



OSSERVAZIONI IN TEMA DI RECESSO DAL CONTRATTO E TUTELE

ANTONIO LAS CASAS

SOMMARIO: 1. Recesso, buona fede, abuso – 2. I problemi – 3. Il caso della somministrazione – 4. Il caso della subfornitura – 5. L'abuso di dipendenza economica – 6. Il caso dell'appalto e il dovere di *mitigation* della parte che subisce il recesso – 7. La disciplina del contratto in generale – 8. Recesso *ad nutum* e *illusory promise* – 9. La buona fede esecutiva: investimenti oggetto di obblighi contrattuali – 10. *segue*: investimenti non oggetto di obblighi contrattuali

1. La previsione (legale o convenzionale) del diritto di recesso in capo ad una delle parti (o ad entrambe), specialmente nei contratti di durata, sollecita la domanda circa l'esistenza di strumenti di tutela degli interessi della parte che subisce il recesso. Tra tali interessi, assume particolare rilevanza l'esigenza di recupero del costo o delle potenzialità produttive di investimenti che, pur utili ed economicamente giustificati in relazione all'esecuzione della prestazione contrattuale, non possano più essere valorizzati a causa del recesso di controparte e del conseguente esaurimento del rapporto.

Un problema di questo tipo è stato affrontato in tempi relativamente recenti dalla Corte di Cassazione¹, che, com'è noto, ha ritenuto di far discendere le ragioni di

¹ Il riferimento è ovviamente al noto caso dei concessionari Renault, risolto dalla Suprema Corte con sentenza di annullamento con rinvio del 18 settembre 2009 n. 20106. I concessionari "revocati" (che avevano cioè subito l'esercizio del potere di recesso *ad nutum*), aspiravano essenzialmente ad ottenere: una indennità per la perdita (e conseguente trasferimento alla controparte) della clientela, a causa della terminazione del rapporto; il risarcimento del danno derivante dall'esercizio del potere di recesso in modo contrario al dovere di buona fede ed al divieto di abuso; il risarcimento del danno derivante dalla essere stati indotti ad effettuare investimenti in conseguenza di un ragionevole affidamento sulla prosecuzione del rapporto. Al terzo grado di giudizio la Corte di Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza della Corte d'appello di Roma, che aveva negato accoglimento alle pretese dei concessionari. L'argomentazione della Suprema Corte, quasi esclusivamente incentrata sull'appello ai "principi" del divieto di abuso e del dovere di buona fede (posti dalla stessa Corte in una relazione reciproca che rimane per certi versi oscura), come strumenti per la realizzazione di un controllo sugli atti di autonomia privata non analiticamente argomentato ha suscitato un vasto dibattito dottrinario; si vedano, tra i numerosi commenti: F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 1577; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I Contratti*, 2010, p. 5; M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, parte II, p. 319; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 95; M. CENINI, A. GAMBARO, *Abuso del diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. Giur.*, 2011, p. 109; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche a margine di una sentenza eterodossa*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2010, p. 341; F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 148; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione*



tutela della parte soggetta all'altrui potere di recesso da una generale nozione di "abuso del diritto", considerata in congiunzione (sulla base di un rapporto non del tutto chiaro²) con un altrettanto generale "principio" di buona fede contrattuale, che (come altre volte dalla stessa Corte affermato) si trarrebbe dalle norme codicistiche che menzionano la c.d. buona fede oggettiva, nell'ambito della disciplina del contratto. I riferimenti alla buona fede (ed al divieto di abuso) sono stati, in quell'occasione, come è del resto consuetudine, arricchiti da riferimenti a principi costituzionali quali i doveri di solidarietà dell'art. 2 e la funzione sociale della proprietà dell'art. 42.

L'enfasi su tali "principi" ha consentito innanzitutto alla Corte di affermare la possibilità di sindacare, sulla base del divieto di abuso e della buona fede contrattuale, l'esercizio di poteri e diritti contrattuali, manifestazioni dell'autonomia privata, a fronte di una posizione sul punto in linea di principio particolarmente restrittiva del giudice *a quo*³.

Le conclusioni della suprema corte relative alla generale legittimità del sindacato giurisdizionale (sulla scorta delle regole che si esprimono in termini di buona fede contrattuale) sull'esercizio di poteri e diritti contrattuali, possono ritenersi già

del contratto?), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 139; M. BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque, ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contr. e Impr.*, 2010, p. 41; A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2010, p. 354; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2010, II, p. 129.

² Si vedano i rilievi di C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata*, *cit.*, p. 342 e ss.; D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, *cit.*, p. 14 e ss., ma la questione è ripresa da quasi tutti i commentatori della sentenza.

³ La sentenza della Corte d'Appello di Roma del 13 gennaio 2005, n. 136 (inedita, se ne vedano ampi stralci in M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto*, *cit.*; E. BARCELLONA, *Recesso ad nutum fra principio di buona fede e abuso del diritto: "solidarietà sociale" o inderogabilità del "mercato"?*, *cit.*) ha infatti assunto toni probabilmente troppo netti nell'escludere in via generale la possibilità per il giudice di effettuare un controllo sulle modalità di esercizio delle manifestazioni dell'autonomia privata (fra le quali rientra il recesso *ad nutum*). Toni che risultano tuttavia condivisibili se volti soltanto a negare la legittimità di un sindacato sulla mera opportunità o ragionevolezza economica di scelte che, in quanto espressione di facoltà concesse dal regolamento contrattuale, sono rimesse alla valutazione esclusiva del titolare del relativo diritto; le affermazioni della Corte sono invece eccessive se volte ad affermare una assoluta "intangibilità" degli atti di esercizio dell'autonomia privata, sol perché tali, che sterilizzi del tutto l'operatività di quei noti e sperimentati dispositivi di governo della "discrezionalità contrattuale" (in particolare, la buona fede di cui all'art. 1375), che consentono limitati interventi in ambiti specifici, per una migliore attuazione della stessa *ratio* economica dell'autonomia privata, v. a proposito dei problemi posti dal caso dei "cessionari revocati" E. BARCELLONA, *Recesso ad nutum*, *cit.*, p. 189 e ss.; riferimenti alla "sovrabbondanza" della argomentazioni della Corte d'appello in relazione ai problemi posti dal caso in C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, *cit.* p. 139 ss., che sottolinea anche la inadeguatezza dell'approccio della Corte d'appello al problema del rapporto tra autonomia privata e controllo giurisdizionale. In generale, sul rapporto tra clausole generali e controllo giurisdizionale dell'autonomia privata, si veda M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino 2006.



ampiamente acquisite dalla dottrina e dalla giurisprudenza e non destano stupore⁴. Così come acquisito è ormai il ruolo della clausola generale di buona fede rispetto al sindacato sulle modalità di esercizio dei diritti attribuiti dal contratto, con particolare riferimento al recesso⁵.

Ciò che invece ha destato notevoli perplessità nell'approccio della Corte di Cassazione, e che è stato generalmente stigmatizzato dalla dottrina, è che, per condurre tale sindacato, la Corte ha ritenuto di far operare in modo diretto i "principi" senza ulteriori mediazioni e specificazioni, attribuendovi una portata tale che legittimerebbe un generale controllo giurisdizionale sull'atto di autonomia privata, ben al di là dello scrutinio sulle modalità di esercizio di poteri e diritti contrattuali⁶. Si profilerebbe così la generale vigenza di un divieto di "abuso del potere contrattuale" che consegnerebbe al giudice il destino dell'atto di autonomia privata, entro l'ambito del "contratto in generale", autorizzando l'intervento in senso correttivo dell'atto di autonomia, sulla base del mero riferimento ai concetti di abuso e buona fede intesi come principi generali.

La corte, infatti, anche grazie al contenuto "forte" che alla buona fede deriva dal riferimento alla solidarietà costituzionale, pur richiesta di risolvere il limitato profilo del sindacato su specifiche modalità di esercizio di poteri contrattuali, delinea un ambito di operatività dei menzionati principi che si estenderebbe fino alla modificazione o integrazione dello statuto negoziale "in funzione di garanzia del giusto equilibrio tra gli opposti interessi". Da tale finalità di "controllo" sarebbe connotata, in virtù dell'art. 1366, ulteriore manifestazione di un medesimo principio di buona fede, anche l'attività di interpretazione del contratto⁷. Il sindacato sulla "giustizia del contratto", che il divieto di abuso ed il contenuto solidaristico della buona fede legittimerebbero, sarebbe tanto più giustificato nel caso in cui il giudice ravvisi una qualche disparità di potere contrattuale tra le parti, a prescindere dai casi in

⁴ Si veda già S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro Pad.* 1964, I, c. 1284, in senso critico (prefigurando un approccio ampiamente sviluppato e adottato, anche dalla giurisprudenza, negli anni successivi) nei confronti dell'atteggiamento, ormai risalente e superato, della giurisprudenza che riteneva di non poter dedurre dalle norme che utilizzano la buona fede autonomi diritti ed obblighi in capo alle parti; ma per la ricostruzione della complessiva vicenda della buona fede contrattuale e per le diverse prospettazioni del suo rapporto con l'autonomia privata v. M. BARCELLONA, *Clausole generali*, cit. p. 65 e ss.

⁵ Cfr. ad esempio, Cass. 21 maggio 1997 n. 4538 in *Foro it.* 1997, I, c. 2479; Cass. 14 luglio 2000 n. 9321 in *Corr. Giur.* 2000, p. 1479, con nota di A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*; Cass. 21 febbraio 2003 n. 2642; Cass. 16 ottobre 2002 n. 15482 (in termini di abuso del diritto e contrarietà a buona fede);

⁶ Si veda C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata*, cit. p. 366; F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti*, cit., p. 148; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *I Contratti*, 2010, p. 524.

⁷ V. in particolare su questo punto F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti*, cit.



cui tale disparità sia specificamente individuata dal legislatore e sottoposta ad una disciplina speciale.

Tale appello ai “principi”, così intesi, oltre a lasciar spazio a decisioni che rimangono esposte ad un certo tasso di arbitrarietà, determina notevoli fraintendimenti circa la portata del sindacato giurisdizionale esercitato sulla scorta di alcune norme che si esprimono in termini di “buona fede” (in questo caso, in particolare, l’art. 1375) ed il suo rapporto con la logica dell’autonomia privata⁸.

La buona fede dell’art. 1375 ha da tempo acquisito un ruolo rilevante nel consentire il sindacato giurisdizionale sulla effettiva rispondenza del comportamento esecutivo delle parti alla “proporzione” secondo la quale il regolamento contrattuale ne ha trattato e messo in relazione i contrapposti interessi. Ciò implica anche la possibilità di scrutinare le modalità concrete secondo le quali vengano esercitati diritti e poteri contrattuali, in particolare nel caso in cui siano in astratto disponibili diverse modalità di esercizio, al fine di verificare se una parte, pur nel rispetto della “lettera” del contratto, non si stia in realtà appropriando, a spese della controparte, di “più” di ciò che il contratto le assegna⁹.

È, pertanto, con riferimento a questi problemi che vanno determinati l’ambito di operatività e la portata della buona fede esecutiva, mentre del tutto estranea sembra esserle la prospettiva di un riequilibrio degli interessi delle parti in vista dell’attuazione di una “morale” correttiva dell’equilibrio contrattuale¹⁰.

