

ABSTRACT

La nozione di autotutela nel linguaggio giuridico soffre di eccessiva genericità e ampiezza perché la si trova impiegata anche al di là dei casi nei quali un soggetto è posto in una condizione di pericolo oggettivo o subisce una vera e propria lesione, senza che l'esercizio della situazione giuridica di cui è titolare possa impedire o eliminare tale stato di fatto. La sussistenza di un'ipotesi di autotutela conferisce alla vittima del pericolo o della lesione una situazione giuridica soggettiva che consente la possibilità materiale e giuridica di assicurarsi autonomamente una protezione analoga a quella ottenibile mediante il provvedimento del giudice. Non meno generica è l'affermazione del carattere eccezionale delle ipotesi di autotutela che, per la loro idoneità a derogare ad un divieto generale di farsi giustizia da sé, si connoterebbero per un ambito di operatività determinabile attraverso la sola esegesi letterale della rispettiva disciplina legislativa con la conseguente esclusione del ricorso all'analogia. In particolare, nell'area del contratto, dalla riconduzione delle eccezioni dilatorie nell'ambito di operatività dell'autotutela non possono trarsi indicazioni decisive circa il carattere eccezionale della loro operatività: occorre invece prediligere una spiccata propensione sistematica e finalistica, che consente di guardare ai rimedi in esame non come ad un semplice gruppo di regole, quanto piuttosto ad una disciplina unica, orientata a preservare un'adeguata corrispondenza tra sinallagma genetico e funzionale. All'allargamento dell'ambito di operatività di questi rimedi non può che far seguito una corrispondente riduzione di quello della ritenzione, che è dunque limitato ai casi testualmente previsti dalla legge non già in ragione di una pretesa eccezionalità dell'autotutela in quanto tale, ma proprio perché un'ipotetica estensione in via analogica della ritenzione finirebbe fatalmente col regolare situazioni la cui tutela è già assicurata dalle ordinarie eccezioni dilatorie. L'evoluzione del sistema delle tutele consente infine il riconoscimento della liceità di clausole volte ad introdurre ipotesi convenzionali di ritenzione o, in genere, di allargare l'ambito di operatività dell'autotutela contrattuale a fattispecie diverse da quelle descritte dal legislatore.

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

Estratto da I TEMATICI, I-2021

CONTRATTO, diretto da G. D'Amico

Fabio Addis

AUTOTUTELA CONTRATTUALE



AUTOTUTELA CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. Nozione. — 2. Autotutela conservativa del sinallagma contrattuale. — 3. Eccezioni dilatorie e risoluzione del contratto. — 4. La « ritenzione » della prestazione dovuta. — 5. Autotutela convenzionale.

1. *Nozione.* — L'attribuzione all'autorità giudiziaria dell'esercizio della funzione giurisdizionale (art. 101, 102 cost. e 2907 c.c.) e la rilevanza penale di taluni comportamenti che, traendo giustificazione dall'esigenza di farsi giustizia, si connotano per il compimento di atti di violenza su cose o persone (art. 392 e 393 c.p.) inducono comunemente a considerare l'autotutela privata (v. AUTOTUTELA - DIRITTO PRIVATO e AUTOTUTELA) come una sintesi verbale dei casi in cui la legge concede a taluno la facoltà di ottenere il soddisfacimento di un suo interesse in via stragiudiziale, attuando — a spese altrui — uno stato di fatto conforme alle proprie esigenze (1).

(1) Cfr. S. PIRAS, *Saggio sul comportamento necessitato nel diritto privato*, in *St. sass.*, 1949, 259 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁸, I, Milano, Giuffrè, 1957, 162 s.; E. BETTI, *Autotutela (diritto privato)*, in questa *Enciclopedia*, IV, 1959, 529; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistemati dell'autotutela privata*, I. *Introduzione*, Milano, Giuffrè, 1971, 29 s.; Id., *Autotutela: II) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, 1988, 1, e in Id., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1998, 273 s. (da cui le successive citazioni); A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, Giuffrè, 1983, 3 s. e 62 s.; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1984, 52 s.; A. SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995, 209 ss.; L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995, 12 s.; C.M. BIANCA, *Autotutela*, in questa *Enciclopedia*, Aggiornamento, IV, 2000, 130 s. (da cui le successive citazioni), e in Id., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I. *Teoria generale e fonti*, t. 1, Milano, Giuffrè, 2002, 241 s.; A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Napoli, Jovene,

Da tale generalissima nozione, facilmente distinguibile da altre forme di autotutela operanti in rapporti tra soggetti che non si trovano su un piano di parità formale (2), hanno trovato origine più raffinate astrazioni, nelle quali la funzione perseguita dai singoli istituti, il titolo giustificativo dei medesimi, le modalità concrete di esecuzione della condotta resa legittima dall'intervento legislativo, permettono di differenziare autotutela conservativa e reattiva, unilaterale e consensuale, attiva e passiva.

Ne è derivato un quadro articolato e complesso, nel quale la finalità di farsi giustizia da soli è stata volta a volta invocata per consentire la rimozione dello stato di fatto lesivo, impedire il sorgere stesso della lesione, realizzare condotte imputabili alla sola parte interessata o rese in accordo con la controparte, includendo nel medesimo fondamento giustificativo comportamenti at-

2011, 6 s.; L. D'ACUNTO, *Recesso e autotutela nei rapporti di consumo*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018, 13 ss.; F. CARIMINI, *Sequestro convenzionale e autotutela*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018, 43 ss.; T. MONTECCHIARI, *Ius singulare e autotutela privata. Contributo allo studio di una « categoria »*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019, 12 s.; A. LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019, 7 s.; nonché, per una puntuale analisi storica, L. ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *Ann. sem. Palermo*, (15) 1936, 114 ss.; M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, Napoli, Jovene, 1937, 15 ss.; G. COSSA, *Studi sulla repressione del crimen vis tra tarda Repubblica e Principato. La legislazione giulia de vi publica et privata*, Siena, Tipografia senese, 2007, 9 ss.; C. GIACCHI, *L'interdictum de migrando e l'origine della tutela del pegno*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano, Giuffrè, 2009, 271 ss.; D. ROSSI, *Immagini e dimensione storico-giuridica del rapporto tra singolo e poteri costituiti*, in *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale* a cura di P. GIANNITI, Padova, Cedam, 2010, 17 ss.

(2) Cfr. F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in questa *Enciclopedia*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 539 s.; A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 825 ss.; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutele*, Milano, Giuffrè, 1969, 305 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistemati dell'autotutela privata*, I, cit., 41 ss.; Id., *Autotutela*, cit., 288 s.; V. FIGARI, *Autotutela e riesame nell'accertamento del tributo*, Milano, Giuffrè, 1999, 78 ss.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, 25 ss.; M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, Giuffrè, 2006, 52 s.; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio: dall'autotutela alla tutela*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 125 ss.; C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018, 32 ss.; M. PROCOPIO, *Il contrasto in tema di autotutela tra i principi costituzionali ed i poteri riconosciuti all'amministrazione finanziaria*, in *Rass. tribut.*, 2019, 92 ss.; nonché il volume collettaneo *Procedimento, provvedimento e autotutela* a cura di F. PUBUSA e S. PUDDU, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019.

tivi immediatamente modificativi della realtà giuridica e mere resistenze all'altrui pretesa (3).

A tale eleganza classificatoria non ha fatto riscontro eguale incisività nell'individuazione di apprezzabili soluzioni applicative.

Il risultato di ogni ricostruzione è infatti sostanzialmente il medesimo e coincide con l'affermazione del carattere eccezionale delle ipotesi di autotutela che, per la loro idoneità a derogare ad un divieto generale di farsi giustizia da sé, si connoterebbero per un ambito di operatività determinabile attraverso la sola esegesi letterale della rispettiva disciplina legislativa con la conseguente esclusione del ricorso all'analogia (4) (v. ANALOGIA - TEORIA GENERALE).

La conclusione non desta particolare sorpresa, ove si consideri che essa si collega alla descrizione di un apparato normativo ancora saldamente ispirato alla logica della fattispecie (v. FATTISPECIE) e, in quanto tale, sensibile all'enucleazione, in termini generali ed astratti, di una situazione fattuale già univocamente definita dal legislatore nei suoi contorni caratterizzanti ed idonea a circoscrivere l'ambito di operatività del rimedio, da intendersi quale mera conseguenza — sempre eguale — del

mancato soddisfacimento di una situazione giuridica di vantaggio (diritto soggettivo) attribuita da una norma primaria (5).

La riconduzione del singolo rimedio entro i confini dell'autotutela è dunque finora servita solo a porre l'accento sulla sua idoneità ad attuare una giustizia individualmente considerata, così da circoscriverne l'ambito di operatività per concedere il più ampio spazio possibile all'intervento giudiziale, la cui terzietà ed indipendenza varrebbero a conferire la massima effettività alla tutela da esso apprestata.

Sono però note le critiche che da tempo investono il concetto della fattispecie e che hanno portato numerosi interpreti a preferire una metodologia d'indagine di matrice rimediale (v. TUTELA - DIRITTO PRIVATO; RIMEDI CONTRATTUALI), più saldamente ancorata all'impiego, in funzione non solo argomentativa, dei principi, considerati idonei a prevalere sulla stessa formulazione letterale delle singole previsioni normative (6).

(3) Cfr. L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, Giuffrè, 1958, 131 ss., spec. 146 s.; BETTI, *op. cit.*, 530 s.; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., 29 ss.; Id., *Autotutela*, cit., 1 s.; DACCINO, *op. cit.*, 13 ss., 42 ss., 73 s., 83 s.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 43 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, 71 s.; LEPORE, *op. cit.*, 8 s. e 126 s.

(4) Cfr. R. BOLAFFI, *Le eccezioni in senso sostanziale*, Milano, Società editrice libraria, 1936, 181 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*², Roma, Società editrice del Foro italiano, 1936, 29 ss.; Id., *Autotutela*, cit., 532; M. GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento*, Milano, Giuffrè, 1939, 23 ss.; F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Napoli, Morano, 1963, 25 s.; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., 38 ss., spec. 46 s.; G. BONGIORNO, *op. cit.*, 95 ss.; A. BARBA, *Ritenzione (diritto privato)*, in questa *Enciclopedia*, XL, 1989, 1373 s.; F. SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Milano, Giuffrè, 1993, 85 s.; SATURNO, *op. cit.*, 227 ss.; MEZZANOTTE, *op. cit.*, 9 ss.; L. VENDITTI, *Autotutela sindacale e dissenso*, Napoli, Jovene, 1999, 52 s.; BIANCA, *op. cit.*, 132; M. PENNASILICO, *Controllo e conservazione degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 128 s.; in *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile* (Gallipoli, 9-10 maggio 2003) a cura di R. DI RAIMO, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, 182 s.; e in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, Giuffrè, 2006, 759 s.; A. LASSO, *Le eccezioni sostanziali*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2007, 149 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 31 ss.; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Il Codice civile. Commentario fondato da P. SCHLESINGER*, diretto da F.D. BUSNELLI, *Artt. 1460-1462*, Milano, Giuffrè, 2011, 37; F. CAMILLETI, *Brevi considerazioni su alcuni strumenti di autotutela contrattuale*, in *Contr.*, 2015, 1142; E. GABRIELLI, *Appunti sulle autotutele contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 492 s.; D'ACUNTO, *op. cit.*, 14 s.

(5) Cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2016, 585 ss.; Id., *Buona fede, ragionevolezza e « efficacia immediata » dei principi*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2017, 53 ss.; V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1045 ss. (da cui la successiva citazione); e in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal Convegno palermitano* a cura di G. GRISI, Napoli, Jovene, 2019, 149 ss.; G. D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, 15 ss.

(6) Cfr. A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 341 ss.; Id., *Linguaggio dei rimedi e tipologia dei danni*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law* a cura di G. VETTORI, Padova, Cedam, 2008, 67 ss.; Id., *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 703 ss.; D. MESSINETTI, *Processi di formazione della norma e tecniche « rimediali » della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studi in onore del prof. Angelo Falzea* (Messina, 4-7 giugno 2002) a cura di V. SCALISI, Milano, Giuffrè, 2004, 209 ss.; Id., *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 605 ss.; Id., *La sistemazione rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 11 ss.; e in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo* a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, Jovene, 2012, 103 ss.; G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 53 ss.; Id., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, Giuffrè, 2009, spec. 21 ss.; Id., *Dialogo tra le Corti e tecnica rimediale*, in *Pers. merc.*, 2011, 280 ss.; Id., *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo tra le Corti*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 237 ss.; E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *N. giur. civ.*, 2007, II, 415 ss.; e in *Remedies in Contract*, cit., 161 ss.; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 585 ss.; in *Remedies in Contract*, cit., 149 ss.; e, con il titolo *La nozione di rimedio*, in Id., *Rimedi specifici e responsabilità*, Perugia, Istituto per gli Studi economici e giuridici G. Scaduto, 2011, 19 ss.; Id., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 601 ss.;

Egualmente conosciuti sono i rischi insiti in un approccio metodologico solo superficialmente rimediabile: escludere ogni attenzione all'analisi della fattispecie in presenza della quale il rimedio è attivabile significa ignorare i condizionamenti che essa è in grado di determinare in ordine alle caratteristiche del rimedio stesso, offrendo di quest'ultimo un'interpretazione parziale e riduttiva, fatalmente destinata a consentire esiti applicativi incontrollabili perché rimessi all'arbitrio del giudice (7).

Non si può tuttavia negare che l'approccio rimediabile occupa uno spazio culturale differente e in qualche misura può risultare utile anche alla prosecuzione evoluta e moderna di una neo-dogmatica ancora basata sullo studio che parte dalla fattispecie. La rimediabilità è essenzialmente connotata da un'anticipazione di senso, da una sorta di precomprensione e dal tentativo di valorizzare le

Id., *Il contratto di diritto europeo*³, Torino, Giappichelli, 2017, 16 ss.; F. PIRAINO, *Alcune osservazioni in tema di rimedi*, in *Giureta*, 2010, 35 ss.; L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 157 ss.; e in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, cit., 319 ss.; Id., *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 583 ss.; P. SIRENA e Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 365 ss.; E. LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediabili. Qualità delle regole e nuovi assetti di valori*, Milano, Giuffrè, 2012, 177 ss.; G. SMORTO, *Sul significato di «rimedi»*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 159 ss.; M. BARCELLONA, *L'ottica rimediabile e la morte della legge*, in *N. dir. civ.*, 3/2017, 37 ss.; SCALISI, *op. cit.*, 1045 ss.; E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (breve spunto di riflessione sulla clausola di «exclusive remedy»)*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 209 ss.; M. ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'«astreinte» al danno punitivo*, in *Contr. impr.*, 2018, 276 ss.

(7) Cfr. S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1033 ss.; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.; Id., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss.; Id., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, 801 ss.; Id., *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2015, 17 ss. (tutti questi scritti sono ora raccolti, con marginali modifiche, in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016); Id., *Sulla relazione logica di conformità (precedente e susseguente)*, in *Il vincolo giudiziale del passato: i precedenti a cura di A. CARLEO*, Bologna, Il Mulino, 2018, 17 ss.; G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Pers. merc.*, 2015, n. 3, 65 ss.; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1103 ss.; e in Id., *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2020, 75 ss.; Id., *Ermeneutica della complessità, in Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione. Convegno in onore del prof. Vincenzo Scalisi* (Messina, 27-28 maggio 2016) a cura di M. TRIMARCHI e altri, Milano, Giuffrè, 2017, 64 s.; A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 245 ss.; R. SACCO, *La fattispecie? Sì, ma ... (un frammento di teoria generale)*, in *Foro it.*, 2018, V, 288 s.; D'AMICO, *op. cit.*, 15 ss.

esigenze a cui dare risposta, superando la nuda e formale utilizzazione di tecniche che potrebbero, nei limiti derivanti da uno stretto formalismo, non portare con la stessa velocità al ritrovamento di soluzioni utili.

La fattispecie resta l'unica tecnica seria di un pensiero scientifico evoluto e quando si ragiona di rimedi analizzando aree tematiche non coperte da un'adeguata capacità normativa preventiva, rimane all'interprete il compito di ritornare ad essa.

