di applicazione al di là del caso espressamente previsto; si pone il problema della derogabilità di norme ispirate al principio di buona fede; la barriera del diritto italiano non ferma i contratti alieni; la barriera del diritto italiano pone in discussione singole clausole, anche sotto il profilo dell'essere clausole di stile" [15].

Il contratto alieno, in tale prospettiva, predispone gli opportuni anticorpi alle possibili patologie interne del contratto, cerca di renderlo immune, mediante un'attenta, accurata, a volte perfino maniacale predisposizione di regole e precetti, al punto tale che si preoccupa addirittura di predisporre quali strumenti di tutela le parti possono attivare e mettere in campo per far valere le proprie ragioni e i propri diritti nascenti dal contratto.

(15) G. De Nova, *The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy: il contratto alieno*, cit., p. 62 ss.

In questo contesto si staglia il tema delle clausole che limitano i rimedi esperibili dalle parti per la contestazione sia stragiudiziale, sia giudiziale del contratto.

3. Nel quadro di riferimento disegnato, si tratta dunque di indagare e risolvere in particolare il quesito se i rimedi previsti dalla disciplina della risoluzione del contratto, sia quelli conservativi o manutentivi, sia quelli diretti a farne caducare gli effetti, siano preventivamente disponibili dalle parti nel contratto, così che, in caso di violazione del suo regolamento, ai contraenti sia possibile agire solo ed unicamente ai sensi e per gli effetti di quella che, nei contratti di matrice internazionale, ovvero nei "contratti alieni", è la c.d. clausola da tempo conosciuta e variamente denominata come "exclusive remedy", "single remedy", "sole remedy".

La clausola, nella sua generica formulazione, è spesso rinvenibile declinata nel senso che «*the rights and remedies provided in this article 8 shall be exclusive and in lieu of any other right, action, defence, claim or remedy of the Buyer, provided by applicable Law or othewise, however arising in connction with, or by virtue of, any breach of the representations, wrranties, undertakings and covenants of the Seller contained in this Agreement. In particular, but without limitation, the Buyer shall not have any right to terminate, annul or rescind this Agreement or to refuse to effect the Closing or to start the action set forth in the articles 1492, 1494 of the Italian Civil Code*».

Il perimetro ed il contesto di riferimento della clausola, come appare a prima vista evidente indipendentemente dal suo contenuto dispositivo, è però prevalentemente quello dei cc.dd. patti sulla risoluzione, mediante la limitazione in capo ai contraenti sia del potere di impugnazione del contratto, sia degli strumenti per promuoverla, riducendo i rimedi contrattuali anche ad uno solo.

L'esclusione di tutti i rimedi, salvo uno, od alcuni puntualmente individuati ed elencati, diviene così un rimedio contrattuale.

Le suddette clausole infatti non possono avere ad oggetto le norme in tema di invalidità del vincolo, e quindi con funzione paralizzante della domanda di nullità, in ragione della natura inderogabile e indisponibile delle norme a presidio della stessa; ovvero di quella di

annullabilità o rescindibilità del contratto, che, per poter formare oggetto di apposita e preventiva rinuncia, presupporrebbero la anticipata consapevolezza, in capo al titolare dell'azione, della loro esistenza quale vizio che colpisce il contratto, laddove la loro conoscenza si acquisisce soltanto in un momento successivo [16].

All'interno di tale ambio, del resto, le parti – anche in ragione della scontata circostanza che ogni contratto, ogni operazione economica, determina un costo, soprattutto per l'impresa – al fine di governare l'esigenza di autosufficienza contrattuale, cercano di circoscrivere e restringere al massimo la possibilità di risolvere il contratto e così farne caducare gli effetti, e quindi si sforzano di individuare non solo le regole di non contestata, e non contestabile, attuazione del rapporto, ma soprattutto quelle che, anche dal punto delle sequenze procedimentali da seguire per farle valere, ne possono invece governare la patologia, sia che essa dipenda dal comportamento delle parti, sia che essa sia il frutto dell'incidenza esterna di circostanze, sopravvenienze, rischi contrattuali, la cui preventiva amministrazione in termini negoziali diventa fondamentale per la tenuta del contratto.