L’utilizzo, da parte dell’art. 1375, della clausola generale della buona fede, allora, piuttosto che rivelare l’accoglimento di un principio generale dal contenuto solidaristico (che si trarrebbe dall’insieme delle norme sul contratto che si esprimono in termini di buona fede¹¹), rappresenta la presa d’atto di un limite strutturale della tecnica della fattispecie¹².

Non sempre, infatti, è possibile rappresentare nella forma di uno schema di fatto astratto tutte le caratteristiche del caso dalle quali l’ordinamento ritenga di far discendere la soluzione. Nel caso della buona fede esecutiva, la scelta tra la stretta osservanza dei parametri che il contratto fornisce per regolare la fase esecutiva e la loro limitata disapplicazione, rispetto ad alcuni conflitti che possono insorgere nella esecuzione, viene fatta dipendere dalla considerazione della *ratio* economica dell’equilibrio degli interessi realizzato col contratto e dalla rispondenza dei concreti

⁸ Si vedano a tal proposito i rilievi di A. GENTILI, *Abuso del diritto*, cit., p. 357 e ss.; E. BARCELLONA, *Recesso ad nutum*, cit., *passim*.

⁹ Sulla buona fede esecutiva come regola che impedisce ad una parte di riappropriarsi delle “opportunità perdute” con la stipulazione del contratto, v. S. BURTON, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, 94 *Harr. L. Rev.* 369, (1980) (e in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, p. 13).

¹⁰ Cfr. ad es., G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1971, p. 631.

¹¹ cfr. in senso critico rispetto alla legittimità di tale operazione secondo la quale dall’insieme delle norme che si esprimono in termini di buona fede c.d. “oggettiva” possa trarsi un “fondamentale principio dell’ordinamento”, A. BELFIORE, *La presupposizione*, Torino, 2003, p. 30, nota 52.

¹² M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit. pp. 1-63.



comportamenti esecutivi delle parti a tale *ratio* in relazione alle specifiche circostanze che caratterizzano l'esecuzione del rapporto.

Il caso del recesso fornisce certamente un esempio rilevante del modo di funzionamento della buona fede esecutiva. Però, al fine di individuare lo spazio di operatività della buona fede nella disciplina del recesso ed i rimedi cui essa dà luogo (e cioè il modo in cui, in virtù dell'obbligo di buona fede, si combinano il rispetto del regolamento contrattuale e la concreta attuazione della sua *ratio* economica), poiché il significato normativo della "clausola generale" non può che comprendersi con riferimento allo specifico ambito di conflitti ad essa assegnato dall'ordinamento, è necessario considerare i tipi di problema e le istanze di tutela che l'esercizio del diritto di recesso pone.

La considerazione di alcuni modelli di disciplina del recesso dal contratto rinvenibili nell'ordinamento mostra, inoltre, come non sempre esso ponga un problema di tutela dell'interesse della controparte del recedente che chiami in causa la buona fede dell'art. 1375 e come alcuni dei problemi posti dal recesso trovino altrove la loro fonte appropriata di disciplina.

2. Il recesso *ad nutum*, di fonte legale o convenzionale, attribuisce rilevanza all'interesse di una parte (o di entrambe) alla rimeditazione della convenienza dello scambio e le consente di "liberarsi" dal contratto nel caso in cui essa valuti la prestazione che riceve non più tale da giustificare la controprestazione a suo carico. Si consente in questo modo alla parte che recede di destinare le risorse già impiegate per lo scambio in corso ad altri impieghi, ritenuti più redditizi, assicurandole la possibilità di riconversione delle risorse investite. La stessa funzione può riconoscersi anche al recesso "determinativo" o "conformativo"¹³, posto che il disfavore verso la perpetuità del vincolo tutela, in definitiva, in uno con la libertà personale del debitore, la dinamicità degli impieghi di risorse nel mercato.

La possibilità di liberarsi del contratto "con un semplice cenno" e di smobilizzare e riconvertire le risorse ad altri impieghi, mentre tutela un interesse individuale del recedente a sottrarsi ad uno scambio "in perdita", al tempo stesso

¹³ Si intende il recesso previsto da specifiche norme di legge per il caso di contratti che non prevedano un termine finale di durata, e ritenuto comunque generalmente consentito al di là di specifiche previsioni legislative, in quanto espressione di un principio generale (v., per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano 2011, pp. 518-519; G. DE NOVA, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino 2004, p. 737 e ss.); sulla spiegazione di tale recesso come atto volto a determinare un elemento dell'oggetto del contratto (altrimenti invalido, se dovesse intendersi come perpetuo), si v. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 14 e ss.; in termini diversi M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di P. SCHLESINGER, Milano 1998, *sub* art. 1373, p. 325 e ss.



previene la dispersione di risorse che dal punto di vista sociale si realizzerebbe mantenendo il vincolo all'esecuzione di uno scambio che non realizza alcun surplus.

A fronte di tale funzione economica della facoltà di recesso *ad nutum*, occorre considerare gli interessi della controparte del recedente, per la quale il recesso comporta normalmente dei costi.

L'estinzione del rapporto contrattuale determina innanzitutto, per la parte che subisce il recesso, il venir meno della prestazione di controparte e la conseguente necessità di reperire sul mercato un altro partner contrattuale.

Da altro punto di vista, la parte che subisce il recesso sopporta sovente un costo legato agli investimenti realizzati in vista dell'esecuzione della prestazione contrattuale (qualora essi non siano facilmente riciclabili in impieghi alternativi)¹⁴.

Dal punto di vista economico, i due tipi di costi potrebbero forse ritenersi sostanzialmente analoghi, perché anche i costi di transazione necessari per la ricerca del partner contrattuale e la connessa astensione da ricerche di partner alternativi una volta concluso il contratto possono essere rappresentati come *sunk costs*. Tuttavia, l'ordinamento mostra di dar rilevanza a tali due tipi di interessi sulla base di valutazioni e tecniche di tutela che normalmente li mantengono su piani distinti.

3. L'art. 1569 detta, a proposito della somministrazione, una regola in merito al recesso che si applica ai contratti conclusi a tempo indeterminato ed ha carattere dispositivo. Com'è noto, essa consente alle parti di recedere, imponendo però un preavviso, nel termine che, in mancanza di pattuizione delle parti o di usi, possa ritenersi "congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione".

La norma rappresenta uno dei luoghi di emersione di quella regola generale che consente comunque alle parti lo scioglimento del rapporto, normalmente con preavviso, nel caso di contratto a tempo indeterminato, dando così forma al cosiddetto recesso "conformativo" o "determinativo"¹⁵.

La funzione della norma sembra essere duplice: da un canto essa consente lo scioglimento del rapporto di durata indeterminata, scongiurandone così l'invalidità che, in teoria, discenderebbe dalla perpetuità del vincolo; d'altro canto essa regola le

¹⁴ Inoltre, com'è noto, l'esaurimento di alcuni rapporti, orientati ad una funzione economica di distribuzione pone il problema dell'eventuale compensazione per il trasferimento di clientela che l'attività del distributore abbia determinato nei confronti del produttore (o comunque del distributore situato ad un livello "superiore" della catena), rispetto a tale problema, che non verrà affrontato nel presente scritto e che trova un specifico luogo di emersione nella disciplina del contratto di agenzia, si v. R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, p. 299 e ss.; A. BARBA, *Il contratto di agenzia*, in P. SIRENA, (a cura di), *I contratti di collaborazione*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2011; R. BALDI, A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia, la concessione di vendita, il franchising*, Milano, 2008, p. 134 e ss.

¹⁵ Cfr. O. CAGNASSO, *La somministrazione*, in *Trattato di diritto privato diretto* da P. RESCIGNO, 11, t. III, Torino 2000, pp. 846-847; sul principio generale della libera recedibilità dai contratti conclusi a tempo indeterminato, v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 519.



modalità di esercizio di tale scioglimento imponendo comunque un termine di preavviso.

Lo strumento di tutela che la norma così fornisce alla parte che subisce il recesso prende la forma di quella minima “procedimentalizzazione” dell’esercizio del recesso che deriva dalla necessità del preavviso. Si assegna, in questo modo, sia al somministrante che al somministrato un tempo ragionevolmente necessario per “riorientarsi” nel mercato e trovare così, rispettivamente, una collocazione alternativa della propria produzione o una fonte alternativa di approvvigionamento¹⁶. Non sembra, invece, che i costi eventualmente sostenuti dall’una o dall’altra parte, sotto forma di investimenti volti ad assicurare una migliore esecuzione o fruizione della prestazione, e in particolare ad adeguare la propria struttura organizzativa alla esecuzione di una prestazione specifica rispetto alle esigenze di controparte o alla ricezione della prestazione in modo specificamente rispondente alle sue particolari caratteristiche, assumano rilievo, ai sensi della norma, ai fini della determinazione della durata del preavviso¹⁷.

Il riferimento alla “natura della somministrazione”, come criterio determinante per definire la congruità del preavviso in assenza di stipulazione delle parti o di usi sul punto, può, tutt’al più, conferire rilievo al danno che l’improvvisa interruzione della prestazione comporti per il somministrato, in considerazione dell’oggetto della prestazione e della maggiore o minore difficoltà di reperire fonti alternative di approvvigionamento¹⁸. Tale modo di operare del criterio della “natura della somministrazione” conferisce così rilievo al “valore di organizzazione” che la prestazione assume entro la sfera del somministrato, in considerazione del suo carattere di durata (indeterminata), ed al danno che la sua brusca interruzione determinerebbe. Negli stessi termini la questione può porsi rispetto al somministrante (nel caso cioè di recesso del somministrato), rispetto al quale potrà ritenersi congruo un termine che consenta una ragionevole opportunità di ricollocazione sul mercato

¹⁶ Cfr. C. GIANNATTASIO, *La permuta, il contratto estimatorio, la somministrazione*, in Trattato di diritto civile e commerciale CICU – MESSINEO, XXIV, t. 1, Milano 1974, p. 261 e ss.; G. ZUDDAS, *Somministrazione, concessione di vendita, franchising*, in *Trattato di Diritto commerciale* diretto da V. BUONOCORE, sez. II, tomo 3.II, Torino 2003, p. 71.

¹⁷ Un’indicazione in questo senso si trova in M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto*, *cit.* p. 333, nota 42.

¹⁸ V. in termini coerenti, Coll. Arb. Milano 14 settembre 1994, in *Contratti*, 1995, p. 519 con nota di C. RIMINI, *Fornitura gratuita di energia elettrica e diritto di recesso: “Il termine di preavviso di cui all’art. 1569 deve ritenersi congruo se consente al somministrato di reperire altrimenti, entro il termine medesimo la prestazione oggetto della somministrazione”*. Ovviamente non potrebbe ritenersi che il criterio operi, per così dire, anche all’inverso e cioè che, fino al concreto reperimento di un’alternativa, il termine non possa, per ciò, ritenersi congruo. Più in generale, la giurisprudenza chiarisce che, anche se la norma non definisce la durata minima del termine di preavviso, ciò non significa che può non esserci alcun preavviso e che la libertà di recedere incontra il solo limite della buona fede. Sarà piuttosto il giudice a dover valutare la congruità del preavviso, comunque richiesto dalla legge (cfr. *Trib. Brescia* 11.12.2005, *Rep. Giur. it.*, 2004, II, *Somministrazione (Contratto di)*, 8).



della propria capacità produttiva, evitando così che l'improvvisa interruzione del rapporto di durata indeterminata si risolva in un danno ingiustificato, ma senza per ciò sollevarlo dall'ordinario rischio d'impresa.