Occorre solo essere consapevoli che la tecnica della fattispecie è uno strumento del pensiero giuridico ma non ne esaurisce la complessità, isterilendola in un gioco di schematismi puramente sussuntivi.

La fattispecie, in altri termini, potrebbe non esserci all'avvio della ricostruzione sistematica ed ermeneutica, purché tuttavia sia presente ed adeguatamente valutata al suo compimento.

Stipulativamente si può utilizzare questa distinzione: fattispecie *a priori* è quella data dal legislatore, fattispecie *a posteriori* è quella costruita dalla responsabilità dell'interprete, nel senso di controllo dogmatico dei risultati.

La determinazione *a posteriori* della fattispecie ben si concilia con una piena valorizzazione degli stimoli ideologici, con l'apertura ai bisogni, con la ricerca di soluzioni praticamente fruibili indotte dall'analisi dell'apparato rimediabile e nello stesso tempo consente all'interprete di capire in un secondo momento, dopo aver appreso e valorizzato tutte le suggestioni del rimedialismo, a quale risultato il ragionamento giuridico ha permesso di giungere e quale regola esso ha realmente elaborato (8).

Il compimento di questa verifica per i rimedi contrattuali più frequentemente ricondotti nell'ambito di operatività dell'autotutela legittima ad avviare un radicale ripensamento delle posizioni finora dominanti.

Nessuna utilità può infatti riconoscersi al richiamo all'autotutela quando essa sia intesa come mero motivo individuale dell'azione, posto che la finalità di farsi giustizia da soli può sorreggere qualunque condotta dell'uomo, ivi compresa

(8) Sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (Atti del Convegno dell'Unione dei privatisti, Roma, Università degli Studi di Roma Tre, 30 ottobre 2015) a cura di S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA, Torino, Giappichelli, 2016, 219 ss.; Id., *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 1019 ss.; Id., *Il valore «normativo» dei principi*, in *Liber amicorum per Bruno Troisi* a cura di C. CICERO e G. PERLINGIERI, I, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2017, 1 ss.

quella specificamente correlata all'esercizio di un diritto.

Né può attribuirsi portata precettiva al tentativo di distinguere tra vero e proprio « esercizio » e « riaffermazione » del diritto stesso, così da ricondurre quest'ultima all'autotutela per indicare i casi in cui una situazione giuridica soggettiva è esercitata da un soggetto diverso dal suo titolare o si compiono atti che, pur traendo legittimazione dalla titolarità di un diritto, si traducono, in concreto, nella limitazione delle facoltà altrui o nell'imposizione ad un controinteressato di uno stato di soggezione (9).

Se la singola condotta è lecita perché assicura il soddisfacimento dell'interesse posto a fondamento di una situazione giuridica soggettiva di cui si è titolari, la qualificazione in termini di autotutela rappresenta una mera riformulazione verbale degli stessi effetti della situazione giuridica considerata, perché l'esercizio del diritto vale ad escludere la stessa esistenza di una lesione e dunque impedisce di considerare la condotta tenuta come « reazione » ad una situazione negativa rispetto alla quale sia astrattamente consentito rivolgersi all'autorità giudiziaria per l'ottenimento di una protezione (10).

Di autotutela, in altri termini, ha senso parlare esclusivamente quando un soggetto è posto in una condizione di pericolo oggettivo o subisce una vera e propria lesione, senza che l'esercizio della

situazione giuridica di cui è titolare possa impedire o eliminare tale stato di fatto.

Tale reazione dovrebbe ordinariamente assumere contorni giurisdizionali, ma la sussistenza di un'ipotesi di autotutela vale a conferire alla vittima del pericolo o della lesione una situazione giuridica soggettiva alternativa al diritto di agire in giudizio ed idonea, in ragione della sua specifica regolamentazione, a concedere al suo titolare la possibilità materiale e giuridica di assicurarsi autonomamente una protezione analoga a quella ottenibile mediante il provvedimento del giudice (11).

La conclusione trova il conforto di un riscontro normativo diretto nell'ordinamento tedesco, nel quale si considera lecito, se realizzato « a scopo di autotutela », il comportamento di chi « sottrae, distrugge o danneggia una cosa o [...] ferma un debitore che è sospettato di fuga o rimuove la resistenza del debitore ad un atto che questi è obbligato a tollerare, se non si possa ottenere in tempo l'aiuto dell'autorità e senza immediato intervento sussista il pericolo che l'attuazione della pretesa venga frustrata o resa eccessivamente gravosa » (§ 229 BGB) (12).

Intesa come scriminante di una condotta altrimenti destinata ad assumere contorni di illiceità civile o penale, la *Selbsthilfe* tedesca « non può andare oltre quanto è necessario per allontanare il pericolo » (§ 230 comma 1 BGB) e non è invocabile se l'azione sia stata realizzata « nell'erronea supposizione che vi siano i presupposti richiesti per l'esclusione dell'illiceità [...] anche se l'errore non dipende da colpa » (§ 231 BGB).

Ciò vale a smentire che l'autotutela sia elevata,

(9) Insistono su questa distinzione DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 16 ss.; LEPORE, *op. cit.*, 8 s.; nonché, con specifico riferimento alla necessità di includere nell'autotutela i casi regolati dagli art. 924 e 925 c.c. proprio per la loro idoneità ad allargare le facoltà del proprietario, BETTI, *Autotutela*, cit., 529; PUCCINI, *op. cit.*, 148 s. e nt. 44. Ma, in senso contrario a quest'ultima posizione, pongono l'accento sul fatto che l'inseguimento dello sciamé d'api o degli animali mansuefatti rappresenta ordinaria facoltà del proprietario BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., 17 e nt. 33; MONTECCHIARI, *op. cit.*, 89 s.; e, con più ampio riferimento alle modalità di acquisto della proprietà di questi animali, A. VENTURELLI, *Altruità del bene e acquisto per occupazione*, in *Pers. merc.*, 2015, n. 3, 33 ss.; e in *Scritti in memoria di Michele Costantino* a cura di F. MACARIO, A. ADDANTE e D. COSTANTINO, II, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019, 1407 ss.

(10) Cfr. S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, Giuffrè, 1964, 77 s.; e in *Id.*, *Scritti giuridici*, IV, 1958-1964, Milano, Giuffrè, 2011, 898 s.; BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 14 s., 36 s. e 96 ss.; D'ACUNTO, *op. cit.*, 15 s.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, 35 s.; CARIMINI, *op. cit.*, 47 s.; LEPORE, *op. cit.*, 57 s.; nonché DAGNINO, *op. cit.*, 50 ss., spec. 73 s. e 88 s., il quale distingue tra la soddisfazione dell'interesse posto a fondamento della situazione giuridica, attuata con il suo esercizio, e la soddisfazione dell'interesse a difendersi dalla lesione o dal pericolo di lesione della situazione giuridica stessa, attuata appunto mediante l'atto di autotutela.

(11) Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *L'occupazione di azienda come possibile forma di autotutela*, in *Riv. giur. lav.*, 1969, I, 435 s.; e in *Id.*, *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, cit., 314 s.; *Id.*, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., 7 ss. e 60 ss.; *Id.*, *Autotutela*, cit., 274 ss., la quale conclude che la situazione giuridica in tal modo attribuita dalla legge assume i contorni del diritto potestativo; DAGNINO, *op. cit.*, 8 ss., spec. 16 s., 74 s. e 94 s.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 26 ss.; D'ACUNTO, *op. cit.*, 16 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, 37 ss., spec. 42 s. e 86 s.; CARIMINI, *op. cit.*, 49 s.

(12) Cfr. W.B. SCHÜNEMANN, *Selbsthilfe im Rechtssystem. Eine dogmatische Studie am Beispiel des §§ 227, 229 ff. BGB*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1985, 25 ss.; M. BEURSKENS, *Privatrechtliche Selbsthilfe. Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit bei digitalen Zugangsbeschränkungs- und Selbstdurchsetzungsbefugnissen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, 52 ss.; H. GROTHE, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, *Allgemeiner Teil*, §§ 1-240⁸ a cura di C. SCHUBERT, München, Beck, 2018, 2486 ss.; T. REFGEN, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, I, *Allgemeiner Teil*, §§ 164-240 a cura di S. HERRLER, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2019, 1088 ss.

nel sistema tedesco, ad esclusivo motivo individuale legittimante l'azione. La finalità di farsi giustizia da soli, infatti, ben potrebbe essere riscontrata anche a fronte di un erroneo convincimento dell'autore della condotta, specie se scusabile (13). Poiché tuttavia si esclude espressamente che esso assuma un ruolo nella valutazione della sussistenza della causa di giustificazione, il fondamento dell'istituto in esame deve essere, più correttamente, individuato nell'esistenza di una situazione di pericolo oggettivo, che rende indifferibile la reazione e, privando di utilità immediata il ricorso all'autorità giudiziaria, induce il legislatore a concedere all'agente una particolare situazione giuridica, i cui effetti si producono allo scopo di mantenere effettivo il successivo intervento dell'unico organo legittimato all'individuazione della lesione e delle modalità per il suo superamento definitivo.

L'assenza, nel diritto italiano, di una regolamentazione generale corrispondente a quella appena descritta non segna una differenza insuperabile.

Nei casi regolati dai già citati art. 392 e 393 c.p., infatti, la condotta dell'agente è punita perché provoca violenza su cose o persone « al fine di esercitare un preteso diritto, potendo ricorrere al giudice » (14).

(13) Proprio per questo si ritiene sussistente la causa di giustificazione ex art. 2044 c.c. e 52 c.p. anche quando le condizioni della legittima difesa sono solo supposte dall'agente, in ragione di un errore scusabile: cfr. BIGLIAZZI GERRI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., 56 ss.; DAGNINO, *op. cit.*, 102; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 191 s.; M. COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*², in *Il Codice civile. Commentario* fondato da SCHLESINGER, cit., Artt. 2044-2048, 2012, 15 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, 92 ss.; LEPORE, *op. cit.*, 61 s.; L. CASTELLI, *Profili civilistici della riforma in materia di legittima difesa*, in *Corr. giur.*, 2019, 1020; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*², in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano* a cura di G. DE NOVA, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, 2020, 245 s.; Cass. 12 agosto 1991, n. 8772, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 734 ss.; in *Giust. civ.*, 1992, I, 2814 ss.; e in *Vita not.*, 1992, 170 ss., che ha ritenuto in questo caso invocabile, in via analogica, la disciplina dello stato di necessità per imporre all'agente il pagamento di un'indennità; App. Milano 24 maggio 2006, in *Giur. merito*, 2007, 2360 ss., con nota di P. CIPOLLA, *La reazione violenta del derubato, tra la nuova legittima difesa e il problema della ragionevolezza dell'erronea supposizione della causa di giustificazione*; App. Milano 31 marzo 2009, in *Riv. pen.*, 2010, 660 ss., con nota di M. BASILE, *Note giuridiche ed antropologiche in tema di difesa legittima putativa determinata da colpa*; Cass. 27 gennaio 2010, n. 3464, in *Giur. it.*, 2010, 2412 ss., con nota di V. ALTARE, *In tema di difesa putativa*; Cass. 31 ottobre 2016, n. 22042, in *Foro it.*, 2016, I, 3815 ss., con nota di R. PARDOLESI, « *Exceptio veritatis* » e *furor denigratorio*: « *Falce e carrello* » in *Cassazione*.

(14) Cfr. P. NUVOLONE, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni come attentato al possesso dei diritti*, in *Riv. it.*

Talune manifestazioni di autotutela sono dunque considerate illegittime perché rese in forma socialmente pericolosa e senza avere il conforto della prova dell'esistenza di una situazione giuridica soggettiva che permetta una reazione stragiudiziale immediata e assicuri un vantaggio diverso rispetto a quello già garantito dall'intervento dell'autorità giudiziaria, che il legislatore italiano assume come possibile ed è per questo motivo preferito, esattamente come accade nel modello tedesco.

Riaffermata la possibilità di ricorrere al giudice quando ciò sia idoneo a garantire un'adeguata tutela effettiva, dal suo primato nell'esercizio della funzione giurisdizionale non è lecito dedurre alcun monopolio che valga incondizionatamente ad escludere rimedi stragiudiziali, ma è necessario solo ribadire che una condotta lesiva degli interessi altrui non può essere considerata lecita esclusivamente per il fatto di essere fondata sulla pretesa affermazione di un proprio diritto.

Il divieto di farsi giustizia da soli si concretizza dunque in un più modesto onere di esercitare l'azione giudiziale in tutti i casi in cui non esistano rimedi alternativi che l'agente è autorizzato ad usare e da esso non è possibile trarre alcuna indicazione circa le modalità ermeneutiche con le quali ricostruire la portata precettiva e l'ambito di

dir. pen., 1941, 133 ss.; A. SANTORO, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni (Diritto penale)*, in *Nss. D.I.*, VI, 1960, 812 s.; M. MAZZANTI, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in questa *Enciclopedia*, XVI, 1966, 614 ss.; S. ARDIZZONE, *I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Milano, Giuffrè, 1975, 25 ss.; Id., *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *D. disc. pen.*, Aggiornamento, IV, 2000, 260 ss.; A. REGINA, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Padova, Cedam, 1979, 32 ss.; V. CLEMENTEL, *L'autotutela unilaterale attiva*, in *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, cit., 43 ss.; F. GIANNELLI, *Questioni in tema di rapporti tra i delitti di rapina, estorsione, violenza privata ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone*, in *Riv. pen.*, 2014, 135 ss.; Cass. 3 novembre 2016, n. 46288, in *Cass. pen.*, 2016, 1486 ss., con nota di C. PEDULLÀ, *Le differenze tra i reati di estorsione e di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*; ivi, 2017, 1034 ss., con nota di G. STAMPANONI BASSI, *Estorsione ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni: tra elemento soggettivo e intensità della condotta*; e in *Giur. it.*, 2017, 1974 ss., con nota di A. CAPELLINI, *Tra esercizio arbitrario ed estorsione: una « innovativa » riconferma della Cassazione*; Cass. 27 marzo 2018, n. 14160, in *Cass. pen.*, 2018, 4218 ss., con nota di S. SCIPPA, *Le differenze tra i reati di estorsione e di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*; Cass. 24 settembre 2019, n. 39138, in *Giur. it.*, 2020, 942 ss., con nota di D. PERRONE, *Il confine tra « costrizione » e « persuasione » della vittima nei reati di « ragion fattasi »*; Cass. 15 gennaio 2020, n. 6226, in *Rep. Foro it.*, 2020, *Esercizio arbitrario*, n. 3; nonché il volume collettaneo *Sturezza e autotutela* a cura di G.G.M. GRASSI, Pisa, Pisa University Press, 2017.

operatività delle singole ipotesi di autotutela normativamente previste (15).

2. *Autotutela conservativa del sinallagma contrattuale.* — Una significativa conferma della conclusione appena formulata è offerta da una più approfondita disamina dei casi in cui si ammette l'impiego delle eccezioni dilatorie regolate, per tutti i contratti a prestazioni corrispettive, dagli art. 1460 e 1461 c.c. e, per singoli tipi contrattuali, dagli art. 1481, 1482, 1565, 1822, 1901, 1956 e 1959 c.c.

La riconduzione di tali eccezioni entro l'ambito di operatività dell'autotutela è facilmente giustificabile ponendo attenzione al fatto che le disposizioni appena richiamate concedono all'*exci- piens* il diritto potestativo di reagire ad una situazione di attuale inadempimento o ad un pericolo causalmente riconducibile al peggioramento delle condizioni patrimoniali della controparte mediante il rifiuto dell'esecuzione di una prestazione che il legislatore assume come esigibile ma che ciononostante non può essere pretesa proprio per la situazione fattuale in cui dovrebbe essere attuata (16) (v. ECCEZIONE DI INADEMPIMENTO).