Le parti, infatti, il più delle volte non si fidano dei giudici e dei giudizi (e tutto sommato, visto quello che si legge nelle sentenze, non hanno torto) e desiderano pertanto risolvere autonomamente tra loro le possibili contestazioni o controversie mediante la previsione in contratto di procedure e regole di gestione "endocontrattuali" della crisi, che tra loro si è aperta sull'interpretazione o esecuzione del rapporto e delle sue obbligazioni e prestazioni reciproche.

Si affidano quindi esclusivamente al contratto: le parti infatti vogliono che il giudice, ordinario o arbitrale investito della controversia, decida in base al contratto piuttosto che alla legge italiana a quel contratto applicabile.

Si affidano al contratto, in un primo momento, nel tentativo di un sostanziale "autogoverno stragiudiziale della sua crisi", attuato mediante la predisposizione di apposite clausole *ad hoc*; in un secondo momento, risultato vano o inattuabile il primo tentativo, mediante il ricorso alla giustizia privata: alla procedura arbitrale, dove i contraenti hanno per lo meno il potere di scegliersi giudici tecnicamente preparati, ed evitare

(16) Sul profilo della esclusione, dall'ambito di applicazione e dal perimetro di efficacia della clausola, delle ipotesi di invalidità e di annullabilità del contratto, cfr. G. De Nova, *Il* Sale and Purchase Agreement: *un contratto commentato*, Torino, 2011, p. 193 ss., e il sintetico commento di V. Di Gravio, *Clausola di unico rimedio*, in M. Confortini (a cura di), *Clausole contrattuali*, Milanofiori Assago, 2017, p. 1604.

così che un'operazione negoziale particolarmente complessa e sofisticata finisca per essere valutata da chi, magari per tutta la vita prima di allora, si era occupato unicamente di sfratti e condomini.

Il quadro economico nel quale tali clausole si muovono è quello delle clausole di garanzia e di indennizzo o di manleva che assistono, in maniera sintetica ovvero analitica, le cessioni di partecipazioni sociali o di aziende, laddove una delle parti, per evitare la completa caducazione del contratto e quindi dell'affare sottostante, cerca di individuare nell'unico obbligo di pagare un indennizzo, la cui misura viene negozialmente preordinata, il solo ed esclusivo rimedio esperibile dalla controparte, la quale lamenti delusioni economiche o inaspettate sorprese dall'affare o inadempimenti ad opera della controparte [17].

Le clausole di unico rimedio, al fine di dare certezza al regolamento negoziale, e in tal modo sia di circoscrivere l'applicazione del diritto applicabile al contratto, sia di evitare eventuali regolamentazioni eteronome rispetto a quelle dettate dai paciscenti, disciplinano forme e modalità di gestione del rischio di inadempimento e di sopravvenienza prevedendo, per il verificarsi di tali situazioni, quali siano le uniche conseguenze applicabili sulla singola e concreta vicenda contrattuale.

Le clausole di unico rimedio sono quindi una forma e tecnica di amministrazione del rischio contrattuale.

4. Tra i numerosi problemi che il tema delle clausole di esclusione dei rimedi sinallagmatici solleva, appare utile, anche al fine di limitarne e circoscriverne l'esame, sinteticamente riflettere su quello della loro disponibilità convenzionale ed anticipata, rispetto al momento in cui si verificano i presupposti per la loro attivazione.

Si tratta di valutare se, trattandosi di rimedi posti nell'interesse esclusivo della parte, sia concesso all'autonomia privata di intervenire sulla loro regolazione negoziale, mediante una disciplina *ad hoc* dei loro limiti, dei presupposti e delle modalità di attivazione, anche esplicitamente dichiarandone la natura derogatoria rispetto alla disciplina di diritto comune dei contratti, fino al punto da stabilirne la non applicabilità ad un singolo e determinato contratto.