Gli investimenti eseguiti nel corso del rapporto, invece, non sembrano poter acquisire rilievo diretto ai fini della determinazione della congruità del preavviso perché essi, in quanto vicende dell'attuazione del rapporto, pongono un problema diverso, che attiene al mantenimento, nella fase dell'esecuzione, della proporzione contrattuale tra costi e benefici dello scambio, alla luce delle circostanze concrete che si determinano nella fase esecutiva e, in particolare, dell'esistenza di ragioni di affidamento, indotto da controparte, sulla durata del rapporto.

Pertanto la loro tutela deve essere comunque vagliata sulla base di criteri ulteriori e diversi rispetto alla "natura" della somministrazione. Fra questi criteri assumono particolare rilievo la circostanza che gli stessi investimenti determinino, nella fase esecutiva, uno specifico tipo di debolezza che possa qualificarsi in termini di "dipendenza economica", che esponga la parte ad uno specifico tipo di abuso (correlato alle caratteristiche degli investimenti: *hold up*), oppure, al di fuori di questi casi, il parametro dell'affidamento, ingenerato da controparte, sulla durata del rapporto. Non può bastare, cioè, la mera esecuzione di investimenti specifici, pur giustificati dal punto di vista economico in relazione alla esecuzione o ricezione della prestazione, a garantire una durata del contratto che possa valutarsi congrua in relazione all'ammortamento degli investimenti¹⁹.

Se, dunque, il preavviso dell'art. 1569 tutela essenzialmente l'interesse ad una, relativa e limitata, "stabilità" del rapporto, impedendo che i contraenti possano essere privati in modo troppo brusco dei benefici dello scambio (in considerazione del suo carattere continuato o periodico)²⁰, gli altri interessi, connessi agli eventuali costi che le parti abbiano sostenuto sotto forma di investimenti per l'esecuzione, trovano, come si vedrà, altrove, e principalmente nell'art. 1375, il luogo appropriato di tutela.

¹⁹ V. però in senso diverso l'indicazione di R. PARDOLESI, *I Contratti di distribuzione*, Napoli 1979, p. 325, che tuttavia ritiene poco rilevante la norma in considerazione del suo carattere dispositivo e valorizza, invece, l'art. 1375 come strumento di protezione degli investimenti specifici non ancora ammortizzati.

²⁰ Questa idea comporta che al preavviso debba riconoscersi il rilievo di "termine di efficacia" del recesso, il quale produrrebbe così l'effetto risolutorio soltanto con efficacia differita. Ciò implica che il recedente rimarrebbe comunque obbligato a titolo contrattuale durante il tempo necessario per il compimento del termine. In questi termini, quanto al preavviso in generale, G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., p. 34; in senso diverso S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano 1965, p. 127 e ss.; in relazione al contratto di somministrazione v. C. GIANNATTASIO, *La permuta*, cit., p. 262 (l'inosservanza del termine di preavviso comporta per il contraente inadempiente l'obbligo del risarcimento del danno subito dalla controparte in relazione all'inadempimento, che comprende tanto le spese sostenute quanto il mancato utile che la parte adempiente avrebbe potuto realizzare) e giurisprudenza ivi citata; R. BOCCHINI, in *Commentario del codice civile* diretto da E. GABRIELLI, *Dei singoli contratti, artt- 1548 – 1654*, a cura di D. VALENTINO, Torino 2011, p. 260 e ss. (il preavviso è condizione di efficacia del recesso).



4. Questo modello di disciplina del recesso subisce notevoli modifiche se considerato con riferimento alla disciplina dettata dalla legge n. 192 del 1998 sulla subfornitura. All'art. 6, comma secondo, si stabilisce la nullità del patto che attribuisca ad una delle parti di un contratto di subfornitura ad esecuzione continuata o periodica la facoltà di recesso senza congruo preavviso. L'obbligo del congruo preavviso viene così stabilito con norma inderogabile ed applicabile anche ai contratti a tempo determinato.

Il carattere imperativo della norma e la sua applicazione generalizzata a tutti i contratti di subfornitura a carattere continuato o periodico, anche a tempo determinato, non sembrano tuttavia modificare in modo sostanziale la *ratio* di tutela dell'obbligo del preavviso.

Non si rilevano elementi che possano far ritenere che la norma sia orientata alla tutela di una parte in considerazione di una sua posizione di debolezza economica dovuta all'esecuzione di investimenti. La norma è infatti destinata ad applicarsi a vantaggio di entrambi i contraenti e solo nei rapporti ad esecuzione continuata o periodica e mira così a garantire una relativa stabilità del rapporto, in considerazione di esigenze "oggettive" del processo produttivo organizzato mediante rapporti di subfornitura di durata²¹.

Il carattere inderogabile del congruo preavviso, dunque, si spiega considerando le particolari caratteristiche della produzione organizzata mediante rapporti di integrazione ai quali dà forma il contratto di subfornitura secondo la definizione dell'art. 1 della stessa legge. La destinazione dei prodotti o servizi forniti dal subfornitore alla incorporazione o utilizzo nel ciclo produttivo del committente e la loro necessaria rispondenza a specifici progetti o indicazioni tecniche trasmesse dal committente, determina quella particolare interdipendenza tra le sfere economiche delle parti che giustifica l'inderogabilità del congruo preavviso.

L'interruzione improvvisa della fornitura, cioè, determina di per sé e a prescindere dagli investimenti specifici eventualmente eseguiti, costi di riorganizzazione, sia per il committente che per il fornitore, reputati dall'ordinamento maggiori del beneficio derivante alla singola parte dal ritiro immediato dal rapporto. La previsione imperativa sulla congruità del preavviso garantisce quella relativa stabilità del rapporto necessaria a far sì che l'interruzione del rapporto e la conseguente necessità di reperire sul mercato altri partner contrattuali non abbia conseguenze troppo onerose sull'economia del subfornitore e sui flussi produttivi "a valle" del committente.

Proprio il carattere bilaterale e incondizionato della tutela apprestata dalla norma, esclude invece che la condizione di debolezza economica che può caratterizzare la posizione una delle parti (tipicamente il subfornitore), in

²¹ In questo senso A. MUSSO, *La subfornitura: Legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, Bologna-Roma 2003, *sub art. 6*.



considerazione dell'esecuzione di investimenti specifici per l'esecuzione o ricezione della prestazione, possa assumere rilievo diretto per la valutazione della congruità del preavviso²².

5. L'art. 9 della legge n. 192 del 1998, nel vietare l'abuso dell'altrui dipendenza economica, elenca, quali esempi di abuso, anche l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie e l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali.

Da tale norma può discendere, quando se ne diano i presupposti, la dichiarazione di nullità della clausola contrattuale che consenta il recesso senza subordinarlo ad un congruo preavviso. Occorre però, probabilmente, procedere con una certa cautela al fine di evitare che la mera esecuzione di investimenti (a maggior ragione se oggetto di obblighi contrattuali), unita magari ad una certa ritenuta disparità di potere economico tra i contraenti, inducano da sole a ritenere non congruo il termine di preavviso ed equivalente ad abuso l'esercizio potere di recesso²³. Si rischierebbe così di vanificare strutture contrattuali entro le quali l'obbligo di investimenti (o comunque la loro normale esecuzione al fine della efficace esecuzione della prestazione) unito al potere di recesso di controparte abbiano una specifica funzione economica "non abusiva", che giustifica la "gravosità" di tale assetto di interessi per una delle parti, e di liberare tale parte da rischi che il contratto pone legittimamente a suo carico²⁴.

Si può ritenere, pur nella varietà delle opinioni in tema di funzione e portata della disciplina in tema di dipendenza economica, che la norma trovi un campo significativo di applicazione nel contesto economico della integrazione tra imprese nel quale l'esecuzione del contratto, proprio a causa degli investimenti specifici, è in grado di porre una delle parti in posizione di dipendenza rispetto all'altra a causa dell'impossibilità di reperire nel mercato alternative senza sopportare elevati costi²⁵.

In una situazione di questo tipo, la clausola che consente il recesso senza assoggettarlo ad un termine congruo in relazione al tempo di ammortamento degli

²² In termini simili M. MAUGERI, *Il contratto di subfornitura*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI, *I contratti per le imprese*, Bologna 2012, p. 220; in senso diverso L. DELLI PRISCOLI, *Il recesso nel contratto di subfornitura*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 257.

²³ V., ad esempio, il caso deciso dall'ordinanza del Tribunale di Taranto, 17 settembre 2003, e le relative osservazioni di G. COLANGELO, *Storia di una dipendenza abusata*, in *Danno e Resp.*, 2004, p. 65

²⁴ V. in termini generali, R. PARDOLESI, *I Contratti di distribuzione*, cit., p. 300 e ss.

²⁵ cfr. G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino 2004; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, Napoli 2004. In termini parzialmente diversi M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano 2003, secondo la quale può ritenersi non estraneo alla ratio della disciplina sull'abuso un intento di protezione delle piccole e medie imprese, quali componenti del tessuto produttivo nazionale, a prescindere da considerazioni di stretta efficienza



investimenti rappresenta un tipico strumento per la realizzazione dell'abuso, specificamente correlato alla dipendenza da investimenti specifici (in condizioni di incompletezza contrattuale), che prende forma attraverso strategie "estorsive" volte a privare la parte in condizioni di dipendenza di quote significative del surplus dello scambio che, in assenza di dipendenza, essa avrebbe potuto trattenere per sé.

Attraverso il potere di scioglimento *ad nutum* del rapporto, l'impresa dominante è in grado di determinare, nell'immediato, lo spreco di risorse che dal punto di vista sociale si realizza togliendo agli investimenti di controparte la destinazione produttiva specifica in relazione alla quale essi avevano senso e giustificazione economica. Inoltre, tale scioglimento del rapporto costituisce il presupposto (o uno dei possibili presupposti) per l'eventuale tentativo di rinegoziazione opportunistica che concretizzi, sul piano del nuovo equilibrio contrattuale la minaccia estorsiva.

Ciò può determinare l'esclusione dal mercato o la penalizzazione dell'impresa dipendente, non per ragioni legate alla sua inefficienza rispetto al mercato, ma per la specifica condizione di dipendenza che le stesse caratteristiche economiche dei rapporti presi in considerazione dalla legge determinano²⁶.

Per questo, dato lo specifico ambito economico al quale la disciplina si rivolge e la sua specifica funzione di tutela, la valutazione della congruità del termine procede proprio sulla base della verifica del tempo necessario all'ammortamento degli investimenti ed il rimedio per l'impresa dipendente può consistere nella nullità della clausola di recesso ex art. 9, con conseguente rideterminazione della durata del preavviso in relazione all'ammortamento degli investimenti. La stessa logica, com'è noto, è resa esplicita dalla norma dell'art. 3, comma 3 della legge 129 del 2004 in materia di affiliazione commerciale, dalla quale parte della dottrina ricava l'esclusione del diritto di recesso *ad nutum* nel caso di contratto concluso a tempo indeterminato, quando non sia trascorso un tempo sufficiente per l'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni²⁷.