La diseconomicità dell'esercizio di una successiva pretesa restitutoria, avuto riguardo alla probabilità che l'inadempimento divenga definitivo o che il pericolo ceda il passo ad un'effettiva violazione del rapporto sinallagmatico, così da determinarne la risoluzione (v. RISOLUZIONE DEL CONTRATTO PER INADEMPIMENTO; RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO), ha indotto il legislatore a regolare un rimedio più efficace e diretto, concedendo una facoltà di resistere all'altrui pretesa che non rientra nei poteri ordinariamente spettanti ad un creditore e soddisfa un interesse diverso da quello tutelato dal credito.

Ciò vale a stabilire una radicale differenza con l'istituto della decadenza dal beneficio del termine ex art. 1186 c.c., spesso ricondotto all'autotutela

privata in ragione di una pretesa somiglianza fattuale tra le ipotesi ivi descritte e il peggioramento delle condizioni patrimoniali evocato dall'art. 1461 c.c. o ancor più genericamente incluso — sempre insieme alle eccezioni dilatorie — entro il novero degli strumenti di tutela « preventiva » del diritto di credito finalizzati alla conservazione della garanzia patrimoniale (17).

(17) Cfr. A. RAVAZZONI, *Osservazioni in tema di mutamento nelle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti*, in *Temi*, 1958, 131 s. e nt. 1; R. DANOVÌ, *La decadenza dal beneficio del termine e gli effetti del preesistente stato di insolvenza del debitore sulle obbligazioni a termine*, in *Dir. fall.*, 1964, I, 406 s.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XVI, t. 1, Milano, Giuffrè, 1974, 129; L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 48 ss. (da cui le successive citazioni); in *Studi sulla buona fede*, Milano, Giuffrè, 1975, 399 ss.; in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti, I. Diritto civile*, t. 1, Milano, Giuffrè, 1978, 173 ss.; e in *Id.*, *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, cit., 359 ss.; *Id.*, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, cit., II, 1974, 84 ss.; *Id.*, *Della risoluzione per inadempimento*, II, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, 1988, 64 ss.; V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, in questa *Enciclopedia*, XXXIX, 1988, 1047; V. METAFORA, *Decadenza dal beneficio del termine, conservazione della garanzia patrimoniale ed attuazione del rapporto obbligatorio: l'art. 1186 c.c. come strumento di autotutela per il creditore*, in *Dir. giur.*, 1990, 785; A. DI MAJO, *Termine (diritto privato)*, in questa *Enciclopedia*, XLIV, 1992, 219; *Id.*, *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di GALGANO, cit., 1994, 224; SATURNO, *op. cit.*, 124 s.; F. PERNAZZA, *Recesso dal contratto di apertura di credito, restituzione delle somme utilizzate e decadenza dal beneficio del termine per sopravvenuta insolvenza*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 89 ss.; G. PISCIOTTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, Giuffrè, 2000, 360 s.; BIANCA, *op. cit.*, 139 e nt. 58; M.A. IMBRENDA, *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2001, 261 s.; F. MACARIO, *Le modificazioni del patrimonio del debitore nel sistema del codice civile*, in F. MACARIO e M. LOBUONO, *Le modificazioni del patrimonio del debitore fra scenari normativi e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 504 s. e nt. 23; in *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, cit., 375 s. e nt. 23; e, con il titolo *Modificazioni del patrimonio del debitore, poteri di controllo del creditore e autotutela*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, cit., 187 s. e nt. 23; *Id.*, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 111 ss.; e in *Scritti in onore di Marco Comporti* a cura di S. PAGLIANTINI, E. QUADRI e D. SINESIO, II, Milano, Giuffrè, 2008, 1722 ss.; *Id.*, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. DI MARZIO e F. MACARIO, Milano, Giuffrè, 2010, 33 s. e nt. 13; G. ROMANO, *Interessi e poteri di controllo nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Id.*, *Contributi di diritto civile*, Casalnuovo di Napoli, Phoebus Edizioni, 2004, 26 ss.; e in *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, cit., 83 ss.; G. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, in *Obbl. contr.*, 2009, 490 nt. 24; e in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., 243 s. nt. 24; L.

(15) Cfr. DAGNINO, *op. cit.*, 20 ss., spec. 27 s., 47 s. e 66 s.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 12; CARIMINI, *op. cit.*, 53 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, 10 s. e nt. 1, 35 ss. e 54 ss., spec. 58 nt. 29; LEPORE, *op. cit.*, 23 s. e 36 s.

(16) Cfr. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 90 s.; SATURNO, *op. cit.*, 59 s. e 73 s.; C. CAPPUCINI, *L'autotutela passiva*, in *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, cit., 148 s.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 51 s., 62 s. e 86 ss., spec. 91 s.; O. CLARIZIA, *Eccezione di inadempimento e adeguatezza dei rimedi*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2013, 196 s.; CAMILLETTI, *op. cit.*, 1142 s.; GABRIELLI, *Appunti sulle autotutele contrattuali*, cit., 494 ss.; D'ACUNTO, *op. cit.*, 53 s.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, 86 s.; LEPORE, *op. cit.*, 54 s.

Quando ricorrono gli estremi per applicare l'art. 1186 c.c., il diritto di credito è già esistente, pur riguardando una prestazione ancora inesigibile, e trova soddisfazione immediata e diretta proprio in virtù della decadenza, che si limita ad eliminare la causa d'inesigibilità, consentendo al creditore di esercitare immediatamente facoltà che non gli sono attribuite *ex novo* dalla disciplina normativa, ma costituiscono manifestazioni della situazione giuridica soggettiva di cui è già titolare.

La richiesta «anticipata» di adempimento, quand'anche esercitata stragiudizialmente, non costituisce esercizio di autotutela perché non assicura il soddisfacimento di interessi diversi da quelli già collegati alla puntuale attuazione della situazione giuridica soggettiva di cui si è titolari, né è propriamente alternativa alla possibilità di ottenere tutela in sede giudiziale, specie considerando che, quasi sicuramente, solo con l'esercizio dell'azione la decadenza potrà essere concretamente accertata.

Pur a fronte della diversità dei presupposti applicativi che consentono di differenziarle, le eccezioni dilatorie si connotano, invece, per un congegno tecnico unitario, in forza del quale l'eccezione non si limita a tenere — alla stregua di un mero allentamento del vincolo obbligatorio — un comportamento difforme dall'adempimento del suo obbligo (18), ma esercita, già sul piano sostanziale,

un vero e proprio diritto, seppure in via di replica a fronte di una pretesa di controparte fondata su un titolo di cui non si contesta l'esistenza o la validità (19).

Si comprende in tal modo perché all'esercizio del diritto potestativo fatto valere in via di eccezione consegua la temporanea paralisi della pretesa di controparte e si evita di fare ricorso a quella sorta di contorsionismo giuridico nel quale s'incorre allorché si qualifichi il rifiuto di adempiere come inadempimento e l'inadempimento di controparte come causa di giustificazione di esso (20).

La ricostruzione proposta permette altresì di dar conto della libertà espressiva caratterizzante il

liane, 2020, 94 s.; D. MANTUCCI, *L'inadempimento reciproco*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1990, 14 ss.; P.M. VECCHI, *L'eccezione d'inadempimento*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, Giappichelli, 2002, 378 s. e 383; B. CARBONI, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corresponsività delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 839 s. e nt. 25, e 849; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2008, 245 s. e nt. 25, e 255 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V. *La responsabilità*², Milano, Giuffrè, 2012, 369 s.

(19) Cfr. BOLAFFI, *op. cit.*, 189 ss.; M. ALLARA, *Delle obbligazioni*, Lezioni raccolte da G. Deiana, Torino, Giappichelli, 1939, 217; G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1942, 311 s. (da cui le successive citazioni); e in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 2001, 324 s.; G. PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1955, 9 ss.; A. GALASSO, *L'eccezione d'inadempimento nel contratto*, in *Circ. giur.*, 1964, 269; F. REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in questa *Enciclopedia*, XIV, 1965, 234 s.; BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, cit., 40 s. nt. 7, e 42 nt. 10; ID., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., 191 ss., spec. 208 s.; ID., *Autotutela*, cit., 275 s.; ID., *Eccezione di inadempimento*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, VII, 1991, 332 s. (da cui le successive citazioni); e in ID., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, cit., 408 s.; A. SMIRLODO, *Scadenza del termine, tolleranza e dilazione da parte del creditore: «mora debendi» ed eccezione di inadempimento*, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 811; G. VILLA, *Diffida ad adempiere «exceptio inadimpleti contractus» e importanza dell'inadempimento*, in *Contr.*, 1994, 518 s.; SATURNO, *op. cit.*, 59 s.; A. SASSI, *Adempimento parziale ed «exceptio non rite adimpleti contractus»*, in *Rass. giur. u.*, 2001, 82; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, I *contratti in generale*² a cura di E. GABRIELLI, II, Torino, Utet, 2006, 1532; LASSO, *op. cit.*, 188 nt. 370, e 192; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 92 ss., spec. 116 s.

(20) In questa direzione si muovono, invece, REALMONTE, *op. cit.*, 234 s.; GRASSO, *Eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto*, cit., 79 ss.; ID., *Inadempimenti simultanei e rimedi sinallagmatici*, in ID., *Saggi di diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2001, 100 ss.; e in ID., *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*², cit., 75 ss. (da cui le successive citazioni); nonché, alla luce della contrapposizione tra inadempimento giustificante e giustificato, V. ROPPO, *Il contratto*², in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2011, 925; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 61 ss.

NONNE, *Luogo e tempo dell'adempimento*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. GAROFALO e M. TALAMANCA, I. *La struttura e l'adempimento*, t. 5. *La liberazione del debitore* a cura di M. TALAMANCA e M. MAGGIOLIO, Padova, Cedam, 2010, 297; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 14 s., 65 e 117 s.; A.M. BENEDETTI, in *Commentario del codice civile* diretto da E. GABRIELLI, *Dei contratti in generale* a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, IV. *Artt. 1425-1469 bis. Leggi collegate*, Torino, Utet, 2011, 515 s.; ID., *Le autodifese contrattuali*, cit., 100 s.; R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Napoli, Jovene, 2012, 81 ss., spec. 89, 99, 106 s., 121 ss., 132 s., 149 e 248 ss.; L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, Jovene, 2012, 81 ss. e 95 ss.; E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, Giappichelli, 2012, 4 nt. 12, e 10 s.

(18) Così, invece, ritengono E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, t. 2. *Vicende delle obbligazioni*, e IV. *Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1955, 130; S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in questa *Enciclopedia*, XIV, 1965, 165 s.; e in ID., *Scritti giuridici*, V. 1965-1996, Milano, Giuffrè, 2011, 34 s.; B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Napoli, Jovene, 1973, 83 ss.; ID., *L'eccezione d'inadempimento nel contratto di somministrazione a prestazioni continuative*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 934 s. (da cui la successiva citazione); in *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1987, 134 s.; e in ID., *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*², Napoli, Edizioni scientifiche ita-

rifiuto di adempiere, il quale può atteggiarsi come un semplice contegno omissivo o, al contrario, come un comportamento dichiarativo (v. DICHIARAZIONE - TEORIA GENERALE; MANIFESTAZIONE IN SENSO STRETTO; CONTRATTO E TEORIA DEL NEGOZIO GIURIDICO) funzionalmente rivolto a rendere edotta la controparte della mancata esecuzione della prestazione o della propria disponibilità all'esecuzione medesima condizionata all'altrui adempimento o all'offerta di idonea garanzia (21).

Il mero fatto che il rifiuto sia esercitato, per la prima volta, in sede giudiziale o debba essere in essa reiterato per mantenere i suoi effetti non ne mette in discussione la riconducibilità entro il novero degli strumenti di autotutela: le conseguenze descritte non dipendono dall'intervento del giudice, il quale si limita ad accertare la sussi-

stenza delle condizioni indicate dalla legge e la fondatezza della prova dell'inadempimento o del pericolo offerta dall'*excipiens*, senza accogliere alcuna contestazione del fondamento della pretesa di controparte (22).

Il richiamo dell'autotutela, tuttavia, rischia di condurre a conseguenze inaccettabili ove non sia immediatamente correlato ad una più attenta valutazione della dinamica del sinallagma contrattuale, che costituisce il principale criterio di orientamento cui l'interprete meglio potrebbe volgersi per stabilire in quali casi sia possibile invocare la tutela dilatoria.

Far leva sull'immediato ed integrale soddisfacimento dell'interesse dell'*excipiens*, infatti, potrebbe indurre a dedicare esclusiva attenzione all'accertamento del fatto se una determinata ipotesi di rifiuto sia immediatamente riferibile ad una precisa disposizione normativa, pena, in caso contrario, la sua non riconoscibilità per effetto del divieto di estensione analogica (23).

Ad esiti opposti è possibile pervenire ove si abbia cura di vagliare quale sia la reale portata del rifiuto stesso in relazione al complessivo equilibrio sinallagmatico, perché in tal modo un problema di tipo analogico non avrebbe senso e la questione dell'eccezionalità dell'autotutela privata non potrebbe giocare alcun ruolo.

(21) Cfr. PUCCHINI, *op. cit.*, 147 ss., spec. nt. 47; A. DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, in *Nss. D.I.*, VI, 1960, 356 (da cui le successive citazioni); e in *Id.*, *Studi di diritto civile e commerciale*, II, Milano, Giuffrè, 2009, 54 s.; BIANCA, *op. ult. cit.*, 343 nt. 54; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 94 ss.; Cass. 18 marzo 1999, n. 2474, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 602; Cass., 29 settembre 1999, n. 10764, in *Rep. Foro it.*, 1999, Contratto in genere, n. 549; Cass. 5 agosto 2002, n. 11728, *ivi*, 2002, Contratto in genere, n. 527; Cass. 26 maggio 2003, n. 8314, *ivi*, 2003, Contratto in genere, n. 549; Cass. 29 settembre 2009, n. 20870, *ivi*, 2009, Contratto in genere, n. 467; App. Cagliari 16 novembre 2012, in *Riv. giur. sarda*, 2014, 157 ss., con nota di V. AMOROSO, *Questioni varie in tema di esecuzione del contratto di appalto di opere pubbliche: alterazione del sinallagma e moltiplicazione delle riserve*; Cass. 26 luglio 2019, n. 20322, in *Foro it.*, 2020, I, 606 ss.; nonché, per la conseguente possibilità di considerare l'art. 2932 comma 2 c.c. quale manifestazione del principio *inadimplenti non est adimplendum*, G.A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*², in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, 1964, 197; B. AMOROSO, *L'effetto negoziale della sentenza costitutiva. A proposito di recenti orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, 239; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, *cit.*, 1970, 434; C. SASSO, *Il contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 268 s.; R. TRIOLA, *Due questioni in tema di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre*, in *Vita not.*, 1978, 678 ss.; F.D. BUSNELLI, in L. BIGLIAZZI GERI, F.D. BUSNELLI e R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*², in *Commentario del codice civile*, lb. VI, t. 4, Torino, Utet, 1980, 379; G. BISCONTINI, *Eseguibilità del contratto preliminare e preliminare di donazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 590; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare o in favore di terzo*, Padova, Cedam, 1991, 141 nt. 18; N. VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre (art. 2932 c.c.)*, Padova, Cedam, 1995, 41 s. e 183 s.; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*², in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, XX, t. 2, Torino, Utet, 1997, 425; A. VENTURELLI, *Sentenza costitutiva e offerta di prestazione da eseguirsi all'atto della stipulazione del contratto definitivo*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 901 ss.; e in *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli* a cura di L. PELLEGRINI, II, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018, 2083 ss.