(17) Sui problemi connessi alle garanzie contrattuali che accompagnano la circolazione delle partecipazioni azionarie, e sui rimedi esperibili per la loro violazione, cfr., C. d'Alessandro, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, Milano, 2003, p. 63 ss.; G. Iorio, *Struttura e funzioni della clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2006, p. 27 ss.; T.M. Ubertazzi, *Il procedimento di acquisizione di imprese*, Padova, 2008, p. 332 ss.; G. De Nova, *Il* Sale and Purchase Agreement: *un contratto commentato*, cit., p. 153 ss.

Se infatti non può dare luogo a dubbi la circostanza che esse siano rinunciabili, dopo che siano state fatte valere nel giudizio, non altrettanto è a dirsi per quanto attiene sia alla preventiva dichiarazione di non volersene avvalere, sia al fatto che le parti possano *ab origine* nel contratto stabilirne l'esclusione convenzionale, in ragione della presenza nel nostro ordinamento di un generale divieto di preventiva rinuncia ad opporre eccezioni.

Gli orientamenti presenti in dottrina sono contrastanti [18].

Alcuni, prendendo spunto dalle norme che limitano la possibilità di escludere pattiziamente le garanzie nella vendita, restringono l'ammissibilità di patti contenenti rinunce preventive, a meno che l'abbandono del rimedio non risulti circoscritto nei soli limiti in cui il fatto idoneo ad attivarlo non sia un fatto imputabile alla stessa controparte che di quella rinuncia verrebbe a beneficiare, sostenendo che tale conclusione sarebbe rafforzata dal più generale principio di sfavore verso la soggezione alle altrui decisioni meramente potestative. Per quanto attiene invece ai "fattori di risoluzione non imputabili" e ai casi in cui la rinuncia alla risoluzione per "fatti non imputabili alla controparte sia bilaterale", cioè operata reciprocamente da entrambi i contraenti, varrebbero altri tipi di considerazioni, tutte in ogni caso dirette ad escludere l'ammissibilità di tali pattuizioni [19].

Una parte della dottrina, di contro, sostiene che la libertà delle parti incontra un limite nel principio di buona fede, così che se «all'esclusione del rimedio della risoluzione si contrappone il permanere dell'azione di adempimento e di risarcimento, non pare vi sia fondamento normativo per sancire la nullità della clausola»[20]; e si aggiunge, nella stessa linea[21], che nell'ordinamento non sarebbe rintracciabile un

(18) Per una sintesi del problema e delle posizioni assunte in dottrina cfr., G. Amadio, *Inattuazione e risoluzione*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, vol. V -2, Milano, 2006, p. 26; F. Addis, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 489; G. Sicchiero, *Risoluzione dei contratti*, in *Tratt. di dir. civ. del notariato*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, 2013, p. 31; F. Delfini, *Autonomia privata e contratto*, 2ª ed., Torino, 2017, p. 227 ss.; A. Gallarati, *Il contratto irresolubile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola* «exclusive remedy» *nell'economia delle parti*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1022 ss., ed ivi ulteriori riferimenti.

(19) V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* dir. da Iudica-Zatti, Milano, 2001, p. 882.

Cfr., in senso tendenzialmente sfavorevole, già R. Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.* dir. da Vassalli, Torino, 1975, p. 936.

(20) G. De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 37 (ora anche in Id., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 243)

(21) F. Delfini, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, p. 28; Id., *Autonomia privata e contratto*, cit., p. 234, secondo il quale il termine responsabilità

principio di intangibilità pattizia in via preventiva del rimedio risolutorio, come risulterebbe dalla presenza dell'art. 1456 c.c. che deroga al 1455 c.c. e dalla regola espressa di cui all'art. 1462 c.c.

L'opinione da ultimo riportata si giova anche del rilievo secondo cui l'evolversi del diritto dei contratti in altre esperienze giuridiche e nel sistema del commercio internazionale, ammette la derogabilità e l'esclusione convenzionale dei rimedi in autotutela, argomentando da una lettura rovesciata proprio dell'art. 1462 c.c., dalla quale si dedurrebbe «che non si può escludere la proponibilità di certe eccezioni, e implicitamente, che si può validamente escludere contrattualmente la proponibilità di altre», e che la norma esclude solo le eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione, ma non altre eccezioni, quale quella di inadempimento [22].