Nell'ambito dei rapporti che danno luogo a situazioni di dipendenza economica per effetto dell'esecuzione di investimenti specifici, dunque, il potere di recesso dal contratto, per potersi sottrarre alla valutazione in termini di abuso dovrà presentarsi, in linea di massima, correlato ad una qualche "giusta causa" che giustifichi la penalizzazione dell'impresa dipendente in considerazione di una sua qualche

²⁶ v. in generale C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2005, p. 549

²⁷ Da ultimo in generale sul contratto di *franchising* v. G. DI ROSA, *Il franchising*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI, *I contratti per le imprese*, cit., p. 453 e ss.; Per l'impostazione del problema della *termination* del contratto di *franchising*, v. R. PARDOLESI, *I Contratti di distribuzione*, cit., p. 299 e ss; sulla questione del recesso alla luce della prescrizione dell'art. 3 comma 3 in materia di durata minima del contratto v. A. FICLI, *Il contratto di franchising*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. GABRIELLI, *Dei singoli contratti. Leggi collegate*, a cura di D. VALENTINO, Torino 2011, p. 332 e ss.; A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, Torino 2004, p. 81 e ss.; M. CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Le nuove leggi civili comm.*, 2004, p. 1157.



inefficienza nell'esecuzione del rapporto o rispetto al mutamento delle condizioni del mercato²⁸. In tali casi, poiché si danno delle ragioni per escludere che la attribuzione della facoltà di recesso costituisca in sé abuso, la relativa clausola non potrà essere considerata nulla. Tuttavia, qualora le modalità di esercizio del potere di recesso siano tali da cagionare un danno alla controparte (anche in considerazione del costo degli investimenti che il recesso lascia a suo carico) si potrà comunque valutare, scrutinando il comportamento del recedente ex art. 1375, se tale danno possa considerarsi giustificato (e pertanto destinato rimanere a suo carico) oppure no (e pertanto suscettibile di dar luogo ai rimedi appresso descritti).

6. L'art. 1671 cod. civ., derogando all'art. 1373, consente al committente di recedere dal contratto, anche dopo che l'appaltatore abbia iniziato l'esecuzione della prestazione, obbligando però il committente che receda a tenere indenne la controparte delle "spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno".

Questa disciplina, mentre tutela nella massima misura possibile, seppure per equivalente, l'interesse dell'appaltatore alla "valorizzazione" degli investimenti eseguiti in vista dell'esecuzione della prestazione contrattuale, non lascia spazio per un sindacato, neppure di carattere "procedimentale", sulle modalità di esercizio del potere di recesso da parte del committente.

Il fondamento di tale potere di recesso a vantaggio esclusivo del committente è stato individuato dalla dottrina nella sopravvenuta "mancanza di interesse" del committente al conseguimento dell'opera²⁹. Poiché nell'appalto l'opera è tipicamente modellata sulle specifiche esigenze del committente ed il soddisfacimento di tali esigenze può dipendere anche da particolari abilità dell'appaltatore, è opportuno riconoscere al committente la facoltà di impedirne l'esecuzione e di liberarsi dal relativo costo, nel caso in cui l'iniziata esecuzione dimostri l'inefficienza dell'opera o dell'appaltatore a soddisfare le aspettative del committente. La prospettiva dell'"interesse" del committente, così inteso, quale fondamento e giustificazione della posizione di supremazia che esso così apparentemente assume rispetto all'appaltatore, potrebbe far pensare che si dia uno spazio per una possibile valutazione "secondo buona fede" del recesso del committente, che miri a contemperare tale interesse del

²⁸ V. un'indicazione in termini simili in Trib. Torre Annunziata 30 marzo 2007 in *Giur. Merito* 2008, 2, p. 341, con nota di A. BOSO CARETTA, che valuta il carattere abusivo o meno della clausola in dipendenza della meritevolezza di tutela dell'interesse cui la clausola sia collegata, ritenendola abusiva nel caso in cui essa sia mera estrinsecazione di un rapporto di dominanza; si veda poi il caso deciso da Trib. Roma, ord., 27 ottobre 2003, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, p. 1, con nota di P. FABBIO, *Note sulla terminazione dei rapporti di distribuzione automobilistica integrata, tra diritto comunitario e nazionale*; v. poi per la valutazione della legittimità del recesso nell'ambito del rapporto di concessione di vendita, che, insieme a quello di *franchising*, può tipicamente comportare dipendenza economica, M. MELI, *La concessione di vendita*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI, *I contratti per le imprese*, cit.

²⁹ D. RUBINO, *Dell'appalto*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna 1973, p. 353 e ss.



committente con la “salvaguardia” del contrapposto interesse dell’appaltatore alla realizzazione dell’opera³⁰.

Proprio la focalizzazione sull’ “interesse” del committente all’esecuzione dell’opera, unita alla previsione di un obbligo di indennizzo esteso alla piena compensazione del guadagno perduto dall’appaltatore³¹, invece, escludono che assuma rilievo la valutazione delle modalità di esercizio del recesso, in vista di una maggior tutela dell’appaltatore.

La prestazione dell’appaltatore, infatti, non può che essere esattamente commisurata alle specifiche esigenze del committente e proprio da tale specificità dipende l’utilità economica dell’opera per il committente e l’utilità dello scambio dal punto di vista sociale. L’esecuzione di un’opera, esattamente commisurata a bisogni specifici, ma che, per la constatata scarsa abilità dell’appaltatore o per la sopravvenuta mancanza di interesse del committente, si riveli non più in grado di attribuire a quest’ultimo quelle specifiche utilità in vista delle quali ne era stata richiesta l’esecuzione, si risolverebbe in un costo sociale ingiustificato.

D’altra parte, alcune delle informazioni necessarie per valutare tale specifica utilità dell’opera, possono venire acquisite dal committente, in un tempo successivo alla conclusione del contratto e proprio in virtù dell’intrapresa esecuzione da parte dell’appaltatore. L’esecuzione della prestazione dell’appaltatore, infatti, è in grado di generare informazioni rilevanti per il committente sia in merito alla effettiva idoneità dell’opera a rispondere alle esigenze per le quali era stata ordinata, sia in merito alla

³⁰ Cfr. ad esempio E. FILOGRANA, *Recesso ad nutum e limite della buona fede nel contratto di appalto*, in *Corr. giur.* 2001, p. 1614, nota a Trib. Roma 19 luglio 2001, ordinanza (criticata dall’annotatore) che opportunamente “sterilizza” la valutazione del recesso secondo buona fede, facendo leva sull’*intuitus personae* quale fondamento del potere di recesso riconosciuto al committente, considerando così comunque legittimo il recesso fondato sul venir meno della fiducia del committente nei confronti dell’appaltatore, a prescindere da ulteriori scrutini sulle modalità di esercizio del recesso; la giurisprudenza giustamente in generale nega che l’esercizio del potere di recesso del committente debba essere sia subordinato all’esistenza di cause giustificatrici sindacabili in sede giurisdizionale, cfr. Cass. 13 luglio 1998 n. 6814; Cass. 7 marzo 1993 n. 8565; per la nozione di buona fede quale regola che impone, in generale, a ciascuna parte la “salvaguardia” dell’interesse altrui nel limite di un apprezzabile sacrificio dell’interesse proprio v. C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205, che riecheggia *Relazione al Re*.

³¹ L’indennizzo cui è tenuto il committente che receda deve in definitiva determinarsi con riguardo alla prestazione che il committente si era obbligato a corrispondere, detratti i costi risparmiati dall’appaltatore a causa della mancata esecuzione dell’opera, in modo da garantire all’appaltatore il guadagno che avrebbe conseguito dall’esecuzione dell’opera complessiva, sul presupposto dell’irrelevanza dell’interesse del debitore (appaltatore) all’esecuzione della prestazione, una volta che gli sia garantito il relativo guadagno, cfr. D. RUBINO, *Dell’Appalto*, cit., p. 353 e ss.; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., p. 75 e ss. e si v. Cass. 17 novembre 2003 n. 17340, che a proposito della domanda dell’appaltatore di essere tenuto indenne dal committente che si sia avvalso del diritto di recesso riconosciutogli dall’art. 1671 c.c. afferma che essa “*ha per oggetto un obbligo indennitario per danno emergente (perdite subite per le spese sostenute ed i lavori eseguiti) e lucro cessante (mancato conseguimento del previsto utile d’impresa) cui sono applicabili gli stessi principi regolatori del risarcimento del danno da inadempimento*”.



abilità dell'appaltatore a realizzare l'opera in modo esattamente conforme alle aspettative del committente³². Da questo punto di vista, i costi affrontati dall'appaltatore per la prestazione possono qualificarsi come investimenti la cui effettiva utilità può essere apprezzata solo in un momento successivo alla loro esecuzione e che pertanto generano un rischio di spreco di risorse per la parte che li esegue (*detrimental reliance*).

La regola dell'art. 1671, senza smentire la "forza di legge del contratto", attribuisce rilievo all'interesse (sociale) ad evitare lo spreco di risorse che deriverebbe dall'esecuzione di un'opera specifica ma non in grado di generare proprio quelle utilità in vista delle quali era stata concepita. La norma infatti, confermando il valore "impegnativo" del contratto, pone a carico esclusivo del committente il rischio che l'investimento dell'appaltatore si riveli ingiustificato e improduttivo, imponendogli un indennizzo tale da far conseguire all'appaltatore non solo la compensazione dei costi sostenuti ma anche il rendimento che tali costi erano destinati a produrre nella sfera dell'appaltatore (mancato guadagno). Al tempo stesso, tuttavia, consente al committente (ed alla "società") di risparmiare il costo della residua esecuzione non più utile.

Queste considerazioni chiariscono perché in tal caso il recesso sia consentito anche dopo l'iniziata esecuzione (e perché proprio dopo l'iniziata esecuzione abbia senso consentire il recesso), e solo da parte del committente, e perché non si diano esigenze di tutela dell'appaltatore che giustifichino un sindacato del recesso in termini di "abuso" o "buona fede".

Un'attenta considerazione del caso, anche alla luce di riscontri comparatistici, consente di rilevare come il rischio di "abuso" (per così dire), si dia piuttosto da parte dell'appaltatore, e come tale rischio non comporti affatto la necessità di interrogare i "principi" della buona fede e dell'abuso del diritto.

Un caso di questo genere, nel diritto statunitense, viene affrontato considerando la dichiarazione del committente, volta a "revocare" l'incarico per la costruzione dell'opera, come un sorta di "dichiarazione anticipata di non voler più adempiere" e trattandola secondo la logica ed i rimedi del *breach of contract*. Ad essa si riconosce l'effetto di porre l'appaltatore nella condizione coincidente con quella di un contraente che subisce l'inadempimento di controparte e che acquista perciò il diritto al risarcimento del danno nella misura del pieno *expectation interest*³³.

³² Da questo punto di vista può spiegarsi la ricorrente affermazione della giurisprudenza che fonda il recesso del committente ex art. 1671 sull'*intuitus personae* che caratterizzerebbe il contratto di appalto e sul venire meno della "fiducia", in corso di esecuzione, cfr. Cass. 13 luglio 1998 n. 6814; Cass. 7 marzo 1993 n. 8565.