(22) Cfr. G. SCADUTO, *L'exceptio non adimpleti contractus' nel diritto civile italiano*, in *Ann. sem. Palermo*, (8) 1921, 113 (dell'estratto: Palermo, Arti grafiche Castiglia, 1921, da cui le successive citazioni), ora in *Id.*, *Diritto civile* a cura di A. PALAZZO, I. *Opere monografiche*, Perugia, Dipartimento per gli studi giuridici Alessandro Giuliani, 2002, 145 ss.; BOLAFFI, *op. cit.*, 181; PERSICO, *op. cit.*, 157; F. DE MARTINO, «*Exceptio non adimpleti contractus*», in *Nss. D.I.*, VI, Torino, Utet, 1960, 1082; R. LUZZATTO, *La compravendita*, ed. postuma a cura di G. PERSICO, Torino, Utet, 1961, 364 s.; GALASSO, *op. cit.*, 315 s.; REALMONTE, *op. cit.*, 236; C. VALLINI, *Contratto con prestazioni corrispettive ed esecuzione in forma specifica*, in *Foro it.*, 1966, I, 1802 s.; GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, *cit.*, 79 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, *cit.*, 208 ss., spec. 212 s.; *Id.*, *Eccezione di inadempimento*, *cit.*, 333 s.; SATURNO, *op. cit.*, 63 ss.; TAMPONI, *op. cit.*, 1535; BIANCA, *op. ult. cit.*, 342 s.; A.M. BENEDETTI, *L'eccezione d'inadempimento*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da G. VISINTINI, I. *Inadempimento e rimedi*, Padova, Cedam, 2009, 631 ss.; *Id.*, *Le autodifese contrattuali*, *cit.*, 19 ss. e 62 ss., spec. 73 ss.; VECCHI, *op. cit.*, 379 s. e 382 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 92 ss.; ROPPO, *op. ult. cit.*, 928.

(23) Cfr. DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 83 s.; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, *cit.*, 43 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 167 s.; *Id.*, *Appunti sulle autotutele contrattuali*, *cit.*, 495 ss.; D'ACUNTO, *op. cit.*, 55 ss.; Cass. 11 novembre 1992, n. 12121, nella motivazione inedita (la massima, non perfettamente centrata sul punto, può vedersi in *Rep. Foro it.*, 1992, Indebito, n. 11).

Ciò appare tanto più ragionevole se si tiene conto che, ben al di là di una classificazione di dubbia utilità, che le riduce a *species* di un *genus* di cui si vorrebbe predicare l'eccezionalità, le eccezioni dilatorie, nonostante il giuoco di parole, sono esse stesse espressione di un principio generale nel quale si compendia l'essenza stessa della più importante categoria negoziale moderna: i contratti a prestazioni corrispettive (24).

Nonostante qualche opinione contraria, stancamente poggiata sull'affermazione del divieto generale di farsi giustizia da soli (25), ben prima dell'entrata in vigore del codice del 1942 era idea ormai abbastanza consolidata che a tutti i contratti bilaterali potesse trovare applicazione analogica la regola dettata dall'art. 1469 c.c. del 1865 (26).

(24) Cfr. E. RESTA, *Eccezione di inadempimento ed autotutela*, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1971, 263 ss., spec. 284; LEPORE, *op. cit.*, 54 s.; nonché, con specifico riferimento alla possibilità di escludere la stessa riconducibilità dell'eccezione d'inadempimento all'autotutela privata in ragione del fatto che l'*excipiens*, anziché farsi giustizia da sé, esercita un autonomo diritto conferitogli dalla legge, SCADUTO, *op. cit.*, 88; PERSICO, *op. cit.*, 34; GALASSO, *op. cit.*, 272. Aderendo a quest'ultima posizione, però, si pongono evidentemente le premesse per il dissolvimento della stessa nozione di autotutela privata, che finirebbe per ridursi ad abbracciare le sole condotte che si realizzino *praeter* o *contra legem*.

(25) Cfr. R. MONTESSORI, *Il diritto di ritenzione in materia commerciale*, Milano, Vallardi, 1908, 78 s. e 203 ss., spec. 205; A. RAMELLA, *La vendita nel moderno diritto*, I. *Parte generale*, Milano, Società editrice libraria, 1920, 368 s., 489 s. e 494 ss., spec. 496 s.; S. SATTÀ, *La rivendita forzata*, Milano, Giuffrè, 1933, 15 s.

(26) Cfr. L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, IV, t. 1, Torino, Utet, 1878, 341 ss.; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VII. *Dei contratti. Del contratto di matrimonio e della vendita*², Torino, Utet, 1886, 254 ss.; L. RAMPONI, *Il diritto di ritenzione nelle leggi italiane*, I. *Parte generale*, Firenze, Niccolai, 1897, 238 ss.; U. PIPÀ, *La compra-vendita commerciale con particolare riguardo al diritto civile agli usi mercantili ed alla più recente giurisprudenza*, Torino, Utet, 1902, 623 ss.; L. TARTUFARI, *L'«exceptio non adimpleti contractus» e l'azione di danni per causa dell'eccezione inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, 306 ss.; F. BERIO, *Eccezione (Exceptio) inadimpleti contractus*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, II, Milano, Società editrice libraria, 1909, 759; T. CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*², in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza* a cura di P. FIORE, XII. *Contratti speciali*, Napoli-Torino, Margheri-Utet, 1915, 251 ss.; L. ROSSI, *Vendita civile*, in *D.I.*, XXIV, 1915, 598 s.; G.L. GASCA, *Trattato della compravendita civile e commerciale*², II, Torino, Utet, 1915, 318 ss.; B. DUSI, *Dell'opponibilità al delegatario dell'«exceptio inadimpleti contractus» sorgente dal negozio causale della delegazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, 510 ss.; C. LESSONA, *Legittimità della massima «inadimplenti non adimplendum»*, ivi, 1918, I, 383; SCADUTO, *op. cit.*, 52 ss.; F. TALASSANO, *Diritto di ritenzione ed eccezione «inadimplenti contractus» - Estensibilità del diritto di ritenzione*, in *Foro it.*, 1928, I, 602 ss.; M. D'AMELIO, *L'exceptio non adimpleti contractus nei riguardi dei non contraenti*, in *Mon. trib.*, 1933, 641; G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*,

L'affrancamento delle eccezioni dilatorie dal tipo contrattuale (vendita) da cui hanno avuto origine costituisce, del resto, l'esito ultimo di un processo storico di matrice propriamente europea, perché contestualmente compiutosi in tutti i principali sistemi giuridici continentali e dunque non ridicibile, se non a rischio di eccessive semplificazioni, ad un apporto interno del singolo ordinamento governato da una regola di eccezionalità (27).

Il moto ascendente che parte dalla singola

Padova, Cedam, 1934, 149 ss.; V. MONTEFUSCO, *L'«exceptio inadimpleti contractus» in materia di rapporti reali*, in *Foro Lomb.*, 1937, I, 615 ss.; G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II, *Diritto delle obbligazioni*, 2, *Dei contratti in generale*³, Padova, Cedam, 1939, 40; E. FAVARA, *L'exceptio non adimpleti contractus*, Napoli, Tip. L. Barca, 1939, 52 ss.; A. DE GREGORIO, *Vendita*, in *N.D.I.*, XII, 1940, 943 s.; G. AULETTA, *op. cit.*, 133 ss. e 297 ss.; Cass. Firenze 3 agosto 1916, in *Foro ven.*, 1916, 609 ss.; Cass. Torino 31 dicembre 1919, in *La Giurisprudenza* (Torino), 1920, 265 ss.; App. Palermo 1° febbraio 1924, in *Mon. trib.*, 1924, 543 s.; Cass. 18 giugno 1928, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, 467 s., con nota di B. BRUGI, *Presupposti dell'«exceptio non adimpleti contractus»*, ivi, 1929, II, 226 ss.; App. Milano 15 novembre 1935, in *Foro Lomb.*, 1935, II, 338 (s.m.); Cass. 11 maggio 1939, n. 1587, in *Riv. dir. comm.*, 1940, II, 27 s.; Cass. 16 gennaio 1942, in *Giur. it.*, 1942, I, 1, 170 s.

(27) Cfr. R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, Sirey, 1914, 34 ss.; H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, De Gruyter, 1965, 20 ss.; K.O. SCHERNER, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung. Untersuchungen zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit*, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1965, 53 ss.; L. FASCIONE, *Profili storici dell'eccezione di inadempimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, 704 ss.; W. ERNST, *Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus im römischen Recht bis Justinian*, in *Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag* a cura di H.H. JAKOBS, E. PICKER e J. WILHELM, Berlin, Springer, 1998, 1 ss.; ID., «In connexis debet esse paritas». *Die Ausbildung des vertragsrechtlichen Paritätsgedankens in der Lehre von Legisten und Kanonisten des 12. bis 14. Jahrhunderts am Beispiel der exceptio non adimpleti contractus*, in *Festschrift für Martin Heckel zum siebzigsten Geburtstag* a cura di K.-H. KÄSTNER e K.W. NÖRR, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 513 ss. (entrambi questi scritti sono stati trasfusi in ID., *Die Einrede für Nichterfüllten Vertrages. Zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozess*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 19 ss. e 76 ss.); C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, Paris, L.G.D.J., 1999, 30 ss.; J. GHESTIN, *L'exception d'inexécution. Rapport français*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé* a cura di M. FONTAINE e G. VINEY, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2001, 3 ss.; A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica*, in *BIDR*, (CI-CII) 2005, 551 ss.; S. VIARIO, *L'eccezione di inadempimento nell'emptio venditio*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* a cura di L. GAROFALO, I, Padova, Cedam, 2007, 789 ss.; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, L.G.D.J., 2007, 413 s.; C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes*

disposizione normativa per dare luogo ad un'estensione analogica o il moto discendente che prende l'avvio dall'affermazione di un principio generale per giungere alla regola del caso concreto rappresentavano già schemi argomentativi consolidati nella riflessione teorica maturata in Francia e in Italia sotto il vigore del previgente codice e l'identità dell'approdo al quale essi pervenivano — rappresentato dalla necessità di riconoscere l'operatività dell'*exceptio* in tutti i contratti « bilaterali » — dimostra che i tempi erano ormai maturi per accogliere una soluzione normativa coerente con il pieno ed integrale compimento di un processo di astrazione e generalizzazione: ciò che infatti ebbe luogo, senza particolari difficoltà, nel 1942.

3. *Eccezioni dilatorie e risoluzione del contratto.* — Se quanto appena osservato vale ad escludere che dalla riconduzione delle eccezioni dilatorie nell'ambito di operatività dell'autotutela contrattuale possano trarsi indicazioni decisive circa il carattere eccezionale della loro operatività, non sembra possibile attribuire dirimente importanza neppure al riconoscimento della loro funzione esclusivamente conservativa, che porta solitamente ad intenderle come strumenti rimediali inidonei a modificare la vincolatività della relazione sinallagmatica o a provocarne lo scioglimento. Che i rapporti tra dilazione e risoluzione siano più articolati di quanto non autorizzi a credere la contrapposizione tra autotutela conservativa e reattiva è inverosimilmente dimostrabile già solo ponendo attenzione alla collocazione topografica degli art. 1460 e 1461 c.c., che li rende una sorta di completamento della disciplina dedicata alla risoluzione per inadempimento, a sua volta caratterizzata da alcuni meccanismi rimediali senz'altro espressivi di autotutela, quali, a titolo meramente esemplificativo, la diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.) (v. DIFFIDA AD ADEMPIERE), la dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) (v. CLAUSOLA RISOLUTIVA), nonché il recesso (28) (v. RECESSO - DIRITTO PRIVATO).

de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative, Paris, L.G.D.J., 2008, 148 ss.; F. PARAISSO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, Aix en Provence-Marseille, Presses universitaires, 2011, 189 ss.

(28) Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., 37 s., 62 s., 65 e 85 s. e nt. 136; DAGNINO, *op. cit.*, 71 s., 84 s. e 133 ss.; S. PACCHI PESUCCI, *Autotutela dell'azionista e interesse dell'organizzazione*, Milano, Giuffrè, 1993, 225 ss.; R. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, Giuffrè, 1996, 42 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*,

Avuto specifico riguardo alla regolamentazione dei singoli tipi contrattuali, gli art. 1822, 1956 e 1959 c.c. delineano eccezioni solo apparentemente dilatorie, perché finalizzate, in realtà, a provocare un'immediata estinzione del rapporto obbligatorio, alla quale è altresì possibile pervenire nello specifico caso regolato dall'art. 1482 c.c., sia pure ad esito di un intervento giudiziale successivo all'esercizio dell'*exceptio* (29).

Tali scelte acquistano un significato ben preciso proprio in prospettiva storica, perché rappresentano il coerente approdo dell'affermazione di

22 s.; M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, Giappichelli, 2013, 48 ss.; S. PAGLIANTINI, *La norma incompiuta dell'art. 61 c. cons.: consegna e recesso in autotutela*, in *N. leggi civ.*, 2014, 1002 ss.; F. PARENTE, *Gli strumenti di autotutela nel diritto dei contratti*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti* a cura di C. PERLINGIERI e L. RUGGERI, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2016, 403 ss.; D'ACUNTO, *op. cit.*, 63 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, 40 s. e 97 ss.; LEPORE, *op. cit.*, 20 s.

(29) Cfr. RAVAZZONI, *op. cit.*, 136 e nt. 11; V. FALASCHI, *L'art. 1956 c.c.: fideiussione e mandato di credito*, in *Foro it.*, 1958, IV, 186 ss.; M. D'ORAZI FLAVONI, *Fideiussione, mandato di credito, anticresi*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, V, t. 9, Milano, Vallardi, 1961, 48; M. FRAGALI, *Del mutuo*², in *Commentario al codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, cit., 1966, 382 s.; Id., *Fideiussione (diritto privato)*, in questa *Enciclopedia*, XVII, 1968, 380 s.; E. FAVARA, *Rinuncia preventiva del fideiussore di obbligazione futura all'eccezione di liberazione per mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore*, in *Banca borsa*, 1967, II, 520 ss.; F. AGOSTINO, *Sull'estinzione della fideiussione prevista dall'art. 1956 c.c.*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 331 ss.; Id., *Ancora in tema di estinzione della fideiussione prevista dall'art. 1956 c.c.*, in *Dir. giur.*, 1970, 969 s.; G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, V, cit., t. 7, 1972, 82 e 115; Id., *Mutuo (diritto privato)*, in questa *Enciclopedia*, XXVII, 1977, 473; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., 125; Id., *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., 82 s.; G. SCAFI, *Sulla liberazione del fideiussore ex art. 1956 c.c.*, in *Contr.*, 1998, 600 ss.; L. BANDINELLI, *L'evoluzione interpretativa della clausola generale di buona fede nella dinamica del comportamento contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 657 s.; A. GALLARATI, *Il diritto di ritirare la « parola data » tra formule e regole: un'indagine di analisi economica del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 347; L. RUGGERI, *La fideiussione*, in L. RUGGERI e S. MONTICELLI, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. PERLINGIERI, III, t. 19, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2005, 172 ss.; G. STELLA, *Le garanzie del credito. I. Fideiussione e garanzie autonome*, in *Trattato di diritto privato* a cura di IUDICA e ZATTI, cit., 2010, 641 ss.; A.M. BENEDETTI, in *Commentario del codice civile* diretto da GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, IV, cit., 513 e nt. 6; Id., *Le autodifese contrattuali*, cit., 94 s.; G. FAUCEGLIA, in *Commentario del codice civile* diretto da GABRIELLI, cit., *Dei singoli contratti* a cura di D. VALENTINO, III, *Artt. 1803-1860*, 2011, 232 ss.; FADDA, *op. cit.*, 240 s.; MODICA, *op. cit.*, 97 ss.; A. VENTURELLI, *Contratto preliminare, pericolo di revocatoria e « mutamento » delle condizioni patrimoniali*, in *Obbl. contr.*, 2012, 267 s.; Id., *Fideiussione*, in *D. disc. priv.*, sez. *civ.*, Aggiornamento, X, 2016, 284 s.

un legame teorico-concettuale — mediato dall'applicazione del principio *inadimplenti non est adimplendum* — tra l'esito perentorio, inevitabilmente collegato al carattere irreversibile dell'inadempimento, e quello dilatorio, invece connesso ad una violazione che si assume ancora superabile da una tempestiva "inversione di rotta" del debitore e che, però, può ben presto degenerare in un'inattuazione sufficientemente grave per consentire il ricorso alla risoluzione.