Il fondamento dell'ammissibilità di clausole che consentano all'autonomia privata di intervenire sulla disciplina legale della risolubilità del contratto e di gestione dei rimedi alla stessa connessi, quali le clausole di irresolubilità espressa, si rinviene, così, in una pluralità di ragioni legate alle singole e concrete negoziazioni, come ad esempio nella opportunità di inserire nel contratto clausole che possano servire a soddisfare interessi di terze parti contrattuali, quali sono, ad esempio, in particolari tipi di contratti, le banche finanziatrici di

contenuto nell'art. 1229 c.c. va riferito non solo alla risarcibilità del danno, ma anche alle altre conseguenze giuridiche dell'inadempimento, e poiché la risoluzione rientra tra queste la sua esclusione potrebbe considerarsi una limitazione della responsabilità contrattuale. La norma quindi opererebbe una delimitazione in negativo dell'autonomia privata nella conformazione del regime di responsabilità contrattuale, così che dovrebbero ritenersi escluse tutte le limitazioni che riguardano inadempimenti dolosi o gravemente colposi. Al medesimo tempo, si osserva che i limiti contenuti nella norma, consentirebbero al patto di irresolubilità di assolvere ad una "funzione compulsiva dell'adempimento contrattuale" (*op. cit.*, p. 236). Da qui la conclusione secondo cui, con riguardo ai patti sulla risoluzione, andrebbe distinto il piano della validità della clausola da quello della sua efficacia: la prima andrebbe misurata nel suo momento genetico in odine al rispetto, o meno, dell'art. 1229 c.c.; qualora, poi, nella fase di attuazione del rapporto, il riequilibrio del nesso di corrispettività tra le prestazioni sul piano dell'esatta esecuzione o del risarcimento del danno non sia concretamente attuabile si dovrebbe concludere per l'inefficacia della clausola di irresolubilità per violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, ovvero invocando l'abuso del diritto.

(22) G. De Nova, *Il* Sale and Purchase Agreement: *un contratto commentato*, cit., p. 217, in particolare per quanto riguarda la possibilità di escludere l'eccezione di inadempimento; e già prima Id., *Nuove tutele e nuovi rimedi in materia contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 453 ss. (ora anche in Id. *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 93).

determinate operazioni di acquisizione di partecipazioni, ovvero di progetti di finanza [23].

Tale fenomenologia contrattuale, infatti, riceve dal diritto della *lex mercatoria* una continua spinta innovatrice, in virtù della quale si accreditano tipi e schemi negoziali i quali, seppure si presentano sotto una veste apparentemente particolare, possono tuttavia essere ricondotti a figure negoziali che il diritto interno conosce e per le quali appresta una disciplina, come avviene, per limitare l'accenno ad alcuni tipi tra i più diffusi, al cd. *sale and purchase agreement*, che disciplinando la cessione di partecipazioni sociali qualificate, può essere ricondotto alla vendita; il *sale of business* che può essere ricondotto alla cessione di azienda; il *covenant not to compete* che può essere ricondotto al patto di non concorrenza.

Recenti fonti persuasive, peraltro, inducono a concludere nella direzione della loro ammissibilità: i Principi di diritto europeo dei contratti all'art. 8:109, sotto la rubrica "*Clausole di esclusione o di limitazione delle tutele*" creano infatti la regola secondo la quale le tutele per l'inadempimento possono essere escluse o limitate, a meno che tali limitazioni o esclusioni risultino contrarie ai principi di buona fede e di correttezza.

Le clausole di esclusione delle tutele, quindi, possono trovare ingresso nel contratto, a condizione che la parte che rinuncia all'operatività dell'eccezione dilatoria abbia comunque la possibilità di attivare altri rimedi, alternativi a quelli demolitori, per tutelare i propri interessi e la propria posizione economica, come l'esecuzione in forma specifica o il risarcimento del danno [24], ovvero l'indennizzo per la perdita