³³ Si veda ad esempio il caso *Rockingham County v. Luten Bridge Co.* 35 F.2d 301 (1929), deciso dalla *Court of Appeals* del quarto circuito, in modo conforme al *leading case* in materia *Clark v. Marsiglia* 1 Denio (N.Y.) 317, 43 Am. Dec. 670. L'appellante (convenuto in primo grado) aveva dato incarico alla Luten Bridge Co. di costruire un ponte. In seguito ad un ripensamento circa l'utilità dell'opera (ripensamento



La differenza fondamentale tra l'impostazione statunitense e quella accolta dall'art. 1671, riguarda il punto di vista "declamatorio". Mentre nel sistema statunitense il "contrordine" del committente equivale senz'altro a *breach* e dunque, si potrebbe dire, ad "illecito" (contrattuale), secondo l'art. 1671 il "recesso" dell'appaltatore è certamente "atto lecito" (e non lo sarebbe in assenza di tale norma), cui tuttavia segue il risarcimento del danno come se si fosse di fronte ad un inadempimento.

In definitiva, ciò che l'art. 1671 esclude, rispetto alla disciplina dell'inadempimento, è soltanto la facoltà, per l'appaltatore, di chiedere l'adempimento coattivo, così sancendo l'irrilevanza dell'interesse dell'appaltatore all'esecuzione materiale dell'opera. E però, la previsione dell'art. 1671, poiché dà luogo ad una apparente situazione di disparità tra le parti (perché rende "lecito" per il committente ciò che non lo è per l'appaltatore), sembrerebbe indurre ad interrogarsi su possibili "controlli" sull'esercizio del potere di recesso del committente finalizzati alla tutela della controparte. Controlli che tuttavia si rivelano del tutto ingiustificati, data la piena tutela dell'appaltatore che si estende fino a garantirgli il conseguimento di tutto il guadagno che avrebbe tratto dallo scambio.

Il diverso (apparentemente) approccio statunitense, che dà per scontata l'"illiceità" del ritiro del committente e così rende immediatamente evidente la piena tutela contrattuale dell'appaltatore, consente invece di comprendere come il problema che tali casi pongono stia piuttosto nel dare piena attuazione al dovere di *mitigation* del contraente che subisce l'inadempimento (in questo caso l'appaltatore), non

dovuto al fatto che, poiché era stato deciso di non costruire la strada della quale il ponte sarebbe stato parte, la costruzione del ponte sarebbe stata inutile), comunicava alla controparte il proprio "ritiro" dal contratto, senza contestarne in giudizio la avvenuta conclusione e la validità. Avvertiva dunque la *Luten Bridge* di non procedere all'esecuzione di ulteriori lavori (solo una parte del lavoro complessivo era già stata eseguita) ammonendola che le opere eventualmente eseguite dopo la comunicazione del ritiro, sarebbero state eseguite "*at its own risk*". La corte ritenne che il committente non avesse alcun "*right to rescind the contract*" e che dunque la "cancellazione" unilaterale del contratto equivaleva a *breach*. Tuttavia, dopo aver ricevuto la notifica della "cancellazione" del contratto, l'appaltatore, dal canto suo non aveva alcun diritto di procedere con l'esecuzione di ulteriori lavori (ciò che costituiva la materia del contendere, in quanto l'appaltatore aveva proseguito nei lavori e chiedeva perciò di essere compensato anche dei costi ulteriori sostenuti dopo la notificazione del ritiro della controparte) perché ciò avrebbe avuto l'unico scopo di far lievitare il risarcimento cui sarebbe stato tenuto il committente (si potrebbe aggiungere: incrementando ingiustificatamente il danno sociale complessivo dell'operazione). Piuttosto, il rimedio dell'appaltatore poiché si colloca nell'ambito dei rimedi contro il *breach of contract*, gli conferiva il diritto di chiedere il risarcimento del danno, comprensivo del profitto che avrebbe ricavato dall'operazione, imponendogli però il dovere di *mitigation* (dal quale deriva l'obbligo di astenersi dall'esecuzione di ulteriori opere). Per la spiegazione della *ratio* di questa soluzione si v. S. WILLISTON, *The law of contracts*, vol. 3, New York 1920, p. 2347; problemi simili, con particolare riferimento a quali comportamenti debba adottare, in funzione di *mitigation*, la parte che subisce il ritiro da un contratto per la costruzione di un'opera adattata ad esigenze specifiche del committente, in *Madsen v. Murrey and sons Co.*, 743 P.2d 1212 (Utah 1987).



riconoscendogli il risarcimento di quei costi sostenuti a causa della prosecuzione dei lavori dopo la notifica dell'avvenuta "cancellazione" del contratto³⁴. In questo modo, attraverso l'applicazione del dovere di *mitigation* volto essenzialmente ad impedire l'esecuzione specifica del rapporto contrattuale, il sistema statunitense, dando luogo ad un bilanciamento degli interessi sostanzialmente coincidente con l'art. 1671, finisce per sancire l'irrilevanza dell'interesse dell'appaltatore alla realizzazione dell'opera e neutralizza così possibili incentivi all'abuso da parte di quest'ultimo.

Infatti, malgrado la tendenziale idoneità del risarcimento contrattuale (conseguente al *breach*) o dell'indennizzo (*ex art. 1671 cod. civ.*, la cui portata si estende al pieno soddisfacimento dell'interesse positivo) a compensare l'appaltatore di tutte le perdite e di tutto il mancato guadagno derivante dalla perdita dell'affare³⁵, questi potrebbe essere indotto a proseguire nell'esecuzione dell'opera al fine di incrementare le voci di danno di più sicura quantificazione e sottrarsi così all'aleatorietà della prova dei mancati profitti e del costo derivante dalla temporanea inattività dell'impresa (costo, quest'ultimo, che potrebbe anche ritenersi in certi casi non risarcibile in quanto imputabile ad un "deficit di capacità di riorganizzazione" della stessa impresa³⁶). I costi dell'ulteriore esecuzione, tuttavia, data la sopravvenuta mancanza di interesse da parte del committente, dal punto di vista sociale rappresentano certamente un danno, poiché danno luogo alla realizzazione di un'opera (specifica e) non più utile³⁷.

Quest'ordine di problemi, com'è evidente, rispetto al diritto italiano chiamerebbe in causa le limitazioni al risarcimento poste dall'art. 1227 cod. civ. ed il conseguente onere del creditore di evitare il prodursi di conseguenze dannose ulteriori, con la relativa *ratio* connessa all'esigenza di evitare sprechi di risorse. Mentre del tutto inconferenti rimarrebbero ipotetici richiami alla "buona fede" o al principio del "divieto di abuso".

Il recesso del committente, pertanto, può essere accostato, dal punto di vista funzionale, ad una sorta di scioglimento del contratto per dichiarazione unilaterale del

³⁴ Sul dovere di *mitigation* della parte che subisce l'inadempimento nel diritto statunitense, si v. in generale E. A. FARNSWORTH, *Farnsworth on contracts*, vol. III, Boston-Toronto-London, 1990, p. 219 e ss; per una indagine di carattere comparatistico, J. SPIER (ed.), *The limits of liability: keeping the floodgates shut*, The Hague – Boston 1996.

³⁵ Cfr. D. RUBINO, *Dell'Appalto*, cit., p. 355 e ss.

³⁶ Sull'esclusione dalle voci di risarcimento contrattuale di quei danni imputabili all'inefficienza della sfera del danneggiato si v. M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, Milano 1980. In ogni caso sarebbero difficilmente risarcibili i costi transattivi legati alla ricerca di nuovi impieghi, e pertanto l'appaltatore potrebbe trovare in ogni caso conveniente continuare nella esecuzione dell'opera e provare ad imputare tutto il relativo costo (normalmente comprensivo della remunerazione dei fattori della produzione) alla controparte.

³⁷ Sulla *ratio* dell'art. 1671 come norma volta ad evitare lo spreco di risorse, derivante dall'esecuzione di un'opera che non è più in grado di soddisfare l'interesse del committente, v. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 82.



committente ed esso determina un effetto preclusivo dell'ulteriore adempimento la cui *ratio* trova conforto nel principio sotteso all'art. 1227³⁸.

7. I casi esposti, senza pretese di esaustività, definiscono alcuni ambiti entro i quali la valutazione circa la meritevolezza di tutela di alcuni interessi delle parti rispetto al recesso dal contratto è compiuta dal legislatore.

Per la soluzione dei problemi non risolti da tali discipline, occorre affidarsi alla disciplina generale del contratto, entro la quale, com'è stato da tempo segnalato dalla dottrina e praticato dalla giurisprudenza, assume particolare rilievo (non un "principio generale" di buona fede, da intendersi con riferimento alla solidarietà costituzionale ma) la regola dell'art. 1375 cod. civ. specificamente riferita all'esecuzione del contratto³⁹.

8. Una questione preliminare si è posta rispetto alla stessa configurabilità di un potere di recesso convenzionale *ad nutum*, fondato sul mero ripensamento della convenienza economica del contratto. Si è ritenuto, a tal proposito, che non possa darsi, secondo la disciplina positiva, un potere di recesso del tutto svincolato da un interesse (diverso dal mero "ripensamento") e che la clausola che eventualmente lo prevedesse sarebbe nulla e lascerebbe, per il resto, in vita il contratto⁴⁰. Tale conclusione si fonderebbe sul disfavore mostrato dal legislatore, all'art. 1355 cod. civ., verso l'esposizione di una parte al mero arbitrio dell'altra e sull'assenza di giustificazione causale (intesa nel senso di mancanza di un interesse apprezzabile) della clausola contrattuale che attribuisse un tale potere⁴¹.

Proprio la considerazione della causa quale elemento necessario (ma anche sufficiente, entro i limiti della liceità) per il recepimento, da parte dell'ordinamento, degli effetti contrattuali voluti dalle parti induce invece ad impostare diversamente la questione ed a giungere alla conclusione opposta⁴².

Sembra si possa affermare che il senso della regola dell'art. 1355 risieda nel negare validità ad un contratto nel quale la subordinazione degli effetti a carico di una parte ad una sua successiva volontà sia tale da privare del tutto di giustificazione

³⁸ Cfr. D. RUBINO, *Dell'Appalto*, cit., p. 353 e ss.

³⁹ Cfr. in generale C. M. BIANCA, *Il Contratto*, Milano 2000, p. 740 e ss.; G. SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 766; C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: recesso e buona fede*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2004, p. 797.

⁴⁰ Così P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1965, p. 268; posizione ripresa, in sede di commento alla sentenza "Renault", da C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata*, cit., p. 352 e ss.

⁴¹ V. in particolare C. RESTIVO, *op. loc. cit.*

⁴² Non sembra, del resto, che la dottrina che si è occupata *ex professo* del recesso sia giunta alla conclusione della invalidità del recesso *ad nutum*, fondato sul ripensamento della convenienza del contratto: cfr. S. SANGIORGI, *op. cit.*; G. GABRIELLI, *op. cit.*



causale il trasferimento di ricchezza cui l'altra parte rimarrebbe comunque obbligata. Tuttavia, non sempre la subordinazione (con effetto sospensivo) degli effetti a carico di una parte ad una sua successiva volontà determina, a carico della controparte, uno spostamento di ricchezza ingiustificato rendendo così privo di causa il vincolo su di essa⁴³. Esistono infatti schemi contrattuali, ben noti all'ordinamento, nei quali il carattere unilaterale degli effetti contrattuali, unito alla previsione di una successiva volontà di una delle parti quale fonte del vincolo a suo carico, non pone un problema di giustificazione causale.