La codificazione vigente esprime dunque una logica inclusiva, ben evidenziata dal paradigma argomentativo secondo cui « nel più sta anche il meno », che risulta ampiamente documentata già nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del c.c. del 1865, sotto il vigore del quale non si esitava a concludere che, stante la definitiva legittimazione dell'azione di risoluzione fornita dal modello francese, dal generalizzato riconoscimento di questa deriverebbe la necessità di ammettere, in egual modo, l'esercizio dell'*exceptio inadimplenti contractus* (30).

Il fatto che oggi non si abbia più alcuna necessità di ricorrere a tale paradigma argomentativo non impedisce di constatarne la perdurante sopravvivenza, non appena si cerchi di spiegare perché l'analisi della formulazione letterale delle disposizioni dedicate alle eccezioni dilatorie assume una scarsa incidenza nell'individuazione del loro concreto ambito di operatività.

Nonostante l'art. 1460 c.c. limiti l'operatività dell'*exceptio* alla possibilità di « rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione », solo un'isolata voce dottrinale continua a sostenere che l'eccezione potrebbe giovare esclusivamente contro una pretesa o un'azione di adempimento e non per paralizzare un'azione di risoluzione o risarcitoria (31). L'orientamento prevalente ha sempre saggiamente mostrato di seguire una tesi ben diversa e, attribuita portata generale al rimedio, non ha esitato a considerarlo esperibile non solo contro ogni tipo di azione che sia intrapresa dalla parte inadempiente al fine di far dichiarare l'inadempimento del convenuto, ma anche dopo lo stesso scioglimento

(30) Cfr. G. AULETTA, *op. cit.*, 299 ss.; PERSICO, *op. cit.*, 2 ss.; DALMARTELLO, *op. cit.*, 354; M. ZANA, *La regola della buona fede nell'eccezione di inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1384 s. (da cui le successive citazioni); e in *Studi sulla buona fede*, cit., 353 s.; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., 39 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 97 s.; R. MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2012, 21 ss.

(31) Cfr. GRASSO, *Inadempimenti simultanei e rimedi sinallagmatici*, cit., 75 ss.

della relazione contrattuale e allo scopo di regolare le contrapposte pretese restitutorie derivanti dalla risoluzione, nella consapevolezza che, anche in quest'ultimo caso, si conserva un legame sinallagmatico tra le prestazioni che autorizza a non applicare, in via esclusiva, le regole previste per un normale indebito oggettivo (32).

Lo stesso art. 1460 c.c. ha cura di escludere l'operatività dell'*exceptio* quando « termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto », ma è sufficiente ricordare che l'esercizio di autotutela è qui finalizzato ad impedire un adempimento che potrebbe rivelarsi dannoso per il suo autore, a misura che la controparte non esegua la sua prestazione, per concludere che l'operatività dell'*exceptio* è subordinata esclusivamente alla valutazione della legittimità ed adeguatezza della reazione, a nulla rilevando che le modalità cronologiche della prestazione non eseguita non siano contestuali a quelle dell'altra.

L'eccezione è dunque esperibile anche dal contraente che deve adempiere per secondo, quando la controparte sia già inadempiente nel momento in cui la sua prestazione diviene esigibile o alla scadenza dell'eventuale dilazione all'uopo concessagli (33), nonché da colui che, pur essendo tenuto

(32) Cfr. U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, Giuffrè, 1974, 467 ss., spec. 471; DAGNINO, *op. cit.*, 130 s.; BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., 45; V. ROSSI, *L'« exceptio inadimplenti contractus » negli obblighi di restituzione nascenti da sentenza di risoluzione del contratto*, in *Dir. giur.*, 1995, 193 ss.; M. DELACASA, *Gli effetti della risoluzione*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, V. *Rimedi-2*, a cura di V. ROPPO, Milano, Giuffrè, 2006, 393 s.; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, Giuffrè, 2010, 30 s. e 299 ss.; Cass. 3 maggio 1979, n. 2549, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, 5; Cass. 23 maggio 1980, n. 3400, *ivi*, 1980, 5; Cass. 11 agosto 1997, n. 7480, in *Rep. Foro it.*, 1997, Contratto in genere, n. 527; TAR Lazio, Latina, 1° settembre 2005, n. 662, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 2887 (s.m.); Cass. 27 marzo 2015, n. 6249, in *Rep. Foro it.*, 2015, Contratto in genere, n. 452; Cass. 17 ottobre 2019, n. 26334, *ivi*, 2019, Contratto in genere, n. 358. *Contra*, muovendo dalla riaffermazione dell'eccezionalità dell'*exceptio*, intesa come strumento di autotutela, G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Il Codice civile. Commentario* fondato da SCHLESINGER, cit., *Artt. 1453-1459*, 2007, 674; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 36 s.

(33) Cfr. PERSICO, *op. cit.*, 5 e 83 s.; REALMONTE, *op. cit.*, 228 s.; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., 48 s.; *Id.*, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., 24 s.; *Id.*, *Eccezione di inadempimento*, cit., 340 s.; MANTUCCI, *op. cit.*, 84; PISCIOTTA, *op. cit.*, 335 s.; M. TRECCANI, *Brevi note in tema di « exceptio non rite adimpleti contractus » e buona fede*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 196 s. nt. 10; GABRIELLI, *Appunti sulle autotutele contrattuali*, cit., 505 s.; Cass. 14 ottobre 1970, n. 2026, in *Rep. Foro it.*, 1971, Contratto in genere, n. 429. *Contra*, in ragione dell'eccezionalità del rimedio dilatorio e della conseguente impossibilità

ad adempiere per primo, prenda atto della dichiarazione di non voler adempiere della controparte o abbia il fondato sospetto che quest'ultima al momento dovuto non offrirà la prestazione, quando tale convincimento sia suffragato da precise indicazioni fattuali, che, rendendo evidente il futuro inadempimento, legittimano un esercizio « anticipato » del rimedio (34).

In dottrina si discute, invero, se, nel caso da ultimo accennato, l'art. 1460 c.c. sia direttamente applicabile, eventualmente riferendo l'inadempimento ad una prestazione accessoria fondata sulla regola di buona fede (35) (v. BUONA FEDE - DIRITTO PRIVATO), o non sia più semplice invocare l'analogo

di estenderne l'applicazione a casi non corrispondenti a quelli indicati dalla formulazione letterale dell'art. 1460 c.c., DALMARTELLO, *op. cit.*, 358; GALASSO, *op. cit.*, 287 s.; GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, cit., 88 s.; Id., *L'eccezione d'inadempimento nel contratto di somministrazione a prestazioni continuative*, cit., 933 s.; Id., *Inadempimenti simultanei e rimedi sinallagmatici*, cit., 84 s.; A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, Cedam, 1999, 52.

(34) Cfr. Cass. 4 marzo 1940, n. 765, in *Giur. it.*, 1940, I, 1, 531 ss., con nota di A. IAMALIO, *Le « restituzioni » e la competenza a giudicare*; e in *Sett. Cass.*, 1940, 498 s. (s.m.); Cass. 20 dicembre 1960, n. 3291, in *Rep. Foro it.*, 1960, *Obbligazioni e contratti*, n. 284-285; Cass. 4 aprile 1979, n. 1950, *ivi*, 1979, *Contratto in genere*, n. 348-349; Cass. 28 novembre 1984, n. 6196, *ivi*, 1984, *Contratto in genere*, n. 264; Cass. 9 giugno 1993, n. 6441, *ivi*, 1993, *Contratto in genere*, n. 475; Cass. 19 aprile 1996, n. 3713, in *Foro it.*, 1996, I, 2389 ss.; e in *Giust. civ.*, 1997, I, 778 ss., con nota di A. MANNA, *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto d'appalto*; Cass. 14 marzo 2003, n. 3787, in *Gius.*, 2003, 1570 (s.m.); in *Impr.*, 2003, 876 (s.m.); in *Giust. civ.*, 2004, I, 458 ss.; in *Contr.*, 2004, 446 ss., con nota di G. SARDO, *Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimpleti contractus*; e in *Arch. civ.*, 2004, 94 (s.m.); Cass. 4 novembre 2003, n. 16530, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, 966 ss.; in *Arch. civ.*, 2004, 1078 (s.m.); e in *Gius.*, 2004, 940 s. (s.m.) (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica « anticipata » nei contratti a prestazioni corrispettive* a cura di A. VENTURELLI, Torino, Giappichelli, 2013, 180 ss., 264 ss., 335 ss., 344 ss., 355 ss., 359 ss., 375 ss. e 378 ss.); Cass. 8 settembre 2017, n. 20939, in *Rep. Foro it.*, 2017, *Contratto in genere*, n. 421.

(35) Cfr. SATURNO, *op. cit.*, 149 s.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 100 s.; D'ACUNTO, *op. cit.*, 86 ss.; D.M. LOCATELLO, *L'autotutela dilatoria anticipata nella prospettiva della riforma del code civil*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1319 ss., spec. 1323 ss.; nonché A.M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, 37 ss., spec. 43 e 102 s., il quale, per conciliare la riaffermazione del valore eccezionale dell'autotutela con le esigenze equitative sottese al riconoscimento della possibilità di invocare anticipatamente l'*exceptio*, non esclude la possibilità di applicare analogicamente l'art. 1186 c.c. a tutti i casi in cui il contraente tenuto ad eseguire la prestazione per secondo abbia fondatamente messo in pericolo il futuro adempimento, così da esercitare l'eccezione a fronte di un inadempimento reso attuale dalla riconosciuta decadenza. Ma, per una più ampia valutazione delle ragioni che impongono di distinguere l'inadempimento « anticipato » dal pericolo e di negare l'applicabilità analogica dell'art. 1186 c.c. a casi

per estendere l'art. 1461 c.c. a situazioni di pericolo che, pur non essendo causalmente riconducibili al mutamento delle condizioni patrimoniali, appaiano egualmente evidenti ed idonee ad incidere negativamente sulla fiducia dell'*excipiens* (36).

Entrambi gli orientamenti prendono atto dell'inadeguatezza del richiamo esclusivo all'autotutela, che porterebbe all'esclusione del rimedio per l'impossibilità di ricondurre i casi richiamati entro le fattispecie descritte dagli art. 1460 e 1461 c.c., e sottolineano l'esigenza di adattare tali previsioni al reale obiettivo da esse perseguito, comprensibile solo nel momento in cui si riafferma il valore generale del principio *inadimplenti non est adimplendum* e si valorizza il suo inscindibile legame con il sinallagma contrattuale.

È, in altri termini, insufficiente porre l'accento sul soddisfacimento immediato dell'interesse assicurato dalla concessione all'*excipiens* di un diritto potestativo se non si ha cura di aggiungere che l'eccezione dilatoria serve ad assicurare il corretto svolgimento del rapporto obbligatorio secondo l'ordine cronologico delle prestazioni corrispettive diviso dalle parti.

Il mantenimento di siffatto equilibrio non è minacciato solo dalla situazione paradigmatica costituita dall'inadempimento attuale, ma da tutte le graduazioni che questo può assumere fino a varcare la soglia dell'inadempimento vero e proprio.

Ammettere l'esercizio « anticipato » dell'*exceptio* significa dunque assicurare pieno compimento alle finalità perseguite dall'autotutela conservativa,

diversi da quelli menzionati dalla norma, cfr. A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, Giuffrè, 2013, 317 ss.

(36) Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., 26 s.; DAGNINO, *op. cit.*, 127 s.; F. PADOVINI, *L'eccezione di pericolo di inadempimento (Unsicherheitseinsrede)*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* (Atti del Convegno di Ferrara, 7-8 marzo 2003) a cura di G. CIAN, Padova, Cedam, 2004, 275 s.; M. DELLA-CASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 556 s. e 568; Id., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2008, 99 s.; V. PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, Giuffrè, 2008, 48 ss., 123 ss. e 231 s.; Id., *Pendenza della condizione e tutela del contraente « fedele »*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 154 ss.; Id., *Contratti sub die e dichiarazione di non voler adempiere*, *ivi*, 2018, 616 ss., spec. 638 ss.; U. CARNEVALI, *Le eccezioni dilatorie*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI e M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, XIII. *Il contratto in generale*, t. 8, Torino, Giappichelli, 2011, 251 e nt. 30; FADDA, *op. cit.*, 254 s.; T. PERTOT, *Inadempimento anticipato tra realtà italiana e prospettiva europea*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 956 ss., spec. 994 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, 81 s.

allargando l'ambito di operatività di un rimedio stragiudiziale per garantire piena effettività alla protezione da esso apprestata, nella consapevolezza che questo risultato costituisce esito applicativo coerente con una più ampia valutazione sistematica del dato normativo vigente e dello stesso legame funzionale con la risoluzione del contratto.

Superando la più consueta e tradizionale impostazione esegetica che porta ad accostare — alla stregua di una giustapposizione — l'eccezione d'inadempimento e l'eccezione di sospensione dell'esecuzione, occorre prediligere una spiccata propensione sistematica e finalistica, che consente di guardare ai rimedi in esame non come ad un semplice gruppo di regole, quanto piuttosto ad una disciplina unica, orientata a preservare un'adeguata corrispondenza tra sinallagma genetico e funzionale.

In questo modo, è possibile armonizzare le norme in commento con l'art. 71 della Convenzione del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, il quale, ancorché con esclusivo riferimento ad un particolare tipo contrattuale (v. TIPI-CITÀ E TIPO) — la vendita internazionale di beni mobili — delinea un rimedio dilatorio che non distingue più nettamente tra inadempimento e pericolo, ma dedica attenzione esclusiva alla « manifestazione » di una violazione sinallagmatica che potrebbe essere ancora solo futura, nel momento in cui l'eccezione è esercitata, ma che deve risultare comunque univocamente prevedibile alla luce di indici fattuali oggettivamente apprezzabili (37).

Avendo avuto già occasione di dar conto delle ragioni che inducono a vedere nell'art. 1461 c.c. un « silenzioso precursore » della disciplina apprestata dalla Convenzione internazionale, conviene qui limitarsi a ribadire che proprio il riferimento al « mutamento » delle condizioni patrimoniali esclude che il pericolo possa essere inteso in termini esclusivamente soggettivi, come mero timore del futuro inadempimento ed evidenza che esso acquista rilevanza giuridica quando è suffragato da elementi univoci, che potrebbero anche non risultare correlati ad una modifica materiale della situazione (38).

(37) Un aggiornato commento alla previsione è offerto da C. FOUNTOULAKIS, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*⁴ a cura di I. SCHWENZER, Oxford, University Press, 2016, 1024 ss.; D. SAIDOV, in *Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). A Commentary*² a cura di S. KRÖLL, L. MISTELIS e P.P. VISCASILLAS, München-Oxford, Beck-Hart, 2018, 918 ss.

(38) Sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto* diretto da ROPPO, V, cit.,

Il costante orientamento giurisprudenziale che ammette l'applicazione dell'art. 1461 c.c. quando le reali condizioni patrimoniali risultino già dismesse al momento della conclusione del contratto, ma non siano conoscibili, usando l'ordinaria diligenza, dal contraente *in bonis* non prospetta un indebito allargamento dell'eccezione dilatoria a casi che, dal punto di vista rimediabile, dovrebbero essere sottoposti ad un diverso trattamento, ma valorizza fino in fondo l'esigenza conservativa dell'autotutela e permette all'*excipiens*, che solo al momento dell'esecuzione è stato posto nella condizione di accorgersi della potenziale dannosità di un adempimento immediato, di preservare la propria situazione patrimoniale, ponendo la controparte di fronte alla necessità di offrire un'adeguata garanzia per riattivare l'attuazione del contratto (39).

424 ss.; ID., *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, in *Remedies in Contract*, cit., 18 ss.; e in *Studi in onore di Giorgio Cian* a cura di M.V. DE GIORGI, S. DELLE MONACHE e G. DE CRISTOFARO, I, Padova, Cedam, 2010, 16 ss.; ID., *Il « mutamento » nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, Giuffrè, 2013, 99 ss.