(23) Cfr., ad esempio, nei contratti di finanza di progetto, la clausola che stabilisce che «*each of the Parties waives any rights which it may have pursuant to articles 1460, 1467 or 2236 of the Italian Civil Code or otherwise to apply to have this Contract revised or set aside as an onerous contract; and each of Owner and Contractor hereby irrevocably and unconditionally waives, to the extent permitted by applicable law, any and all rights which it may now have or which may at any time hereafter be conferred upon it, by applicable law or otherwise, to terminate (risoluzione and rescissione), cancel (annullamento), quit or surrender this Contract, except in accordance with the express terms hereof or as otherwise agreed in writing between Owner and Contractor*»; sul punto vedi G. De Nova, *Dieci "voci" per una tavola rotonda sul «nuovo diritto» dei contratti*, in G. Vettori (cur.), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, 1999, p. 818; Id., *Il* Sale and Purchase Agreement: *un contratto commentato*, cit., p. 220; G. Sicchiero, *Risoluzione dei contratti*, cit., p. 32.

(24) G. De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, cit., p. 37 – 38 (ora anche in Id., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 243); Id., *Il* Sale and Purchase Agreement: *un contratto commentato*, cit., p. 220 – 221.

contrattuale, o per la violazione di garanzie connesse all'irrealizzabilità dell'operazione economica [25].

La diversità di contenuto e di effetti dei rimedi diretti a produrre lo scioglimento del contratto è dunque indice della possibilità per una parte di rinunciare ad un rimedio, senza per questo essersi preclusa il ricorso ad un altro, e quindi senza che, così operando, essa rinunci alla tutela in concreto del proprio interesse [26].

La discrezionalità che le parti hanno di attivare l'uno o l'altro degli strumenti di tutela (azione di risoluzione, ovvero mera azione di risarcimento) in caso di violazione delle regole contrattuali, potendo così scegliere all'interno del sistema dei rimedi quale degli stessi attivare, conferma la tesi secondo cui i contraenti possono anche stabilirne la loro preventiva esclusione, purché nella fissazione delle rispettive forme di regolazione di tali patti vengano rispettati i limiti segnati dai principi di buona fede, di ragionevolezza e di proporzionalità, trattandosi di limitazioni del diritto e del potere di azione.

Del resto anche la recente introduzione sia dell'art. 48-*bis* TUB, che prevede la c.d. condizione di inadempimento [27], sia di forme di

(25) G. De Nova, *Il* Sale and Purchase Agreement: *un contratto commentato*, cit., p. 220-221.

(26) Una conferma in tal senso sembra potersi trarre da quell'autorevole orientamento giurisprudenziale espresso, in tema di mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione (Cass. Sez. un. 11 aprile 2014, n. 8510, in *I contratti*, 2014, p. 794, con nota di M. Dellacasa, Jus variandi *e risarcimento del danno tra disciplina legislativa e regole giurisprudenziali*), secondo il quale la giustificazione del mutamento si fonda sul rilievo che, nei contratti a prestazioni corrispettive, le due azioni costituiscono due diversi rimedi giuridici a tutela del diritto che dal rapporto sottostante deriva al contraente in regola con l'adempimento; ragione per cui, in occasione del mutamento della domanda, deve essere ammessa l'introduzione della domanda di restituzione e di risarcimento del danno «data la funzione complementare che l'una e l'altra svolgono rispetto al rimedio diretto ad ottenere la rimozione degli effetti del sinallagma». Tale arresto argomenta sul presupposto secondo il quale la domanda di risarcimento – anche se non è accessoria a quella di risoluzione, alla quale non è legata da un rapporto di consequenzialità logico-giuridica – «concorre nondimeno ad integrare e a completare le difese del contraente in regola, costituendo un coelemento, un tassello di un sistema complessivo di tutela».

(27) La norma infatti prevede l'inserimento, all'interno del contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'art. 106 TUB, di una pattuizione che, a garanzia dell'adempimento, contempli il trasferimento della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, in favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari, in caso di inadempimento al pagamento di alcune rate del rimborso del finanziamento.

autotutela esecutiva del creditore pignoratizio (nella legge 30 giugno 2016, n.119) è indice della tendenza di un *favor legis* verso una maggiore duttilità nella predisposizione ad opera delle parti di strumenti negoziali di preventiva gestione e soluzione della fase patologica del contratto, o delle ipotesi di soddisfazione del creditore adempiente nei confronti della controparte che ha violato le regole del contratto, al fine di dare maggiore stabilità alle negoziazioni, e di evitare di doverle sottoporre all'inefficienza dei tempi della giustizia ordinaria, ed alle incertezze alla stessa connesse, nel risolvere i conflitti tra privati.