È il caso, com'è noto, dell'opzione (ovviamente gratuita), schema che, pur potendosi ritenere apparentemente riconducibile alla previsione dell'art. 1355, certamente non incorre nella nullità da essa disposta. Né, d'altra parte, può mettersi in discussione che, nel caso dell'opzione, la scelta dell'opzionario sia fondata unicamente sul suo "arbitrio" e cioè sulla sua soggettiva ed insindacabile valutazione della convenienza dell'affare. L'opzione, dunque, dà vita ad un assetto di interessi secondo il quale l'alienazione del diritto o l'assunzione dell'obbligo dipende da una futura scelta arbitraria dell'opzionario, mentre il vincolo della controparte a non revocare la proposta rimane fermo⁴⁴. Tuttavia, essa non rientra sicuramente tra i casi ai quali è indirizzata la norma dell'art. 1355.

La ragione del riconoscimento della validità dell'opzione, sotto il profilo della causa, consiste nella considerazione che in tal caso il vincolo del concedente (cui corrisponde un vincolo solo futuro e incerto di controparte poiché rimesso alla sua mera volontà) è giustificato da un vantaggio economico che lo stesso consegue, atteso l'incentivo che da tale vincolo deriva alla controparte a considerare l'opportunità di concludere il contratto, destinando tempo e risorse a tale valutazione al riparo dal consueto rischio precontrattuale (data l'irrevocabilità del vincolo del concedente)⁴⁵.

Il problema, dunque, non sembra riguardare la combinazione tra vincolo attuale e stabile e vincolo rimesso all'arbitrio dello stesso soggetto sul quale dovrebbe

⁴³ Si nega, infatti, che la norma dell'art. 1355 possa trovare applicazione quando l'operazione cui la condizione meramente potestativa sospensiva darebbe luogo abbia una ben chiara funzione economica nota all'ordinamento, come nel caso dell'opzione di vendita (*put*), v., per tutti, ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 578 e ss., che tuttavia non argomenta espressamente in termini di causa (ma la cui ricostruzione della funzione della causa, cfr. *op. cit.*, p. 349 e ss., sembra andare esattamente nella direzione indicata nel testo); sui problemi posti dalla disciplina della condizione meramente potestativa e sulla meritevolezza di tutela dell'interesse ad essa sotteso, v. in particolare, P. STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, Napoli 1982; E. ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, in *Rass. Dir. civ.* 1992, p. 328.

⁴⁴ Significativo, rispetto all'ammissibilità della pattuizione di recesso *ad nutum*, che essa venga assimilata da taluni ad una opzione di mutuo dissenso, cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo unilaterale*, cit., p. 89 e ss.

⁴⁵ La giurisprudenza, a differenza della dottrina maggioritaria (v. per tutti C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 261 e ss.) non sembra tuttavia sempre disponibile a riconoscere la validità dell'opzione gratuita sotto il profilo della causa: v. sulla questione, dal punto di vista comparatistico, F. PERNAZZA, *Il corrispettivo nel patto di opzione gratuito tra causa e consideration*, (nota a App. Milano 5 febbraio 1997)



incombere. Quanto, piuttosto, la giustificazione, sotto il profilo della causa, del vincolo strutturalmente unilaterale (o, da altro punto di vista, del patto dal quale derivi un vincolo unilaterale).

Problemi di questo genere, com'è noto, sono specialmente avvertiti nei sistemi di *Common Law*, dove la dottrina della *consideration*, può costituire un ostacolo formale all'*enforcement* di promesse che, pur essendo collocate entro un contesto "commerciale" e funzionali alla realizzazione di uno scambio, non sono esplicitamente supportate da una contropromessa o controprestazione chiaramente individuabile. Nel sistema statunitense, per il caso dell'opzione, tali ostacoli vengono superati sottraendo l'opzione alla rigida applicazione delle regole in tema di *consideration* e considerando vincolante la promessa di non revocare l'offerta che rispetti minimi requisiti di forma scritta o per la quale sia stata fornita una *nominal consideration*⁴⁶. Essi però si ripresentano, sotto la rubrica della *illusory promise rule*, rispetto ad altri casi nei quali l'effettività o la portata del vincolo a carico di una parte siano rimesse al suo stesso "arbitrio"⁴⁷. Quando una parte fa all'altra una promessa che è sottoposta a limitazioni tali da renderla nei fatti solo "apparente", tale promessa non potrebbe, a rigore, costituire valida *consideration* e pertanto priverebbe di vincolatività la promessa di controparte (*both parties must be bound or neither is bound*).

Tra gli esempi portati nel *Restatement* ad illustrazione di questa regola (riportata alla sec. 77) c'è il caso del contratto dal quale una delle parti può recedere in qualsiasi momento⁴⁸. Il potere di una delle parti di recedere in qualunque momento dal contratto priverebbe di reale vincolatività la sua promessa rendendola "*illusory*", ciò farebbe venir meno la "*mutuality of obligations*" e pertanto priverebbe di vincolatività anche la promessa della parte priva del potere di recesso, che potrebbe sottrarsi in qualunque momento dallo scambio (mentre per le prestazioni già eseguite rimane fermo l'obbligo della controparte al corrispettivo).

La regola, che rappresenta un prodotto tipico del *classical contract law*, gode oggi di scarsa fortuna presso le corti⁴⁹ e viene criticata dalla dottrina sulla base di argomenti tratti dalla stessa *ratio* espressa dalla dottrina della *consideration* (*enforcement* delle promesse che si situano in un contesto "commerciale" e non rappresentano perciò un

⁴⁶ V. in generale M. A. EISENBERG, *The revocation of offers*, 2004 *Wis. L. Rev* 271 e cfr. Sec. 87(1)(a) *Restatement Second of Contracts*: "An offer is binding as an option contract if it ... is in writing and signed by the offeror, recites a purported consideration for the making of the offer, and proposes an exchange on fair terms within a reasonable time ..."; e, dal punto di vista comparatistico, già G. GORLA, *Note sulla distinzione tra opzione e proposta irrevocabile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1962, 213 e ss; nonché il classico R. B. SCHLESINGER (ed.), *Formation of contracts: a study of the common core of legal systems*, New York – London 1968.

⁴⁷ V. A. CORBIN, *The effects of options on consideration*, 34 *Yale L.J.* 571 1924-1925

⁴⁸ Cfr. *Miami Coca-Cola Bottling Co. v. Orange Crush Co.* 296 Fed. 693 (5th Cir. 1924)

⁴⁹ Cfr. *Helle v. Landmark, Inc.* 472 N.E.2d 765, 776 (Ohio Ct. App. 1984): "The modern decisional tendency is against lending the aid of courts to defeat contracts on technical grounds of want of mutuality.' . . . As a contract defense, the mutuality doctrine has become a faltering rampart to which a litigant retreats at his own peril"



“dono” e che sono funzionali alla realizzazione di un’operazione di scambio⁵⁰). Il vantaggio che il promittente riceve dalla vincolatività della propria promessa, si dice, con argomentazione tratta dalla dottrina dello *unilateral contract*⁵¹, non consiste nella ricezione di una contropromessa dalla quale derivi un’obbligazione. Esso, piuttosto, è costituito dalla *chance* di guadagno derivante dalla prosecuzione del rapporto contrattuale che il “vero” promittente, obbligandosi, consegue. Il vincolo del promittente, cioè, gli consente comunque, malgrado il carattere “illusorio” della contropromessa, di dimostrare a controparte le proprie qualità di partner contrattuale ed incentiva la controparte a valutare e prendere in considerazione l’utilità delle prestazioni del promittente con una dedizione che, in assenza di vincolo, potrebbe non darsi. Pertanto, la promessa cui corrisponde una mera *illusory promise*, genera un vantaggio economico per il promittente sotto forma di incremento delle *chances* di guadagni futuri⁵².

A conclusioni non dissimili si giunge, sul versante della causa del contratto, sulla scorta di quelle posizioni della dottrina italiana che, sulla base di una logica simile, individuano il vantaggio del promittente (come giustificazione della vincolatività della promessa sotto il profilo causale) anche in alcuni casi di dichiarazioni di volontà dalle quali derivino obblighi soltanto per una parte⁵³ o estendono la nozione di scambio fino a comprendervi il c.d. “scambio empirico”⁵⁴.

Tornando allora alla questione della validità della clausola di recesso fondato sul mero ripensamento della convenienza del contratto, escluso che sia l’ “arbitrio” della parte cui sia rimessa la scelta sul perdurare dei propri obblighi a determinare di per sé l’invalidità della relativa pattuizione, sembra che il problema della causa debba porsi, più correttamente, non rispetto alla clausola che attribuisce il diritto di recesso, quanto rispetto alla obbligazione della controparte di colui che rimane libero di recedere.

La questione cioè impone di individuare la giustificazione causale di una obbligazione ricompensata soltanto da un vincolo di controparte risolubile *ad nutum*, mentre per le prestazioni già eseguite prima dell’efficacia del recesso deve considerarsi pacifico l’obbligo di controparte al pagamento del relativo corrispettivo.

Il permanere del vincolo a carico della parte esposta all’altrui potere di recesso *ad nutum* si giustifica proprio perché tale vincolo consente all’obbligato di conseguire in cambio (non l’obbligo di controparte ma) un *chance* di prosecuzione del rapporto

⁵⁰ Per quest’approccio alla dottrina della *consideration*, v. in generale M. A. EISENBERG, *The world of contract and the world of gift*, 85 *Cal. L. Rev.* 821 1997.

⁵¹ Il contratto col quale per parti scambiano, non una promessa verso una contropromessa, ma una promessa verso un “atto”, una prestazione, del promissario, che pertanto non è obbligato ad eseguire, ma, se esegue, consegue il diritto ad esigere la prestazione di controparte. A tali contratti non si applica la regola della *illusory promise*.

⁵² V. M. A. EISENBERG, *Principles of contract law*, ch. 3, di prossima pubblicazione, del quale ho potuto consultare il dattiloscritto grazie alla cortesia dell’Autore.

⁵³ R. SACCO, *Il contratto*, Torino 2004, p.793 e ss.

⁵⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 349 e ss.



che dipende anche dal modo in cui egli riuscirà a dimostrare a controparte le proprie abilità di partner contrattuale. Proprio la previsione del potere di recesso a vantaggio di una parte incentiva l'altra ad eseguire al meglio la propria prestazione contrattuale, realizzando così uno scambio più redditizio per entrambi e ciò rende immediatamente evidente l'interesse (che tuttavia non può definirsi se non come interesse al "ripensamento") cui tale pattuizione risponde dal punto di vista del titolare del potere di recesso. Se si considera, poi, che spesso saranno necessari degli investimenti volti a consentire una migliore esecuzione della prestazione e che essi possono normalmente anche essere oggetto di obblighi contrattuali (si pensi ad esempio al caso della affiliazione commerciale), si comprende come una parte possa essere disposta ad assumersi l'onere della valutazione della redditività dello scambio soltanto dopo che l'altra si sia assunta l'obbligo alla esecuzione della prestazione, con i relativi investimenti ad essa funzionali. Proprio dal modo in cui la parte vincolata esegue e/o investe in vista dell'esecuzione la controparte può trarre le informazioni utili (che senza il vincolo dell'altra non si sarebbero rese disponibili) per decidere circa la utilità dello scambio⁵⁵. Assumendo un'obbligazione compensata soltanto da un impegno di controparte risolubile *ad nutum*, pertanto, la parte esposta al potere di recesso acquista una *chance* di prosecuzione del rapporto che il modo in cui essa investe ed esegue può contribuire ad accrescere.