(39) Cfr. Cass. 21 dicembre 1942, n. 2729, in *Riv. dir. comm.*, 1943, II, 139 ss., con nota di G. MONACO, *La preesistente insolvenza del compratore nella vendita*, successiva alla nuova codificazione ma relativa ad un caso sorto prima del 1942; Cass. 26 novembre 1954, n. 4321, in *Giust. civ.*, 1954, I, 2831 (s.m.); e, per esteso, in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza* a cura di F. ADDIS, Milano, Giuffrè, 2006, 217 ss.; App. Milano 16 novembre 1956 e App. Bari 27 novembre 1957, entrambe in *Rep. Foro it.*, 1957, *Obbligazioni e contratti*, n. 680 e n. 682; Cass. 5 luglio 1958, n. 2421, in *Banca borsa*, 1958, II, 324 ss.; e in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 314 ss.; App. Lecce 18 luglio 1962, in *Corti Bari, Lecce, Potenza*, 1962, 283 (s.m.); App. Lecce 16 febbraio 1967, *ivi*, 1968, 67 (s.m.); Cass. 19 giugno 1972, n. 1935, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1774 ss.; Trib. Parma 7 marzo 1977, in *Foro pad.*, 1977, I, 144 ss.; in *Arch. civ.*, 1977, 1139 ss.; in *Dir. fall.*, 1978, II, 237 ss., con nota di G. R[AGUSA] M[AGGIORE], *Sospensione della consegna della cosa venduta ex art. 1461 c.c. e successivo fallimento del compratore*; e in *Giur. merito*, 1978, 802 ss., con nota di M. BESSONE, *Ambito di rilevanza dell'errore, principio pacta sunt servanda e alea normale del contratto*; Cass. 4 agosto 1988, n. 4835, in *Giust. civ.*, 1988, I, 2913 ss., con nota di M. COSTANZA, *Sul legittimo uso della facoltà di sospendere la prestazione*; e in *N. giur. civ.*, 1989, I, 342 ss., con nota di F. COLONNA, *Mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti. Sospensione della prestazione*; Trib. Milano 17 settembre 1992, in *Banca borsa*, 1994, II, 79 ss.; Cass. 22 gennaio 1999, n. 602, in *Rep. Foro it.*, 1999, *Contratto in genere*, n. 555; Cass. 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Corr. giur.*, 1999, 1261 ss., con nota di F. ROLFI, *Art. 1461 c.c. e contratto preliminare*; in *Giur. it.*, 2000, 736 ss., con nota di P. MIGLIORE; e in *Studium iuris*, 2000, 85 ss., con sintesi di M.A. SICONOLFI; Cass. 15 maggio 2002, n. 7060, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Contratto in genere*, n. 535 (le ultime tre sentenze possono leggersi integralmente e con le relative pronunce di merito in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, cit., 153 ss., 169 ss. e 187 ss.); Cass. 20 febbraio 2008, n.

Autotutela contrattuale

La cristallizzazione della relazione provocata dall'esercizio dell'*exceptio* è altresì preparatoria alla risoluzione vera e propria e, in quanto tale, vale a garantire a chi esercita il rimedio una situazione di vantaggio, permettendogli, una volta manifestato il rifiuto, di lasciare alla controparte l'onere di avviare una contestazione giudiziale.

Le riflessioni che attenta e recente dottrina ha dedicato all'utilizzo «cripto-risolutorio» dell'eccezione dilatoria o alla possibilità di esercitare un'«eccezione di risoluzione» che, per quanto priva di univoci riscontri normativi, costituirebbe adeguata reazione al comportamento di chi, avendo fatto trascorrere un ampio lasso temporale dall'esercizio dell'*exceptio*, pretenda poi l'attuazione di un rapporto ormai privo di alcun interesse per la controparte, confermano pienamente l'esigenza di non ancorare lo studio dell'autotutela ad una sterile analisi esegetica ed evidenziano che il suo richiamo conserva utilità applicativa esclusivamente quando si accompagna ad una puntuale indicazione degli obiettivi perseguiti dal singolo rimedio, nella consapevolezza che la loro attuazione può legittimare adattamenti e correttivi alla fattispecie per esso apprestata dalla legge (40).

In questa prospettiva, non sorprende constatare che l'individuazione del pericolo può talvolta prescindere dalla stessa sussistenza di un esatto adempimento della prestazione momentaneamente esigibile: l'applicazione dell'art. 1461 c.c. per consentire al contraente *in bonis* di rifiutare la stipulazione del contratto definitivo, nonostante la controparte sia disposta ad adempiere all'obbligo nascente dal preliminare, si spiega proprio alla luce dell'inidoneità di tale offerta di adempimento a rassicurare realmente l'*excipiens*, avuto riguardo alla probabilità che il dissesto incida negativamente sull'attuazione del definitivo, in ragione di un apparato argomentativo simile a quello che ha già consentito l'applicazione analogica degli art. 1481 e 1482 c.c. alla relazione obbligatoria na-

4320, in *Giur. it.*, 2008, 2480 ss.; in *Giust. civ.*, 2008, I, 2158 ss.; e in *Foro pad.*, 2008, I, 312 ss.

(40) Cfr. A.M. BENEDETTI, *La deriva dell'eccezione di inadempimento: da rimedio dilatorio a rimedio cripto-risolutorio?*, in *Danno resp.*, 2003, 758 ss.; Id., *L'eccezione d'inadempimento*, cit., 625 ss.; Id., *Le autodifese contrattuali*, cit., 35 ss. e 80 ss.; PALADINI, *op. cit.*, 260 ss.; P. MORENO, *La «brutta», la «buona» e la «cattiva» eccezione di inadempimento. A proposito dei limiti dell'exceptio inadimplenti contractus*, in *N. giur. civ.*, 2014, 215 ss.; S. PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una mappatura dei rimedi risolutivi*, in *Oss. dir. civ.*, 2016, 9 ss.; e in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, cit., 337 ss.; LOCATELLO, *op. cit.*, 1330 ss.

scente dal preliminare stesso, specie se ad esecuzione anticipata (41) (v. CONTRATTO PRELIMINARE).

4. *La «ritenzione» della prestazione.* — Quanto appena rilevato legittima altresì ad attribuire un nuovo significato al frequente accostamento delle eccezioni dilatorie alla «ritenzione» della prestazione dovuta.

L'evoluzione delle forme di autotutela descritte sconta l'inevitabile condizionamento del diritto romano, nel quale si ritrova un punto di partenza comune allorché a più riprese al venditore, insoddisfatto nella propria pretesa creditoria relativa al pagamento del prezzo, è concessa la facoltà di sottrarsi all'adempimento della prestazione consistente nella consegna della cosa, legittimandolo a trattenerla *quasi pignus* o *pignoris loco* (42). Sicché appare evidente come il rifiuto di adempiere, quando aveva ad oggetto la consegna della cosa, fosse identificato con la circostanza peculiare di poter trattenerne presso di sé la cosa stessa, autorizzando ad identificare l'esercizio dell'eccezione dilatoria con una sorta di ritenzione della prestazione dovuta (v. RITENZIONE - DIRITTO PRIVATO).

Poiché le fonti romane costituiscono i testi normativi dai quali incontrovertibilmente muove l'evoluzione che porta alla generalizzazione della tutela sinallagmatica, appare quasi inevitabile che il rifiuto di adempiere abbia continuato a subire l'influenza della figura di qualificazione nella quale per la prima volta esso trovò chiara e compiuta espressione.

In Francia e in Germania, la concettualizzazione delle figure in esame si è mantenuta più

(41) Cfr. Cass. 22 gennaio 1999, n. 602, cit.; Cass. 24 febbraio 1999, n. 1574, cit.; Cass. 15 maggio 2002, n. 7060, cit.; Cass. 30 gennaio 2013, n. 2217, in *Rep. Foro it.*, 2013, Contratto in genere, n. 493; Cass. 22 febbraio 2016, n. 3390, *ivi*, 2016, Vendita, n. 27; Cass. 29 novembre 2019, n. 31314, in *Vita not.*, 2020, 231 ss.; Cass. 12 dicembre 2019, n. 32694, in *Rep. Foro it.*, 2019, Contratto in genere, n. 219.

(42) Cfr. D. 19, 1, 13, 8 (Ulp. XXXII *ad Ed.*), trad. it. in *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, III, 12-19 a cura di S. SCHIPANI, Milano, Giuffrè, 2007, 407: «quando si agisce con l'azione da compera 'contro il venditore', dal compratore deve essere offerto il prezzo; e pertanto l'azione da compera non è esperibile, anche se quest'ultimo offre una parte del prezzo: infatti, il venditore può trattenerne ciò che vendette come se fosse un pegno»; D. 21, 1, 31, 8 (Ulp. I *ad Ed. Aed. Cur.*), trad. it. *ivi*, IV, 20-27 a cura di S. SCHIPANI, Milano, Giuffrè, 2011, 70: «lo stesso Marcello afferma ancora che uno dei padroni non può ottenere con l'azione di compera che il venditore gli effettui una consegna parziale se pagherà la sua parte di prezzo; ed afferma che questo deve osservarsi riguardo ai compratori: il venditore trattiene, infatti, ciò che ha venduto in luogo di pegno, finché il compratore non lo soddisfi».

vicina alla tradizione romanistica e nessuna sorpresa né, tanto meno, distorsione applicativa deve per questa ragione farsi derivare da un innocuo — se correttamente inteso nella sua origine storica — uso linguistico che porta ancor oggi a classificare, sia pure in modo affatto descrittivo, le eccezioni dilatorie, come ipotesi, rispettivamente, di *droit de rétention* o di *Zurückbehaltsrecht* (43).

In Italia, per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza hanno operato in modo simile, agevolate dalla già richiamata assenza, nel codice civile del 1865, di una disciplina generale dei contratti a prestazioni corrispettive. L'accostamento delle eccezioni dilatorie alla « ritenzione » aveva reso la stessa un contenitore tanto generico che poi si avvertiva l'esigenza di distinguere tra ritenzione « propria » e « impropria », così da lasciar già trasparire l'inadeguatezza di un apparato argomentativo che, muovendo dalla comune qua-

lificazione in termini di autotutela contrattuale, si vedeva poi costretto a ribadire l'eccezionalità del rimedio, sottoponendolo ad una regola di rigida tipicità legale difficilmente conciliabile proprio con il valore generale attribuito al trattamento della prestazione dovuta e con l'intenzione di delineare una tutela sospensiva egualmente generale perché collegabile alla bilateralità della relazione contrattuale (44).

Consapevole del valore generale attribuito alla disciplina delle eccezioni dilatorie, la dottrina contemporanea si è progressivamente affrancata dalla posizione prevalente sotto il c.c. previgente e ha eretto un solido argine che consente di mantenere nettamente distinte le due ipotesi e di limitare l'operatività della ritenzione ai soli casi in cui si riscontrino situazioni di reciproco debito e credito non collegabili in termini di interdipendenza sinallagmatica e in quanto tali non direttamente riconducibili all'assetto programmatico diviso dalle parti al momento della formazione del contratto (45).

(43) Cfr. LAUBHARDT, *Zur Auslegung des § 321 BGB.*, in *Arch. civ. Pr.*, (109) 1912, 248; J. VIÑAS MEY, *El derecho de retención*, in *Rev. der. priv.*, 1922, 106 s.; T.A. ALMÉN, *Das skandinavische Kaufrecht. Ein Kommentar zu den skandinavischen Kaufgesetzen unter eingehender Berücksichtigung ausländischen Rechts*, versione tedesca di F.K. Neubecker, I, Heidelberg, Winter, 1922, 602 nt. 98; D. ESPIN CÁNOVAS, *La excepción de incumplimiento contractual*, in *Anr. der. civ.*, 1964, 550 ss.; N. CATALA-FRANJOU, *De la nature juridique du droit de rétention*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1967, 9 ss.; J.-F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, Paris, L.G.D.J., 1971, 122; F. CHABAS e P.J. CLAUD, *Disparition et rénaissence du droit de rétention*, in *Rec. Dalloz*, 1972, *Chronique*, 19 s.; U. HUBER, in *Kommentar zum Einbeilichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964* a cura di H. DÖLLE, München, Beck, 1976, 416; J. MANDE-DJAPOU, *La notion étroite du droit de rétention*, in *JCP*, 1976, I, n. 2760; F. OESTERLE, *Die Leistung Zug um Zug*, Berlin, Dunker & Humblot, 1980, 243 ss.; C. GABET-SABATIER, *Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, 39 ss.; C. SCAPEL, *Le droit de rétention en droit positif*, ivi, 1981, 539 ss.; P. JABORNEGG, *Zurückbehaltsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Synallagma*, Wien, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1982, 229 ss.; R. WELSER, *Die Vertragsverletzung des Verkäufers und ihre Sanktion*, in *Das UNCTRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht* (Referate und Diskussionen des Symposium in Baden bei Wien 17.-19. April 1983) a cura di P. DORALT, Wien, Manz, 1985, 124; J. GHESTIN e B. DESCHÉ, *La vente*, in *Traité des contrats* a cura di J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1990, 739; G. BRAUMÜLLER, *Das Zurückbehaltsrecht in Execution und Insolvenz*, Wien, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1991, 33 ss.; R. BOLLENBERGER, *Irrtum über die Zahlungsfähigkeit. Aussonderung durch Anfechtung*, Wien, Springer, 1995, 1 ss.; MALECKI, *op. cit.*, 306; É. CADOU, *Justice privée et procédures collectives (exception d'inexécution - droit de rétention - compensation)*, in *Rev. trim. dr. comm.*, 2000, 817 ss.; C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2002, 330 s.; M. STORCK, *Exception d'inexécution ou « exceptio non adimpleti contractus »*, in *Juris Classeur - Code civil*, sub art. 1184, Paris, L.G.D.J., 2003, 6 s.

(44) Cfr. G. BONELLI, *La decadenza dal termine del debitore insolvente*, in *Giur. it.*, 1899, IV, 263; PIPPA, *op. cit.*, 623; A. BUTERA, *Il diritto di ritenzione*, in *Foro it.*, 1912, I, 481; ID., *Del diritto di ritenzione a favore del conduttore per spese di miglioramento rimborsabili*, ivi, 1919, I, 90 s.; ID., *Natura giuridica del diritto di ritenzione*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, I, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1931, 193 ss.; ID., *Del diritto di ritenzione*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1937, 126; MONTESSORI, *op. cit.*, 78 s.; GASCA, *op. cit.*, 319; F. TALASSANO, *Sul diritto di ritenzione legale*, in *Dir. comm.*, 1919, I, 138 s.; RAMELLA, *op. cit.*, 494 ss.; SCADUTO, *op. cit.*, 75 s.; L. TARTUFARI, *Della vendita e del riporto*⁵, in *Il codice di commercio commentato* coordinato da L. BOLAFFIO e C. VIVANTE, III, Torino, Utet, 1925, 361; G. GIORDI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II, *Effetti delle obbligazioni*⁷, Torino, Utet, rist., 1930, 535; SATTI, *op. cit.*, 15 s.; GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, cit., 58 s. e 150 s.; ID., *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1935, 105 ss.; ID., *L'esecuzione fallimentare e i c.d. privilegi assistiti da ritenzione*, in *Dir. fall.*, 1935, II, 603 ss.; ID., *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da F. VASSALLI, VII, t. I, Torino, Utet, 1937, 73; FAVARA, *op. cit.*, 82 s.; ALLARA, *op. cit.*, 217 e 229 ss.; C. CARAVELLI, *Teoria della compensazione e diritto di ritenzione*, Milano, Vallardi, 1940, 300; G. AU-LETTA, *op. cit.*, 302 ss.; Cass. Firenze 11 novembre 1873, in *L'eco dei tribunali*, (XXIV) 1874, 621; Cass. Firenze 6 novembre 1874, in *Legge*, 1875, I, 25; Trib. Bologna 24 maggio 1887, in *La pratica legale*, 1887, II, 13; App. Parma 26 novembre 1912, in *La Giurisprudenza*, 1913, 75 s.; Cass. Napoli, 5 maggio 1923, in *Mon. trib.*, 1924, 176; App. Firenze 20 aprile 1927, in *Riv. dir. comm.*, 1927, II, 661 ss., con nota di B. BRUGI, *Exceptio non rite adimpleti contractus*; e in *Dir. prat. comm.*, 1928, I, 3 ss. (s.m.), con nota di S. JONA, *Applicabilità e limiti del principio « inadimpleti non est adimplendum »*; App. Genova 14 gennaio 1929, in *Il Foro ligure*, 1929, 13 (s.m.).