La derogabilità e disponibilità dei rimedi sinallagmatici sembra rinvenire, sul piano teorico, una propria giustificazione anche sotto un altro e differente punto di vista, che fa capo all'analisi della struttura del contratto e in particolare dei singoli tipi ed al loro eventuale combinarsi per dar luogo ad operazioni economiche complesse.

Se infatti si condivide l'idea che ogni tipo contrattuale (ed a maggior ragione la regolamentazione dell'affare attuata secondo modelli atipici, ovvero operazioni economiche particolarmente articolate e complesse) abbia una propria elasticità, che varia da tipo a tipo, in ragione della concreta funzione che le parti al regolamento negoziale hanno assegnato [28], ci si persuade che mediante la predisposizione di apposite clausole è possibile, nei contratti a prestazioni corrispettive, introdurre patti di *single remedy*, o di *exclusive remedy*.

Tali clausole non alterano il nesso di corrispettività del contratto, privandolo della propria causa ovvero incidendo sulla stessa oltre i limiti di elasticità del tipo, ma, per mezzo della elisione ovvero riduzione *ab origine* della possibilità di esperire i rimedi manutentivi o sospensivi, assolvono il diverso e limitato compito di modificare per via convenzionale le modalità mediante le quali possono realizzarsi i concreti effetti negoziali e regolare in tal modo anche il manifestarsi della misura della funzione di scambio e la sua disciplina concreta.

Nei contratti a prestazioni corrispettive, infatti, la funzione di scambio è parametrata sulla base dell'intento delle parti di realizzare l'assetto di interessi attraverso lo scambio tra le prestazioni, che trovano così ciascuna di loro la propria ragione di essere nell'altra.

Risulta allora evidente che, se a fondamento della categoria dei contratti a prestazioni corrispettive si accoglie il principio della libera determinazione da parte dei contraenti della misura dello scambio [29], le

(28) E. GABRIELLI, voce *Tipo contrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1999, p. 9.

(29) Cfr. in tal senso da ultimo, E. GABRIELLI, *Dell'eccessiva onerosità*, in *Comm. del cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino, 2011, vol. 4, p. 625, ed ivi ulteriori riferimenti.

parti – salvo il limite inderogabile ed indisponibile dettato dalle norme imperative – possono organizzare e modulare l'assetto dei loro interessi al fine di realizzare, all'interno dell'economia del singolo contratto, una distribuzione del rischio dell'inadempimento coerente con le ragioni che ciascuna di loro pone a base della corrispettività delle prestazioni, indipendentemente da ogni altra valutazione.

Le parti possono così prevedere che la fissazione del metro di scambio possa subire una differente misura per l'una rispetto all'altra parte, e che, quindi, una di loro possa limitare le azioni contrattuali a propria disposizione, in ragione della circostanza che tale restrizione è, sul piano della corrispettività dello scambio, bilanciata da una differente disciplina dell'altrui pretesa fondata sul contratto, ovvero da una particolare misura dell'indennizzo che, a fronte di tale rinuncia o di tale limitazione, la parte che la subisce avrà diritto di ricevere.

Si tratta dunque di limitazioni, esclusioni, modificazioni, della disciplina di diritto comune delle azioni di impugnazione del contratto e dei rimedi sinallagmatici esperibili che – se non risultano il frutto di un abuso del diritto, di una situazione di dipendenza economica e non oltrepassano i limiti e confini di volta in volta imposti sia dall'art. 1229 c.c., sia dalle singole norme imperative che nell'affare possono entrare in gioco – in quanto espressione del potere delle parti di regolare a proprio piacimento l'economia di ogni singolo contratto, assumono valore dispositivo, poiché sono strutturalmente articolate e funzionalmente orientate a prevenire, gestire ed amministrare il rischio contrattuale.

ENRICO GABRIELLI