In assenza di particolari condizioni di "debolezza", che fondino speciali ragioni di protezione della parte esposta al potere di recesso *ad nutum*, deve ritenersi che essa abbia attribuito a tale *chance* un valore maggiore del costo che l'obbligazione contrattuale le impone. Il che vale quanto dire che essa avrà valutato la convenienza del contratto scontando dal valore della controprestazione che è destinata a ricevere il costo del rischio derivante dal potere di recesso di controparte (che incide soprattutto sulla possibilità di ammortizzare gli investimenti eseguiti) e che perciò essa avrà richiesto un corrispettivo tale da compensarla anche di questo rischio⁵⁶.

Queste considerazioni inducono a considerare pienamente valida e rispondente ad una ben chiara funzione economica (che comprende costi e benefici per entrambe le parti) la pattuizione che costituisca il diritto recesso *ad nutum* fondato sul mero ripensamento soggettivo della convenienza economica del contratto, senza che residui

⁵⁵ Sul valore "informativo" degli investimenti, dal punto di vista della trattativa precontrattuale, ma il problema non cambia nel contesto dell'esecuzione di rapporti di durata, v. J. P. KOSTRITSKY, *Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard, and Sunk Costs: A Default Rule for Precontractual Negotiations*, 44 *Hastings L.J.* 621 (1993); ID., *Reshaping the Precontractual Liability Debate: Beyond Short Run Economics*, 58 *U. Pitt. L. Rev.* 325.

⁵⁶ Cfr. E. BARCELONA, *Recesso ad nutum fra principio di buona fede e abuso del diritto*, cit., p. 197 e ss., che fa riferimento all'onere della parte esposta al recesso di "negoziare un'adeguata "monetizzazione" del maggior rischio assunto" (p. 200).



alcuno spazio per un sindacato giurisdizionale sugli “interessi” che il singolo atto di recesso in concreto intenda soddisfare⁵⁷.

Ciò tuttavia non esclude affatto, anzi rende pienamente giustificato, data la complementarità tra funzione economica del recesso e funzione economica degli investimenti, che si dia un controllo di tipo “procedimentale” sulle modalità secondo le quali il recesso sia in concreto esercitato.

9. Il problema del controllo sulle modalità di esercizio del potere di recesso acquista rilievo in particolare nei contratti di durata, perché tali contratti possono tipicamente implicare l'esecuzione di investimenti destinati a generare il loro rendimento nel corso dell'esecuzione del rapporto e l'esercizio del potere di recesso può determinare lo spreco delle risorse investite. Anche dall'esito degli investimenti di controparte, la parte titolare del potere di recesso potrà trarre le informazioni necessarie per decidere circa la opportunità di proseguire nel rapporto.

Gli investimenti effettuati, in vista dell'esecuzione del contratto, dalla parte esposta all'altrui potere di recesso, si caratterizzano per essere costi sostenuti in un tempo anteriore rispetto a quello nel quale produrranno i loro rendimenti e pongono un problema di tutela del soggetto che li esegue che dipende dal loro grado di specificità. Quanto più costosa è la convertibilità di tali investimenti in impieghi alternativi, tanto maggiore sarà la perdita economica che il recesso di controparte procurerà all'investitore.

In certi casi tali investimenti possono essere realizzati da una parte in esecuzione di precisi obblighi contrattuali⁵⁸. Ciò non esclude che l'esecuzione di tali investimenti sia rilevante rispetto al sindacato sulle modalità di esercizio del potere di recesso secondo la regola della buona fede esecutiva.

L'obbligo negoziale alla esecuzione di investimenti, unito all'attribuzione del potere di recesso fa ritenere che, in linea di principio, il regolamento contrattuale imponga tutto il rischio ad essi relativo alla parte obbligata e soggetta all'altrui potere di recesso, la quale si troverebbe così gravata di un'alea normale del contratto che comprende anche il rischio dell'inutilità degli investimenti.

La funzione economica di tali investimenti è normalmente quella di rendere più efficiente l'esecuzione della prestazione contrattuale e/o di incrementarne l'utilità per la parte destinata a riceverla. Essi pertanto, poiché sono in grado di determinare un incremento del *surplus* dello scambio, rispondono, in linea di principio, all'interesse di entrambe le parti (le quali si divideranno tale *surplus* in proporzione al rispettivo potere contrattuale).

⁵⁷ Cfr. G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit. p. 17 e ss.

⁵⁸ Così, ad esempio, nel caso dei concessionari Renault, deciso da Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, cit.



La ragionevolezza economica dell'investimento tuttavia, per la parte che ne sopporta il costo, è legata anche alle residue prospettive di durata del rapporto, poiché da queste dipende la produzione di benefici futuri tali da compensare il costo dell'investimento. Minore è la "certezza" della prosecuzione futura dello scambio, più rischioso sarà l'investimento⁵⁹.

Il regolamento contrattuale, poiché prevede il diritto di recesso *ad nutum*, è tale da imporre tutto il costo degli investimenti ed il rischio della loro mancata produttività, a carico di una sola parte. Così, la parte che non sopporta il rischio degli investimenti sarà indotta in ogni caso ad insistere sulla stretta osservanza dei parametri negoziali per l'adempimento (che prevedono l'obbligo all'esecuzione degli investimenti e al contempo fanno salvo il diritto di recesso) e quindi a richiedere quantità aggiuntive di investimento, che si suppone producano comunque un beneficio, a prescindere dalle effettive prospettive di prosecuzione del rapporto. In questo modo essa si troverà nelle condizioni di poter imporre alla sua controparte l'esecuzione di investimenti i cui benefici non siano sufficienti a compensarne i costi (per l'investitore), nel caso in cui le prospettive di durata del rapporto siano ridotte. La parte titolare del potere di recesso entro una struttura così congegnata, può dunque incrementare a suo piacimento, entro il rispetto formale dei parametri contrattuali, l'alea che il contratto impone sulla parte obbligata.

In questa prospettiva, il problema che si pone è quello di assicurare il mantenimento di una ragionevole proporzione, secondo i parametri contrattuali, tra costi e benefici dell'investimento, per il caso in cui l'orizzonte del rapporto di durata si restringa in dipendenza del potere di recesso di controparte.

È rispetto a questo problema che opera la regola dell'art. 1375 cod. civ., che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto. La buona fede esecutiva ha in generale il compito di garantire che i comportamenti esecutivi delle parti siano effettivamente idonei a far sì che ciascuna presti all'altra quanto questa ha diritto di ricevere in base al contratto e risponde pertanto alla domanda su quali siano i comportamenti delle parti che, in relazione alle concrete circostanze che caratterizzano l'esecuzione del contratto, costituiscano adempimento

⁵⁹ Pertanto, la funzione economica degli investimenti implica che, per essere produttivi essi debbano essere eseguiti con un certo anticipo rispetto al momento nel quale produrranno i loro benefici; d'altra parte, un investimento eseguito con anticipo eccessivo, può presentare costi potenziali superiori ai suoi benefici potenziali perché la sua ragionevolezza economica può non essere valutabile sulla base delle effettive prospettive di durata dello scambio. L'esecuzione di un investimento in un momento notevolmente anticipato rispetto a quello nel quale esso diverrà produttivo, infatti, non consente all'investitore di stimare con sufficiente precisione le probabilità di permanenza del rapporto per un tempo sufficiente rispetto al costo ed ai benefici economici dell'investimento; per l'analisi di questi problemi, con particolare riferimento al tempo ottimale per l'investimento v. A. KATZ, *When should an offer sitck ? The economics of promissory estoppel in preliminary negotiations*, 105 Yale L. J. 1249 (1996), che prende in considerazione il contesto delle trattative precontrattuali, nel quadro di un'analisi che sembra applicabile anche al problema delle prospettive di prosecuzione del rapporto.



o inadempimento alla luce della *ratio* del regolamento contrattuale⁶⁰. In questa prospettiva la regola della buona fede nell'esecuzione del contratto può comportare la disapplicazione dei parametri ordinari per la valutazione dell'adempimento o l'implementazione di parametri non espressamente sanciti nel contratto quando ciò sia funzionale ad una piena attuazione della *ratio* economica del regolamento di interessi, alla luce delle concrete circostanze entro le quali avviene l'esecuzione. In base all'art. 1375, pertanto, è possibile imporre alle parti comportamenti esecutivi ulteriori e diversi rispetto a quelli espressamente previsti dal contratto o disattivare pretese a determinati comportamenti esecutivi che non siano più giustificati in relazione agli interessi resi rilevanti dal contratto.

Anche a fronte della specifica distribuzione del rischio contrattuale (in senso particolarmente favorevole alla parte dotata del potere di recesso) che deriva dalla combinazione tra obbligo ad eseguire gli investimenti e potere di recesso della controparte, la buona fede esecutiva può assumere rilevanza con funzione di contenimento dell'alea contrattuale che grava sulla parte tenuta all'esecuzione degli investimenti. La buona fede opera, in particolare, al fine di evitare che il costo per l'esecuzione del contratto a carico della parte obbligata agli investimenti ed esposta al potere di recesso assuma una misura eccessiva ed ingiustificata in relazione all'interesse contrattualmente rilevante di controparte.

La funzione di una struttura contrattuale così congegnata è quella di far sì che una parte esegua investimenti finalizzati alla migliore esecuzione della prestazione contrattuale che, al tempo stesso, trasferiscano informazioni alla controparte sulle prospettive di redditività dello scambio, e di riservare a quest'ultima la possibilità di ritirarsi quando il rapporto, anche sulla base delle informazioni così acquisite, non appaia più sufficientemente conveniente.

È dunque in relazione a questa funzione dell'obbligo e a questo interesse cui risponde il diritto di recesso che deve calibrarsi la tutela della parte esposta al recesso. Tale tutela, cioè, non può spingersi fino a far sì che il titolare del diritto di recesso ottenga "meno" di quanto il contratto gli assegna e che, deve presumersi, è stato oggetto di negoziazione riflettendosi sul corrispettivo che la controparte si è assicurata.

Può ritenersi, allora, che l'esecuzione dell'investimento secondo la quantità e qualità rese obbligatorie dalle pattuizioni contrattuali possa cessare di essere giustificata quando il titolare del diritto di recesso abbia già maturato la decisione di liberarsi dal contratto. Da questa considerazione derivano alcune conseguenze in ordine alla valutazione dei comportamenti esecutivi delle parti in relazione ai parametri contrattuali per l'adempimento.

⁶⁰ Per questo modo di intendere la buona fede dell'art. 1375 come parametro per l'esecuzione e per la sua distinzione dall'equità dell'art. 1374, come "fonte di integrazione" del contratto, v. in particolare M. BARCELLONA, *Clause generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 124 e ss.