(45) Cfr. PERSICO, *op. cit.*, 14 s.; BIGLIAZZI GERI, *Profili*

La funzione indirettamente coercitiva dell'adempimento e il rafforzamento della garanzia patrimoniale generica assicurato dalla possibilità di rivalersi sulla cosa validamente trattenuta valgono altresì a distinguere la ritenzione dalla compensazione legale (v. COMPENSAZIONE - DIRITTO CIVILE), che riguarda prestazioni fungibili e provoca un effetto immediatamente estintivo (46).

Abbandonato ogni velleitario tentativo di considerare la ritenzione come un *genus* al quale ricondurre molteplici ipotesi funzionalmente diverse, è parso a molti agevole concludere che solo per la ritenzione debba comunque valere la regola di eccezionalità ordinariamente collegabile all'autotutela (47).

Non è difficile tuttavia svelare l'equivoco in cui cade questa posizione.

Il congegno tecnico della ritenzione rimane sostanzialmente identico a quello delle eccezioni dilatorie e si concretizza nella concessione di un diritto potestativo al trattenimento della *res* da restituire fino a quando la controparte non offra a sua volta l'adempimento della prestazione dovuta che si assume come esigibile.

L'assenza di un collegamento diretto con il sinallagma contrattuale non impedisce di ricono-

scere anche alla ritenzione una funzione genericamente conservativa. È vero che, a differenza di quanto rilevato per le eccezioni dilatorie, la reazione non trae giustificazione dal pericolo di un'infertuosa azione restitutoria, ma è altrettanto certo che il trattenimento della *res* serve comunque a cristallizzare la situazione, stimolando la controparte all'esecuzione di quel comportamento — l'adempimento dovuto — che, garantendo un'immediata restituzione della *res* stessa, sancirebbe altresì una puntuale attuazione del rapporto obbligatorio originario (48).

I tentativi di individuare la natura giuridica della ritenzione muovendo dalla necessaria preesistenza di una relazione fattuale di natura possessoria con la *res* trattenuta e dalla conseguente attribuzione all'art. 1152 c.c. di un valore generale nella regolamentazione della fattispecie trovano puntuale smentita in una più attenta valutazione della legislazione extra-codicistica, la quale offre esempi di ritenzione volti a tutelare una situazione meramente detentiva, quale quella del conduttore di immobile locato ad uso non abitativo che attende dalla controparte il pagamento dell'indennità per la perdita dell'avviamento (art. 34 e 69 l. 27 luglio 1978, n. 392) (49).

Se dunque la possibilità di godere materialmente della *res* trattenuta vale, più modestamente, come presupposto di fatto della ritenzione e non incide sulla giustificazione dell'esercizio di autotutela, quest'ultima è spiegabile solo collegandola ad un principio generale di economicità, che assicura maggiore effettività al riconoscimento del diritto di trattenere la cosa anziché al formalistico rispetto dell'indipendenza delle prestazioni reciproche alle quali le parti sono tenute.

Tale principio appare strettamente collegato alla clausola generale di buona fede, che non a caso è invocabile per valutare la stessa sussistenza di un nesso sinallagmatico e per estendere l'operatività dell'*exceptio inadimpleti contractus* a casi in cui si fatica a rintracciare una giustificazione plausibile da porre a fondamento dell'esclusione del

sistematici dell'autotutela privata, II, cit., 156 ss., spec. 192; ID., *Autotutela*, cit., 277; DAGNINO, *op. cit.*, 118 s.; A. BARBA, *op. cit.*, 1379 s.; MEZZANOTTE, *op. cit.*, 46 s.; SATURNO, *op. cit.*, 108 s.; RAPPAZZO, *op. cit.*, 104 ss. e 120 ss.; PADOVINI, *op. cit.*, 270; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 173 s.; CAMILLETTI, *op. cit.*, 1152 s.

(46) Cfr. M. PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, Milano, Giuffrè, 1997, 52 ss.; E. GIULIANO, *La compensazione con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 1955, 103 s.; A. BARBA, *op. cit.*, 1377 ss.; MEZZANOTTE, *op. cit.*, 41 ss.; SATURNO, *op. cit.*, 102 ss.

(47) Cfr. E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto: parte generale e parte speciale*, in *Commentario del codice civile* diretto da M. D'AMELIO ed E. FINZI, IV, t. 1, Firenze, Barbera, 1948, 855 s.; PERSICO, *op. cit.*, 22 ss.; F. SEMIANI BIGNARDI, *La ritenzione nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, Padova, Cedam, 1960, 10 s. e 22 ss.; DALMARTELLO, *op. cit.*, 357; DAGNINO, *op. cit.*, 112 ss. e 125 ss.; A. BARBA, *op. cit.*, 1380; A. SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura ed estensibilità*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 44 ss.; ID., *L'autotutela privata*, cit., 111 s.; F. BALDESSARELLI, *Autotutela privata e diritto di ritenzione*, in *N. dir.*, 1994, 261 ss.; E. AL MUREDEN, *Ritenzione legale e ritenzione convenzionale*, in *Contr. impr.*, 1997, 193; D.L. GARDANI, *Ritenzione (diritto di)*, in *D. disc. priv.*, sez. civ., XVIII, 1998, 65 ss.; A. PICCIANO, *Diritto di ritenzione e sua opponibilità*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 1998, 659; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 63 s. e 137 ss., spec. 145 s. e 155 s.; LASSO, *op. cit.*, 186 s.; F. GIGLIOTTI, *Il fenomeno giuridico del godimento. Tra dimensione fattuale e rilevanza effettuale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2008, 37 ss.; ID., *Diritti personali di godimento*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. PERLINGIERI, III, cit., t. 5, 2018, 29 ss.; FADDA, *op. cit.*, 176 ss.; CAMILLETTI, *op. cit.*, 1153.

(48) Cfr. GALASSO, *op. cit.*, 277; W. D'AVANZO, *Ritenzione (diritto di)*, in *Nss. D.I.*, XV, 1969, 173 s.; DAGNINO, *op. cit.*, 39 s., 79 e 112 s.; A. BARBA, *op. cit.*, 1380 s.; SATURNO, *L'autotutela privata*, cit., 35 ss. e 68 s.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 162 ss.; S. CHERTI, *La ritenzione come forma di autotutela privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 481 s.

(49) Cfr. DAGNINO, *op. cit.*, 114 s.; A. BARBA, *op. cit.*, 1378 s.; MEZZANOTTE, *op. cit.*, 55 ss.; A. RICCI, *Sul « principio di ragione naturale »: a proposito dell'autotutela possessoria*, in *Contr. impr.*, 2009, 1200 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, 75 ss.; LEPORE, *op. cit.*, 32 s.; Cass. 9 gennaio 2007, n. 196, in *N. giur. civ.*, 2007, I, 1140 ss., con nota di L. RACHELI, *La legittima difesa privata del possesso e il divieto di farsi giustizia da sé*.

potere di rifiutare legittimamente l'adempimento, specie se l'esecuzione della prestazione dovuta possa comportare uno squilibrio o un sacrificio a fronte del mancato, contestuale conseguimento di una prestazione che pure non possa qualificarsi come controprestazione della prima ma che con essa risulti originariamente o, ancor più spesso, successivamente collegata (50).

Sganciata dalla pretesa necessità di un contratto unico, sostanzialmente modellato sullo schema dello scambio, la corrispettività supera l'individualità giuridica del singolo titolo negoziale e comprende anche i risultati economici programmati alla stregua del complessivo assetto d'interessi che le parti hanno disposto e delle conseguenze ulteriori che l'ordinamento vi riconnette, così da legittimare l'esercizio dell'*exceptio* anche quando le prestazioni, pur a fronte di un'operazione economica unitaria, risultino dal collegamento di contratti formalmente distinti o assolvano una funzione che contenuto e regolamento

negoziale non consentono di scindere senza recare un pregiudizio all'equilibrio delle posizioni composto dalle parti o imposto, in via correttiva o integrativa, dalla legge.

All'allargamento dell'ambito di operatività dell'*exceptio* non può che far seguito una corrispondente riduzione di quello della ritenzione, che è dunque limitato ai casi testualmente previsti dalla legge non già in ragione di una pretesa eccezionalità dell'autotutela in quanto tale, bensì perché un'ipotetica estensione in via analogica della ritenzione finirebbe fatalmente col regolare situazioni la cui tutela è già assicurata dalle ordinarie eccezioni dilatorie.

Il richiamo all'eccezionalità della ritenzione, in altri termini, appare diretto a nascondere la residualità del rimedio, esperibile in un numero di casi oggettivamente modesto proprio perché superato dall'ampliamento dell'ambito di operatività di figure che meno recentemente erano in esso incluse.

5. *Autotutela convenzionale.* — La conclusione appena formulata rimuove l'ultimo ostacolo che ancora taluno oppone al riconoscimento della liceità di clausole volte ad introdurre ipotesi convenzionali di ritenzione o, in genere, ad allargare l'ambito di operatività dell'autotutela contrattuale a fattispecie diverse da quelle descritte dal legislatore (51).

Esclusa, infatti, l'eccezionalità dell'autotutela, alle ipotesi tipizzate è possibile attribuire valore esemplificativo, consentendo all'autonomia privata di intervenire sulle fattispecie in presenza delle quali esercitare il singolo rimedio e di regolare le caratteristiche di quest'ultimo, escludendone o limitandone l'operatività.

L'art. 1341 comma 2 c.c., del resto, subordina alla specifica approvazione per iscritto la validità delle clausole volte ad introdurre la facoltà per il

(50) Cfr. REALMONTE, *op. cit.*, 222 ss.; A. GAMBINO, *Inadempimento e dissesto dell'assicuratore*, in *Studi in onore di Antigono Donati*, II, Roma, Edizioni della rivista Assicurazioni, 1970, 293; e in *Assicurazioni*, 1971, I, 537; ZANA, *op. cit.*, 1377 s.; BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, cit., 45 ss.; ID., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., 16 ss.; ID., *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., 8 ss.; ID., *Eccezione di inadempimento*, cit., 335 ss.; SATURNO, *op. ult. cit.*, 121 ss.; S. D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*, Milano, Giuffrè, 2002, 255 ss.; CARNEVALI, *op. cit.*, 247 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 96 ss.; FADDA, *op. cit.*, 140 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, 82 s.; nonché, con più ampio riferimento alla nozione di corrispettività, G. SCALFI, *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, 452 ss.; ID., *Atti a titolo oneroso e contratti a prestazioni corrispettive*, in *Temi*, 1958, 86 ss.; ID., *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano, Giuffrè, 1960, 56 ss.; P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1275 s.; A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, Cedam, 1963, 159 ss.; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione « novativa » del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, Jovene, 1968, 103 s.; A. CATAUDELLA, *Bilateralità, corrispettività e onerosità del contratto*, in *St. sen.*, 1968, 147 ss.; in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, I, Padova, Cedam, 1970, 235 ss.; in ID., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1991, 129 ss.; e in ID., *Scritti sui contratti*, Padova, Cedam, 1998, 31 ss.; G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1984, 29 ss.; B. MARUCCI, *Risoluzione per inadempimento dei contratti non corrispettivi*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2000, 49 ss.; F. NAPPI, *Appunti sulla corrispettività nei contratti di adempimento indiretto del debito altrui*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, II, cit., 1859 ss.; K. FIORENZA, *La determinazione esterna del corrispettivo contrattuale. Profili comparatistici*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2012, 12 ss.

(51) Cfr. D'AVANZO, *op. cit.*, 171; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., 65 s.; DAGNINO, *op. cit.*, 58 s., 83 s. e 114 s.; MEZZANOTTE, *op. cit.*, 61 ss.; SATURNO, *op. ult. cit.*, 163 ss., spec. 182 s.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 23 s., 67 s. e 152 ss.; GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi*, cit., 174 s.; ID., *Appunti sulle autotutele contrattuali*, cit., 525 ss.; ID., *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali*, cit., 209 ss.; S. PAGLIANTINI, *A proposito del libro di Fabio Addis, « Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti »*, in *Pers. merc.*, 2015, n. 1, 8 s.; e, con il titolo *A proposito de « Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti » nel canone di Fabio Addis*, in *Oss. dir. civ.*, 2015, 267 s.; CHERTI, *op. cit.*, 482 s.; D'ACUNTO, *op. cit.*, 39 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, 35 ss., 41 s., 64 s. e 78 s.; LEPORE, *op. cit.*, 41 s. e 65 s.; Cass. 7 luglio 1975, n. 2643, in *Foro it.*, 1975, I, 401 ss.

predisponente di sospendere l'esecuzione del contratto a scapito della controparte, così da confermare indirettamente la legittimità di una pattuizione volta a regolare tale potere, descrivendo in quali casi esso può essere esercitato (52).

Dall'art. 1462 c.c. si deduce altresì la legittimità della vera e propria esclusione dell'esercizio delle eccezioni dilatorie, correlabile all'introduzione della clausola *solve et repete* (v. *SOLVE ET REPETE*), in forza della quale si preclude al debitore la possibilità di opporsi all'immediato adempimento della sua prestazione e si affida ad un'eventuale fase contenziosa successiva al pagamento il compito di definire la fondatezza delle sue contestazioni e consentire la restituzione di quanto indebitamente versato (53).

(52) Cfr. G. AVERSANA, *Operatività della clausola « solve et repete »*, in *Foro nap.*, 1966, III, 110 s.; T. AULETTA, in *Le condizioni generali di contratto* a cura di C.M. BIANCA, I, Milano, Giuffrè, 1979, 23; BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., 89; G. SCALFI, *La direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 1993, 452; E. LECCESE, *La clausola solve et repete*, Milano, Giuffrè, 1998, 17 ss.; C. LUCCHI, *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, 1998, 588 s.; CARNEVALI, *op. cit.*, 262 s.; M.A. LIVI, *Clausola attributiva del potere di sospendere l'esecuzione del contratto*, in *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche* a cura di M. CONFORTINI, I, Torino, Utet, 2017, 27 ss.; Cass. 13 maggio 1953, n. 1358, in *Foro it.*, 1953, I, 1379 (s.m.); Trib. Ravenna 31 marzo 1955, in *Mon. trib.*, 1955, 194 s.; App. Bologna 31 gennaio 1956, in *Foro pad.*, 1956, I, 616 ss.; App. Palermo 20 luglio 1956, in *Giur. sic.*, 1957, 91 ss.; Cass. 24 giugno 1958, n. 2242, in *Rep. Foro it.*, 1958, *Obbligazioni e contratti*, n. 131-133; Cass. 26 giugno 1958, n. 2718, in *Banca borsa*, 1958, II, 503; App. Firenze 15 gennaio 1960, in *Giur. tosc.*, 1960, 561 ss.; Cass. 18 marzo 1971, n. 771, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 1963 ss., con nota di G. STOLFI, *Note minime sull'art. 1341, al. 2, c.c.* (questa nota può altresì leggersi in *Id.*, *Note di giurisprudenza e saggi di vario diritto*, Milano, Giuffrè, 1981, 321 s.); App. Milano 11 maggio 1962, in *Foro pad.*, 1962, I, 639 ss.; Cass. 23 febbraio 1977, n. 814, in *Arch. civ.*, 1977, 528.