La buona fede esecutiva può assumere rilevanza, in primo luogo, nel senso di legittimare la controparte del recedente ad una riduzione della quantità e qualità di investimento contrattualmente dovuto, in modo da mantenere l'originaria proporzione contrattuale tra costi e benefici dell'investimento anche nel caso in cui l'orizzonte di durata del rapporto si sia ridotto in conseguenza dell'esercizio del potere di recesso. Poiché il recesso è normalmente sottoposto ad un termine di preavviso, durante il quale il contratto rimane efficace, può ritenersi che la buona fede esecutiva possa determinare un ridimensionamento degli obblighi contrattuali all'esecuzione di investimenti in modo da contenerli entro quella misura strettamente necessaria a mantenere, per il tempo residuo, la funzionalità dello scambio, evitando spese, che, seppur dovute sulla base di una stretta osservanza del regolamento contrattuale, si rivelerebbero ingiustificate in relazione alle ridotte prospettive di durata del rapporto⁶¹.

In secondo luogo, per le stesse ragioni, deve ritenersi contrario alla regola di buona fede, suscitare con comportamenti "disinformativi", l'affidamento di controparte sulla prosecuzione del rapporto contrattuale, insistendo sulla stretta osservanza della misura di investimenti dovuta, ed esercitare in seguito il diritto di recesso, lasciando a carico di controparte i costi rivelatisi ormai ingiustificati a causa della riduzione della durata del rapporto.

Inoltre, nel caso in cui non sia dovuto un preavviso o il preavviso convenuto sia particolarmente breve in rapporto alla dimensione economica dello scambio, può ipotizzarsi, sulla base dell'art. 1375, un obbligo di comunicazione anticipata dell'intenzione di recedere, quando esso sia funzionale alla riduzione dell'investimento

⁶¹ Questo avrebbe potuto essere il parametro rilevante per la soluzione del c.d. caso "Renault"; è plausibile che la parte che subisce il recesso sia comunque indotta ad eseguire gli investimenti contrattualmente dovuti, o addirittura quantità ulteriori di investimento, dalla prospettiva di un rinnovo del rapporto, ingenerata da comportamenti e dichiarazioni di controparte, tali da ingenerare un ragionevole affidamento su una nuova contrattazione. La fase successiva all'esercizio del potere di recesso, pur rappresentando "esecuzione" del contratto ancora vincolante nel periodo compreso tra comunicazione del recesso e sua efficacia risolutoria, si caratterizzerebbe così per una funzione (almeno parzialmente) precontrattuale, volta cioè a valutare la convenienza di una nuova stipulazione. La richiesta di investimenti, allora, attesa la loro funzione "informativa" rispetto alle abilità del partner contrattuale (gli investimenti generano informazioni utili per la parte che li richiede, ma il loro costo viene sostenuto solo dalla parte che li esegue), assume allora una dimensione anch'essa "precontrattuale" e funzionale alla valutazione della convenienza della nuova stipulazione ed alla definizione dei suoi termini. Pertanto, la funzione di tutela degli investimenti che abbiano tale funzione precontrattuale viene assolta dalla norma a ciò specificamente deputata, anch'essa formulata in termini di "buona fede", e cioè l'art. 1337. Per una spiegazione in chiave precontrattuale del caso Renault (limitatamente alla questione del risarcimento del costo degli investimenti eseguiti dopo la comunicazione del recesso) v. M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto*, cit., p. 335 e ss.; in generale, sul ruolo dell'art. 1337 rispetto alla tutela degli investimenti con funzione "informativa" e perciò propriamente precontrattuale, sia consentito il rinvio a A. LAS CASAS, *Tutele dell'investimento precontrattuale e razionalità economica. Profili comparatistici*, Torino 2009, in particolare p. 392 e ss.



altrimenti dovuto e che sarebbe economicamente ingiustificato un volta che la controparte abbia già maturato l'intenzione di recedere.

In tutti questi casi, poiché la buona fede dell'art. 1375 rileva come criterio per la valutazione dei comportamenti esecutivi delle parti al fine di giudicarli conformi o non rispetto ai parametri contrattuali per l'adempimento, il rimedio dovrà essere commisurato ai danni conseguenti all'esercizio del potere di recesso secondo modalità contrarie a buona fede. Tali danni devono ritenersi limitati ai maggiori costi, sotto forma di investimenti ingiustificati, che il danneggiato abbia dovuto sostenere in conseguenza della contrarietà a buona fede delle modalità di esercizio del recesso.

Può inoltre ipotizzarsi che in certi casi la rilevanza della buona fede esecutiva possa spingersi fino a determinare l'inefficacia temporanea del recesso unilaterale quando esso venga esercitato secondo modalità e tempi tali da determinare l'assoluta inutilità dell'investimento che sia direttamente correlato all'esecuzione dello scambio in corso e che sia stato indotto dall'affidamento, univocamente suscitato da controparte, sulla prosecuzione del rapporto (per esempio, nel caso in cui il recesso venga esercitato subito dopo che la controparte abbia eseguito un consistente investimento, il cui ammortamento richiede tempi lunghi e che sia stato indotto da espresse rassicurazioni di controparte sulla prosecuzione del rapporto⁶²).

Per la determinazione del tempo di tale inefficacia assumerà rilievo primario il tempo necessario per l'ammortamento dell'investimento. Tuttavia, occorrerà tenere conto di quella quantità di investimento che la parte che subisce il recesso eventualmente avrebbe comunque dovuto sostenere sulla base del contratto, anche qualora il comportamento di controparte fosse stato conforme a tutte le implicazioni del dovere di buona fede appena delineate (per esempio può darsi il caso che, anche qualora il recedente avesse comunicato con sufficiente preavviso il recesso e si fosse astenuto dal suscitare affidamenti infondati, comunque, in base al contratto, la

⁶² Un ostacolo a questa soluzione può derivare dall'aver qualificato la buona fede come parametro per la valutazione dell'adempimento, che pertanto non potrebbe influire sulle questioni di validità degli atti negoziali, qual è il recesso (v. in generale sul problema G D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli 1996; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., in particolare p. 181 e ss.). Tuttavia, occorre rilevare che la soluzione proposta non tratta la regola della buona fede esecutiva quale regola di validità, in quanto non prospetta una invalidità della clausola attributiva del potere di recesso ma la temporanea neutralizzazione degli effetti dell'esercizio di un potere contrattuale, in dipendenza delle specifiche modalità secondo le quali esso è esercitato. L'assunto che sta alla base della soluzione prospettata è che (in virtù della buona fede dell'art. 1375) l'esercizio di poteri contrattuali, quando siano in astratto disponibili diverse modalità, non deve avvenire secondo modalità tali da cagionare a controparte costi non giustificati alla luce del bilanciamento di interessi espresso dal contratto. Ciò che costituisce violazione della buona fede non è quindi la clausola, secondo il suo contenuto (ciò che condurrebbe ad una valutazione della validità della clausola, campo nel quale la buona fede esecutiva non è competente), ma il comportamento esecutivo delle parti che è considerato tale da tradire la *ratio* e la funzione economica della clausola di recesso (*ratio* e funzione che assumono rilievo di criterio di valutazione del comportamento delle parti, proprio perché espresse da una clausola valida) e del complessivo regolamento contrattuale.



controparte sarebbe stata tenuta a sostenere un certa quantità di investimento, sia pure ridotta per effetto della buona fede). Ciò comporta che l'inefficacia del recesso dovrà limitarsi al tempo necessario per l'ammortamento di quella quota di investimento che si rivela del tutto ingiustificata, alla luce del bilanciamento di interessi che emerge dal contratto, e dovuta solo all'affidamento slealmente suscitato da controparte.

10. Il problema ed i criteri di soluzione si presentano solo parzialmente diversi nel caso in cui gli investimenti non costituiscano esecuzione di specifici obblighi contrattuali ma conseguano ad una libera scelta della parte.

Pur in assenza di specifici obblighi contrattuali ed a fronte del potere di recesso della controparte (col conseguente rischio di dissoluzione del rapporto) l'esecuzione di investimenti il cui ammortamento richieda del tempo può presentarsi economicamente giustificata e produce benefici (anche di tipo informativo, come si è visto) anche nei confronti della controparte, nel caso in cui essi siano funzionali ad una migliore esecuzione della prestazione.

Proprio la previsione del potere di recesso, anzi, può costituire un incentivo all'esecuzione di investimenti al fine incrementare le prospettive di redditività dello scambio per la controparte, trasmetterle rassicurazioni circa le qualità del partner contrattuale e disincentivarla così dall'esercizio del potere di recesso. Ciò varrà, in particolare, nel caso in cui il contratto preveda un qualche sistema di "allineamento" degli interessi delle parti, tale da far sì che l'utilità dello scambio si accresca per entrambe in modo congiunto (come nel caso in cui il corrispettivo della parte esposta al potere di recesso sia rapportato al guadagno di controparte).

Anche in tal caso il rischio delle scelte di investimento deve ritenersi, in base al contratto, in linea di principio, interamente imputato all'investitore, data la previsione del potere di recesso e, a maggior ragione, alla luce dell'assenza di obblighi contrattuali all'esecuzione degli investimenti. Una diversa distribuzione di tale rischio, che imputi al recedente il costo (di parte) dell'investimento, potrà giustificarsi soltanto in circostanze particolari.

Spetta dunque all'investitore, in linea di principio, valutare, sopportandone il relativo rischio, la ragionevolezza delle scelte di investimento alla luce delle condizioni complessive del rapporto contrattuale e delle informazioni provenienti da controparte. Sulla base di tali complessive condizioni, l'investimento apparirà giustificato quando i suoi benefici potenziali, alla luce delle prospettive di durata del rapporto, appaiano sufficienti a compensarne i costi. Il titolare del potere di recesso si trova nelle condizioni di poter turbare tale processo di valutazione trasmettendo informazioni fuorvianti sul se e quando intenda esercitare il recesso, e quindi sulle effettive prospettive di durata del rapporto. In questo modo, tale parte potrà comunque appropriarsi dei benefici che presumibilmente l'investimento di



controparte genera anche nei suoi confronti, impedendo a quest'ultima di valutarne in modo trasparente la ragionevolezza dal punto di vista economico ed inducendola a sostenere costi ingiustificati.

Pertanto, una diversa distribuzione del rischio dell'investimento potrà considerarsi giustificata nel caso in cui il recedente abbia tenuto particolari comportamenti atti a turbare il processo di valutazione di costi e benefici degli investimenti, valutazione della quale la controparte del recedente è tenuta ordinariamente a sopportare il rischio. Tali comportamenti "disinformativi" sussisteranno tipicamente quando la parte che intenda esercitare il recesso susciti l'affidamento di controparte sulla prosecuzione del rapporto (indicando così una certa prospettiva temporale alla luce della quale la controparte ragionevolmente valuterà costi e benefici dell'investimento), salvo smentire subito dopo tale affidamento mediante l'esercizio del potere di recesso.

Assume pertanto rilievo, da questo punto di vista, l'interesse alla "trasparenza" delle condizioni di valutazione del rischio dell'investimento del quale è portatrice la parte che subisce il recesso. Il parametro deputato alla tutela di tale interesse e che può determinare l'imputazione del costo degli investimenti al recedente è pertanto quello dell'affidamento ragionevole sulla prosecuzione del rapporto o, più in generale, sull'esistenza di condizioni (poi smentite dall'esercizio del recesso) che facciano ragionevoli e giustificati gli investimenti.