(53) Cfr. G. AULETTA, *op. cit.*, 345 s.; ENRIETTI, *op. cit.*, 860 s.; PERSICO, *op. cit.*, 216; BETTI, *Autotutela*, cit., 532; DALMARTELLO, *op. cit.*, 358; *Id.*, *« Solve et repete » (patto o clausola del)*, in *Nss. D.I.*, XVII, 1970, 848 ss.; e in *Id.*, *Studi di diritto civile e commerciale*, II, cit., 250 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Brevi note sui « gravi motivi » di cui al 2° co. dell'art. 1462 c.c.*, in *Studi per Ermanno Graziani*, Pisa, Pacini, 1973, 55 ss.; e in *Id.*, *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, cit., 768 ss.; *Id.*, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., 86 ss.; G.A. RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, Giuffrè, 1989, 90 s.; C. MIRAGLIA, *Solve et repete*, in questa *Enciclopedia*, XLII, 1990, 1261; E. VAGLIO, *La clausola « solve et repete » e i provvedimenti monitori*, in *Contr.*, 1996, 633 ss.; LECCESE, *op. cit.*, 89 ss.; LUCCHI, *op. cit.*, 590 ss.; D. POLETTI, *Solve et repete (clausola del)*, in *Enc. giur.*, XXIX, 1999, 2 s.; *Id.*, in *Commentario del codice civile* diretto da GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, IV, cit., 520 ss.; M. ZACCHEO, *Risoluzione e revisione*, Milano, Giuffrè, 2000, 113 ss.; PISCIOTTA, *op. cit.*, 284 s.; D. MAFFEIS, *Conflitto*

Il fatto che le eccezioni dilatorie mirino a preservare un corretto svolgimento del rapporto sinallagmatico non impedisce che esse, specie quando sono fatte valere in via stragiudiziale, si rivelino strumenti di comodo per coprire pretezosamente la propria incapacità di adempiere e nulla esclude che, sino a quando non sia intervenuto un accertamento giudiziale, le parti, dal rispettivo e contrapposto punto di vista, credano di fare affidamento su ragioni che successivamente si riveleranno infondate. Per attenuare le conseguenze applicative di questi rischi, la clausola in esame garantisce una rapida ed immediata esecuzione del programma negoziale, rinviando a un momento successivo la valutazione delle ragioni che potrebbero essere adottate per sottrarsi all'adempimento.

Essa si rivela tanto più efficace quanto più si limita a ribadire che qualunque contestazione è condizionata alla preventiva ed esatta attuazione della prestazione. Una puntuale indicazione dei singoli motivi legittimanti l'inadempimento consentirebbe al debitore di eludere l'applicazione della clausola, evocando circostanze diverse da quelle testualmente indicate.

d'interessi nel contratto e rimedi, Milano, Giuffrè, 2002, 206; M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2002, 192 s.; TAMPONI, *op. cit.*, 1787 s.; F. PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in *Remedies in Contract*, cit., 194 s.; A. MANIACI, *La clausola di incontestabilità nei contratti di assicurazione*, in *Clausole a rischio di nullità* a cura di G. DE NOVA, Padova, Cedam, 2009, 82 ss.; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 115 ss.; CARNEVALI, *op. cit.*, 261 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 926 s.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, 46 s.; Cass. 6 giugno 1942, n. 1570, in *Foro it.*, 1942, I, 966 ss.; e in *Riv. dir. comm.*, 1942, II, 317 ss., con nota di G.B. FUNAIOLI, *Su di un caso apparente di inapplicabilità della clausola solve et repete*; Cass. 6 febbraio 1947, n. 133, in *Foro it.*, 1947, I, 280 ss.; in *Giur. it.*, 1947, I, 1, 423 ss., con nota di G. AULETTA, *Valore ed efficacia della clausola « solve et repete » nei suoi vari tipi* (la nota può altresì leggersi in *Id.*, *Scritti giuridici*, V, cit., 79 ss.); e in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, II, 88 ss., con nota di E. DE LONGHI, *Intorno al patto « solve et repete » nei contratti*; Cass., 30 agosto 1948, n. 1562, in *Rep. Foro it.*, 1948, *Obbligazioni e contratti*, n. 136; Cass., 4 febbraio 1949, n. 166, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, II, 40 ss., con nota di I. BOLOGNA, *Lineamenti sistematici della clausola « solve et repete »*; e in *Mon. trib.*, 1949, 114 ss.; Cass. 20 luglio 1961, n. 1763, in *Rep. Foro it.*, 1961, *Obbligazioni e contratti*, n. 289; App. Napoli 10 luglio 1964, in *Foro it.*, 1965, I, 1547 ss.; Cass. 14 luglio 1967, n. 1767, *ivi*, 1967, I, 2555 ss.; Cass. 6 agosto 1968, n. 2826, *ivi*, 1968, I, 2061 ss.; Trib. Verona 22 novembre 1971, in *Giur. merito*, 1974, I, 298 ss.; Cass. 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Foro it.*, 1982, I, 698 ss., con nota di M. DI PAOLA; in *Vita not.*, 1982, 743 s.; e in *Rass. giur. Enel*, 1982, 351 s.; Cass. 26 gennaio 1994, n. 759 e Cass. 16 luglio 1994, n. 6697, entrambe in *Rep. Foro it.*, 1994, *Contratto in genere*, n. 497 e n. 499; Cass. 27 febbraio 1995, n. 2267, in *Corr. giur.*, 1995, 835 ss.

Ciò si riflette sulla sua formulazione letterale, ordinariamente connotata da elevata genericità e dall'assenza di una puntuale descrizione delle situazioni dalle quali prende avvio la manifestazione del rifiuto del debitore, così da risolversi apparentemente nella mera riaffermazione della doverosità dell'adempimento, attraverso la specificazione secondo cui esso deve essere eseguito immediatamente e senza contestazioni (54).

La necessità di garantire effettività alla fase restitutoria, che presuppone la materiale possibilità di ripristinare la situazione allo stato antecedente al pagamento, dà conto dell'impossibilità di estendere la clausola *solve et repete* alle ipotesi legali di ritenzione, non già perché esse non possono essere convenzionalmente derogate in modo tale da imporre al titolare del relativo diritto l'obbligo di restituire immediatamente il bene, evitando di trattenerlo fino a quando non abbia avuto soddisfacimento il suo credito, quanto piuttosto in ragione del fatto che, nel caso appena prospettato, la successiva fase contenziosa non potrà comunque assicurare al titolare del diritto la restituzione della *res*, la quale rimarrà definitivamente nella sfera giuridica del legittimo proprietario. Quest'ultimo potrà tutt'al più essere condannato a risarcire i danni o subire gli altri effetti del suo inadempimento, sicché la clausola in esame assume necessariamente contorni abdicativi, comportando la definitiva rinuncia alla ritenzione stessa (55).

L'elevata fungibilità della prestazione pecuniaria, che costituisce ordinariamente oggetto del comportamento imposto dalla clausola, ne rende possibile la restituzione a chiunque e ciò spiega perché l'ambito di operatività della limitazione convenzionale della proponibilità di eccezioni si sia esteso anche a relazioni non sinallagmatiche, quali quelle caratterizzate dall'assunzione di una

(54) Per una più ampia valutazione delle eccezioni suscettibili di limitazione convenzionale, avuto anche riguardo alle invalidità previste dalla normativa consumeristica, sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni*, in *Clausole negoziali*, I, cit., 773 ss.

(55) Il profilo non è adeguatamente chiarito da ENRIETTI, *op. cit.*, 864; MEZZANOTTE, *op. cit.*, 51 s.; SATURNO, *op. ult. cit.*, 172; POLETTI, in *Commentario del codice civile* diretto da GABRIELLI, cit., 534, i quali, affermando genericamente che anche il diritto di ritenzione potrebbe formare oggetto della limitazione convenzionale della proponibilità di eccezioni, riescono, in realtà, solo a ribadire che anche la deroga convenzionale alle ipotesi di ritenzione deve essere assoggettata all'art. 1462 c.c., il che, tuttavia, rappresenta coerente corollario della natura imperativa di questa previsione e non condiziona l'analisi degli specifici effetti della pattuizione esaminata.

garanzia personale attivabile « a prima richiesta » dal beneficiario (56).

Nonostante la formulazione letterale della clausola appena evocata sia identica a quella caratterizzante il *solve et repete*, il suo inserimento risponde ad esigenze sensibilmente diverse, perché mira ad impedire al garante di eccipere circostanze collegate all'obbligazione principale allo scopo di imporgli di avanzare le relative pretese restitutorie al debitore della stessa ed assicurare al beneficiario la possibilità di conseguire definitivamente il pagamento della garanzia.

A differenza del *solve et repete*, che comporta solo l'esclusione convenzionale di un potere di autotutela normativamente regolato, la clausola « a prima richiesta » opera sulla stessa accessorialità della garanzia personale, incrementandone fortemente l'autonomia. Il suo inserimento condiziona la qualificazione tipologica dell'accordo in cui è contenuta e si risolve in una manifestazione pattizia di autotutela connotata dalla concessione al

(56) Cfr. M. MAGGIOLIO, *La tutela degli obbligati nelle garanzie a prima richiesta*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 437 ss.; G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, Jovene, 1990, 130 s.; Id., *La fideiussione*, in *Nuova giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. BIGIAVI, *Diritto dei contratti* a cura di G. ALPA e M. CONFORTINI, Torino, Utet, 2013, 261 s.; F. PADOVINI, *Contratto autonomo di garanzia e contratti standard*, in *Contr. impr.*, 1991, 125 ss.; A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, Padova, Cedam, 1992, 20 ss.; L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995, 15 ss.; G. VILLANACCI, « Performance bond »: caratteri e funzioni, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1996, 25 ss.; L. PONTIROLI, *Le clausole di « pagamento a prima richiesta » e di « sopravvivenza »: dalla giurisprudenza recente della Corte di Cassazione al provvedimento della Banca d'Italia sulle N.B.U.*, in *Banca borsa*, 1996, I, 120 ss.; S. MONTICELLI, *Garanzie autonome e tutela dell'ordinante*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2003, 47 ss.; Id., *Le garanzie autonome*, in RUGGERI e MONTICELLI, *op. cit.*, 240 ss.; G.B. PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*², Padova, Cedam, 2006, 444 s.; F. MASTROPAOLO ed A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in *Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, cit., *I contratti di garanzia* a cura di F. MASTROPAOLO, I, 2006, 602 s.; M. VALIGNANI, *La fideiussione bancaria*, in G. GRIPPO, S. PACCHI, F. PASQUARIELLO e M. VALIGNANI, *Le garanzie personali*, I. *La fideiussione in generale, le fideiussioni bancarie, il mandato di credito*, in *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE, cit., XI, 2007, 193 s.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, Utet, 2009, 430 ss.; F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, Napoli, Jovene, 2009, spec. 53 ss.; G. BISCONTINI, in *Commentario del codice civile* diretto da GABRIELLI, *Dei singoli contratti* a cura di VALENTINO, cit., IV. *Artt. 1861-1986*, 2011, 429 ss., 452 s. e 551 s.; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 136 s.

contraente della facoltà di avanzare stragiudizialmente una pretesa alla quale non avrebbe avuto diritto, in assenza della pattuizione ed avuto riguardo, in via esclusiva, alla situazione giuridica soggettiva di cui è titolare (57).

All'autotutela « convenzionale » sono stati ricondotti numerosi altri istituti di origine pattizia, come, ad esempio, la compensazione volontaria, il *pactum de non petendo*, la cessione di beni ai creditori, il sequestro convenzionale, nonché il patto marciano, la cui liceità è indirettamente confermata da recenti interventi legislativi settoriali (58).

La dottrina maggioritaria include nell'autotutela convenzionale anche tutti i casi di giurisdizione privata, nei quali una controversia attuale o potenziale è legittimamente sottratta alla valutazione di un giudice (59).

Altri interpreti hanno però replicato che l'intervento di un terzo esclude il potere del contraente di ottenere immediatamente e direttamente il soddisfacimento del suo interesse e che, nei casi in cui la lite è risolta pattizamente, le parti si limitano ad esercitare le stesse situazioni giuridiche soggettive di cui sono titolari, innovandole anche attraverso un mero accertamento (60).

Ciò non toglie che il costante incremento del ricorso a strumenti di composizione della lite alternativi alla sentenza conferma l'insussistenza di un monopolio dell'autorità giudiziaria nell'esercizio della sua funzione e lascia intendere che il divieto di farsi giustizia da soli si traduce nella necessità di attuare i propri interessi secondo

schemi rimediali la cui interpretazione resta affidata a principi generali che non sono in alcun modo condizionabili dalla pretesa eccezionalità dell'autotutela.

Le considerazioni appena svolte rendono comunque inutile una più ampia valutazione dei casi richiamati, perché lasciano già intendere che il processo determinativo della fattispecie cui applicare il singolo rimedio può essere condizionato dalla valutazione dell'autotutela da esso assicurata esclusivamente quando l'interprete assolva il delicato compito di individuare le ragioni che giustificano la sua introduzione, avuto riguardo alla sua evoluzione storica e al congegno tecnico che lo connota.

Ciò impedisce di considerare l'autotutela come una categoria ordinante l'analisi rimediale e le restituisce un ruolo più modesto, ancorché non inutile: quello di concorrere all'enucleazione della funzione per il cui soddisfacimento un rimedio è stato apprestato dalla legge o dall'esercizio di autonomia privata.

Fabio Addis

FONTI. — Art. 101 e 102 cost.; art. 52, 392 e 393 c.p.; art. 1469 c.c. del 1865; art. 924, 925, 1152, 1186, 1341 comma 2, 1454, 1456, 1460, 1461, 1462, 1481, 1482, 1565, 1822, 1901, 1956 e 1959, 2044, 2907 e 2932 comma 2 c.c.; art. 34 e 69 l. 27 luglio 1978, n. 392; art. 71 della Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili.

LETTERATURA. — A. BARBA, *Ritenzione (diritto privato)*, in questa *Enciclopedia*, XL, 1989, 1373 ss.; E. BETTI, *Autotutela (diritto privato)*, in questa *Enciclopedia*, IV, 1959, 529 ss.; C.M. BIANCA, *Autotutela*, in questa *Enciclopedia*, Aggiornamento, IV, 2000, 130 ss., e in *Id.*, *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I. *Teoria generale e fonti*, t. 1, Milano, Giuffrè, 2002, 241 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I. *Introduzione*, Milano, Giuffrè, 1971, e *Id.*, 1974; *Id.*, *Autotutela: II Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, 1988, e in *Id.*, *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1998, 273 s.; G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1984; F. CARIMINI, *Sequestro convenzionale e autotutela*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018; L. D'ACUNTO, *Recesso e autotutela nei rapporti di consumo*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018; A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, Giuffrè, 1983; A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Napoli, Jovene, 2011; A. LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019; L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995; T. MONTECCHIARI, *Ius singulare e autotutela privata. Contributo allo studio di una « categoria »*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019; A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, Cedam, 1999; A. SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995.

(57) Sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *Clausola « a prima richiesta »*, in *Clausole negoziali*, I, cit., 65 ss.

(58) Alle puntuali indicazioni offerte da LEPORE, *op. cit.*, 106 ss., è sufficiente aggiungere, con specifico riferimento alla clausola marciana, quelle di L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto « comune » e « speciale »*, in *N. giur. civ.*, 2018, 1857 ss.; *Id.*, *Clausola marciana*, in *Clausole negoziali*, cit., II, 2019, 1057 ss., spec. 1073 s.

(59) Cfr. GIORGIANNI, *op. cit.*, 23 ss.; PUCCINI, *op. cit.*, 136 ss.; BETTI, *Autotutela*, cit., 531; SATURNO, *L'autotutela privata*, cit., 215 ss.; BIANCA, *Autotutela*, cit., 133 s.; A. TARTAGLIA POLCINI, *Modelli arbitrali tra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2002, 270 s.; LASSO, *op. cit.*, 152 ss.; G. GRANDE, *L'autotutela consensuale*, in *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, cit., 227 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, 10 ss., 64 ss.; DI RAIMO, *op. cit.*, 67 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, 105 ss.; LEPORE, *op. cit.*, 25 ss. e 77 ss.

(60) Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., 2 e nt. 2, 4 e nt. 5, 45 ss., spec. 52 ss., 64 s. e 84 s.; DAGNINO, *op. cit.*, 89 s.; nonché, per una puntuale ed aggiornata indagine sull'efficacia del negozio di accertamento, L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018, spec. 13 ss.

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANIA BARIATTI - MARTA CARTABIA - CLAUDIO CONSOLO - GIOVANNI D'AMICO

RICCARDO DEL PUNTA - FABRIZIO DI MARZIO - MASSIMO DONINI

BERNARDO GIORGIO MATTARELLA - LAURA MOSCATI - FRANCESCO RICCOBONO

pubblicazione fuori commercio

Isbn 9788828819158